

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir

Andressa Fracaro Cavalheiro

**O FEDERALISMO SANITÁRIO COMO NOVO PARADIGMA PARA
DETERMINAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERADOS EM
SAÚDE**

Porto Alegre
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir

Andressa Fracaro Cavalheiro

**O FEDERALISMO SANITÁRIO COMO NOVO PARADIGMA PARA
DETERMINAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERADOS EM
SAÚDE**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Área de Concentração: Fundamentos Teórico-Filosóficos da Experiência Jurídica

Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior

Porto Alegre

2015

ANDRESSA FRACARO CAVALHEIRO

**O FEDERALISMO SANITÁRIO COMO NOVO PARADIGMA PARA
DETERMINAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERADOS EM
SAÚDE**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Aprovada em 16 de dezembro de 2015

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor José Alcebíades de Oliveira Júnior
Orientador

Professora Doutora Sandra Regina Martini

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Professor Doutor Carlos Reverbel

Professor Doutor Marcelo Schenk Duque

AGRADECIMENTOS

Sempre ouvi dizer que a tese tirava um pouco (muito) do nosso sossego. Descobri que é verdade. Entramos num mundo tão próprio, tão “desassossegado”, e por vezes tão solitário, que não há como negar que isso só pode ser um pouco de loucura. Mas é uma loucura saudável (espero!). É de fato muito trabalho. Muita dedicação. E muito isolamento. Mas é recompensador. Acreditem. Então, quando finalmente chega o dia da entrega, é um misto de alívio e tristeza. Mas também é uma alegria, já que podemos estar de volta ao convívio, de dose certa, daqueles que amamos e cujo amor e carinho nos mantiveram firmes na jornada. Sou pródiga por todo o afeto que recebi. E por isso aqui vão meus agradecimentos. Preparem-se, porque a lista é longa!

Primeiro, e sempre antes, ao Pai da Vida e aos espíritos benfazejos que me permitiram a oportunidade de aqui estar e me ajudaram tanto (e de tão variadas maneiras) que só pode ter sido além do meu merecimento e obra de sua infinita generosidade.

Aos meus pais, Altemiro e Sueli, pelo amor indizível, pelas palavras de incentivo, pelos beijos e abraços e por tentarem manter a casa tão silenciosa quanto possível, especialmente nos dias que antecederam a entrega da tese e que estive com eles compartilhando de sua casa.

Aos meus irmãos, Diego e Suellen, que embora achando que tudo isso era “coisa de louco” sempre me incentivaram a continuar, materializando seu amor por gestos e palavras e visitas (Suca, obrigada por você ter ido ficar comigo em Porto Alegre, arrastando contigo o André e os meninos: foi incrível!).

Aos meus cunhados André e Mari, pelo carinho de sempre. Pelo incentivo. E por entenderem o quanto foi importante ter a eles e a meus irmãos por perto.

Às minhas sobrinhas lindas: Kauany, Adriângela e Valquíria, a quem espero (de algum modo) ter estimulado à vida acadêmica (e não o contrário!). Meninas, o trabalho é árduo, mas recompensador!

Talvez mais do que a todos os outros, aos meus afilhados, a quem dedico um profundo amor e a quem vi muito menos do que gostaria ou deveria: Alana, Vitória, Lucas, Davi, Lorenzo e Mateus. Vocês foram minha alegria e meu alento. Estar perto de vocês, ainda que muito menos do que gostaríamos todos, foi sempre o melhor dos momentos. Vocês recarregavam minhas energias!

Alana, minha negrinha, afilhada primeira, pedaço de mim, com quem descobri o quanto é maravilhoso ser madrinha. Vitória, minha doce Vi, milagre das nossas vidas e a

quem esperei por anos. Lucas, meu afilhado por escolha própria (o melhor presente, *ever!*), companheiro de leituras, mente afiada e tão emocionalmente parecido comigo que é como se fosse meu espelho. Lorenzo, sedutor absoluto, persistente e encantador, o dono do sorriso mais lindo do mundo.

Davi, minha pintura, meu doce de côco, dono do meu coração, o primeiro a me chamar de “Inha” e aquele sobre quem escuto (envaidecida) dizerem: “parece mais contigo que com a mãe!”. Mateus, meu feixe de lenha e minha vida, meu afilhado nascido no meu primeiro ano de doutorado: a Inha fica emocionada de pensar que mesmo tendo morado longe de você por três anos, você sempre agiu como se nos víssemos todos os dias. Seu lindo, eu te amo! Pedroca: a Inha já dedica a você um profundo amor e não vê a hora de conhecer sua carinha!

Aos meus amigos queridos, Marcelo (o responsável pela minha vida social na terra do Rio Guaíba), Renata, Patrícia, Guaragna, Marinice, Márcinha, André, Paulo e Clarice: Porto Alegre só foi tão boa porque conheci vocês.

Minha amiga querida (e colega de orientação) Paula Garcez, (minha Paulagênia): obrigada por tudo, tudo, tudo. Se não fosse você, minha qualificação sequer teria existido!

À Sarah Linhares, amiga querida, pelas longas e ótimas conversas via Skype!

Minhas queridas da Secretaria do PPGDir da UFRGS, especialmente Rose e Denise: sem vocês não haveria depósito da tese! Serei eternamente grata pelo carinho, estímulo e confiança. De vocês sentirei muitas saudades.

À Sandra Regina Martini, a pessoa mais generosa que conheci no mundo acadêmico e em quem me inspiro: você é a melhor de todas!

Ao meu orientador, prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior, pelos ensinamentos práticos sobre o mundo acadêmico. Jamais esquecerei.

À Unioeste, campus de Francisco Beltrão, e ao Governo do Estado do Paraná por permitirem o afastamento remunerado para cursar quase todo o doutorado.

Aos meus alunos da Unioeste, especialmente a turma de direito civil III (quarto ano): que prazer está sendo ser sua professora!

Às minhas amigas e colegas de Unioeste, Dani, Fer e Morena: vocês foram fundamentais nesta reta final, principalmente a Dani, que lá em 2008 me ensinou a fazer um projeto de mestrado!

E finalmente, à Caroline Vasques Moraes, melhor terapeuta do mundo: é certo que se não fosse seu trabalho, nem sei o que seria de mim. Aliás, sei, mas é melhor nem dizer! Obrigada por tudo, sempre. Foste essencial para esse momento.

E enfim o céu se abranda

(Clarice Lispector)

RESUMO

Este trabalho ambiciona compreender a origem e o funcionamento do sistema de prestação de serviços de saúde a todos os brasileiros sem distinção, e, para tanto, esmiúça as origens a partir do qual sua organização se ergueu. São estudadas as formas de federalismo existentes desde o seu surgimento no Estado Moderno, e o desenvolvimento das limitações aos poderes centrais e dos entes federados, com ênfase na maneira sob as quais as responsabilidades foram e são divididas ou compartilhadas, bem assim como a maneira pelas quais suas balizas foram estabelecidas e modificadas no decorrer do tempo. O direito à saúde no Brasil é colocado no centro do debate e as formas como foi exercido, bem assim como as suas deficiências, foram todas observadas durante a investigação do processo que originou a criação de um formato inédito, amplamente respaldado pela participação popular. Esta legitimidade impressa ao que se denomina Direito Sanitário foi de crucial relevância para o enfrentamento do federalismo sob o prisma do direito à saúde, que se denomina atualmente federalismo sanitário, e é referência para a compreensão das políticas públicas que sucederam sua construção e exercício efetivo. A partir daí, foi possível proceder na avaliação da divisão das responsabilidades entre os integrantes do sistema, a forma de efetivação da divisão, sua vinculação estrita ao sistema federativo e aferir sobre a pertinência de que o federalismo sanitário seja reconhecido como a forma de responsabilização compartilhada nos termos em que o sistema único de saúde foi estruturado. Diante da conclusão a que se chegou, são apreciadas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, são avaliadas de modo a que se conclua pela tese construída, que rechaça a responsabilização solidária da forma como compreendida pelo STF, por não se harmonizar com a estrutura federativa estabelecida para cumprimento do dever de assistência à saúde pelo Estado Brasileiro.

Palavras chave: federalismo sanitário; responsabilidade compartilhada; direito à saúde; minimalismo judicial

ABSTRACT

This work aims to understand the origin and functioning of the provision of health care system to all Brazilians without distinction, and, therefore, deeply analyzes the sources from which its organization arose. Existing forms of federalism are studied since its emergence in the Modern State, and the development of limitations to the central authorities and federal agencies, emphasizing the way in which the responsibilities were and are divided or shared, as well as the way the that their beacons have been established and modified over time. The entitlement to health in Brazil is placed in the center of the debate and the ways in which it was exercised, as well as its shortcomings were all observed during the investigation of the process that led to the creation of an unprecedented format, widely supported by popular participation. This printed legitimacy to what is called Health Law was of crucial importance to face the federalism through the prism of the right to health, which is now called health federalism, and is a reference to the comprehension of public policies that followed its construction and effective exercise. From there, it was possible to proceed in assessing the division of responsibilities between system integrators, how to effect the division, their strict adherence to the federal system and check on relevance of the health federalism is recognized as a form of shared accountability in terms in the unified health system was structured. Before the conclusion arrived at, they are appreciated judgments given by the Supreme Court. Finally, are evaluated so that it is determined by the built thesis, which rejects the joint accountability of how understood by the Supreme Court, by not harmonize with the federal structure established to comply with the health care obligation by Brazil.

Keywords: health federalism; shared responsivity; health Law, decisional minimalism

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRASCO - Associação Brasileira de Pós- Graduação em Saúde Coletiva
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AgR – Agravo em Recurso Extraordinário
AIS - Ações Integradas de Saúde
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APS - Atenção Primária à Saúde
CEBES - Centro Brasileiro de Estudos da Saúde
CIB – Comissão Intergestores Bipartite
CIR - Comissão Intergestores Regional
CIT – Comissão Intergestores Tripartite
CMS – Conselho Municipal de Saúde
CNS - Conferência Nacional de Saúde
COAPS - Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde
CONASEMS - Conselhos Nacionais de Secretários Municipais de Saúde
CONASP – Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no âmbito da Previdência Social
CONASS - Conselhos Nacionais de Secretários de Saúde
CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS
COSEMS - Conselhos de Secretários Municipais de Saúde
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
DF – Distrito Federal
DSEI - Distritos Sanitários Especiais Indígenas
EC – Emenda Constitucional
EUA – Estados Unidos da América
FEGE - Fator de Estímulo à Gestão Estadual
FIOCRUZ - Fundação Oswaldo Cruz
FNS - Fundo Nacional de Saúde
INAMPS - O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência e Assistência Social
IVQ - Índice de Valorização de Qualidade
LC – Lei Complementar
LOS – Lei Orgânica da Saúde

MOPS - Movimento Popular de Saúde
MORHAN - Movimento de Reintegração dos Hansenianos
NOAS - Normas Operacionais da Assistência à Saúde
NOB - Normas Operacionais Básicas
OMS – Organização Mundial da Saúde
PDI - Plano Diretor de Investimento
PDR - Plano Diretor de Regionalização
PIB – Produto Interno Bruto
PPI - Programação Pactuada e Integrada da Atenção à Saúde
RE – Recurso Extraordinário
RENAME - Relação Nacional de Medicamentos
RENASES - Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
RS – Reforma Sanitária
SS – Suspensão de Segurança
STA – Suspensão de tutela Antecipada
STF – Supremo Tribunal Federal
SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde nos Estados
SUS – Sistema Único de Saúde
UBE - Unidades Básicas Estaduais
UCA - Unidade de Cobertura Ambulatorial

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 DO ESTADO FEDERAL.....	17
2.1 A gênese do Estado Federal.....	18
2.2 Estados federais contemporâneos: em busca de elementos definidores	29
2.3 O Estado federal expressado por diferentes modelos de federalismo.....	41
2.3.1 <i>Federalismo dual.....</i>	41
2.3.2 <i>Federalismo cooperativo.....</i>	42
2.3.3 <i>Federalismo assimétrico.....</i>	45
2.3.4 <i>Federalismo progressivo, defensivo e pragmático ou reativo.....</i>	48
2.4 O Estado federal brasileiro.....	50
3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS): UMA ANÁLISE DESCRITIVA DE SUA ESTRUTURA.....	58
3.1 Das categorias de direito ao direito à saúde no Brasil.....	58
3.2 O movimento de reforma sanitária e o direito à saúde.....	64
3.3 Marcos normativos do direito à saúde no Brasil.....	76
3.3.1 <i>A instituição do Sistema Único de Saúde: a Consituição da República Federativa do Brasil.....</i>	76
3.3.2 <i>A regulamentação das Ações e Sserviços de Saúde: a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.....</i>	80
3.3.3 <i>O Planejamento da Saúde, a Assistência à Saúde e a Articulação Interfederativa: o Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011 e a regulamentação da Lei 8.080/90.....</i>	88
3.3.4 <i>A participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e as Transferências Intergovernamentais de recusos financeiros na área da saúde: a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990</i>	91
3.3.5 <i>Das Ações e Serviços Públicos de Saúde: da Constituição à Lei Complementar 141/2012.....</i>	95
4 FEDERALISMO SANITÁRIO.....	104
4.1 O que é o federalismo sanitário.....	104

4.2 Práticas operacionais do SUS.....	112
4.3 Gestão interfederativa: a legitimidade da CIB e CIT.....	128
4.4 Sobre a natureza cooperativa das competências dos entes federados em matéria de saúde: responsabilidade solidária ou compartilhada? Solidariedade como instituto de direito civil ou solidariedade federativa?.....	138
5 O FEDERALISMO SANITÁRIO E OS <i>LEADING CASES</i> DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO MINIMALISMO JUDICIAL E A NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DO PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.....	146
5.1 A teoria do minimalismo judicial de Cass Sustein.....	146
5.2 <i>Leading cases</i>.....	149
5.2.1 <i>STA 175/CE</i>	150
5.2.2 <i>RE 566.471</i>	156
5.2.3 <i>RE 855.178/SE</i>	158
6 CONCLUSÃO	162
7 REFERÊNCIAS	166

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde no Brasil é fenômeno que já não causa qualquer estranheza ou espanto. Tem sido recorrente a necessidade dos cidadãos demandarem em juízo para satisfação de seu direito fundamental à saúde. É verdade que as demandas são cada vez mais ampliadas e que a política nacional de medicamentos é uma das causas mais frequentes.

O judiciário brasileiro, notadamente em âmbito estadual, tem concedido, com raras exceções, cada uma das solicitações feitas nas várias ações ajuizadas contra o Estado. Especialmente no que diz respeito às responsabilidades dos entes federados em matéria de saúde, tem sido comum o entendimento, capitaneado por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), de que todos os entes são, solidariamente, responsáveis pelas demandas ajuizadas. E mais, não se trata de chamar um ente para cooperação com outro; o que tem acontecido é a simples substituição de um ente por outro, já que o cidadão pode, simplesmente, escolher contra quem demandar (municípios, estados ou a União).

Os argumentos jurídicos que embasam a fundamentação destas decisões, especialmente no caso do Supremo Tribunal Federal, têm em comum o fato de, no mais das vezes, simplesmente citar dispositivos constitucionais como justificativa das decisões tomadas. Assim, quase sempre, o fundamento reside nos artigos 196, primeira parte, e 23, inciso segundo, primeira parte. Em síntese, o que se depreende é que: considerando que o art. 23 trata de competências comuns e a primeira parte do seu inciso segundo fala em “cuidar da saúde e assistência pública” (não há menção a outra parte do dispositivo, que assim continua: “da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”) e que o artigo 196 diz que a saúde é dever do Estado, são os entes responsáveis solidários.

Note-se que o conceito de solidariedade aplicado pelo STF parece confuso: a partir da ideia de que todos os entes devem cooperar para efetivação dos direitos fundamentais, se dá ao cidadão o direito de escolher contra quem demandar. É como se a solidariedade no sentido de ajuda, de cooperação, fosse simplesmente substituída pela solidariedade de direito civil, aquela que não se presume, mas que deve ser expressa em acordo ou expressamente decorrente da lei.

Outro argumento que se utiliza, em alguns julgados, assenta a solidariedade no federalismo cooperativo, instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Mas não há qualquer teoria ou mesmo justificativa utilizada para determinar se, de fato, o inciso segundo do art. 23 da Constituição não se aplica somente aos portadores de deficiência, expressamente citados no texto. Se a saúde é responsabilidade de todos, haveria necessidade de incluir uma categoria de cidadãos para determinar uma competência comum? Não seria mais fácil, simplesmente, ter o constituinte, fosse essa a intenção, parar o texto antes de categorizar os portadores de deficiência?

Quais seriam os argumentos para fundamentar decisões que entendem que, do federalismo cooperativo, decorre logicamente a responsabilidade solidária? Se o Sistema Único de Saúde (SUS) tem sido exemplo recorrente nos estudos federalistas como exemplo de cooperação, com o reconhecimento do compartilhamento de competências entre os entes, nos exatos termos da legislação que o regula, como pode ser esse novo conceito de federalismo cooperativo capitaneado pelo judiciário?

Entre todas as teorias que tratam da responsabilidade do Estado, inclusive por danos causados aos cidadãos, dentre os quais os decorrentes da má-prestação de serviços, não há qualquer menção à responsabilidade solidária. Escapa ao nosso conhecimento alguma demanda ajuizada contra a União pela má prestação de um serviço de saúde prestado pelo município. Via de regra, as ações são ajuizadas especificamente contra os entes que cometeram atos danosos, ou, então, por pessoas que, sob a responsabilidade do Estado, causaram estes danos.

A fim de elucidar estas questões é que se desenvolve o presente trabalho cuja tese centra-se no reconhecimento de responsabilidades compartilhadas entre os entes federados, mas não solidárias, de modo que cada ente deve ser responsável pelo que lhe foi atribuído legalmente ou sobre o que, por meio de pactuações, aceitou assumir.

Para confirmar ou refutar esta tese, serão analisadas questões relativas ao federalismo, à estrutura do SUS, ao seu funcionamento real e ao que se pode chamar de federalismo sanitário, ou seja, a repartição de competências entres os entes, em processo altamente semelhante à forma federativa escolhida pelo Estado Brasileiro quando de sua constituição.

A pesquisa pretendeu oferecer uma base sólida ao entendimento das origens e especificidades do sistema federativo, e para tanto a abordagem histórica pareceu útil. Foram enfrentadas questões debatidas desde o fim do século XVIII, e que, diante das modificações havidas na organização dos Estados Nações permitem a conclusão sobre a possibilidade de o sistema que outorga liberdades limitadas e pré estabelecidas ao poder central e aos entes federados conviver sob formas de governo distintas.

Depois de analisar os diversos modelos de federalismo para bem compreender aquele que hoje vigora no Brasil, entendeu-se pertinente apreciá-lo e contextualizar o Direito à Saúde na moldura legislativa construída e da relevância da participação social de que esta resultou.

O passo seguinte foi o de situar historicamente a construção do que hoje conhecemos como Sistema Único de Saúde. Para tanto, foram abordadas as formas de enfrentamento que a questão sanitária sofreu durante o último século, sob uma ótica de organicidade, e seus reflexos junto à população. Foi resultado dessa investigação que desaguou no estudo dos movimentos sociais organizados, que, diante de um colapso iminente na administração sanitária se revestiu de protagonismo e atuou diretamente junto às fontes de poder, e, desta forma, logrou estabelecer uma caminhada de conquistas fundamentadas na participação da sociedade civil.

Esta legitimidade observada foi o que deu a tônica da investigação sobre o que se denomina federalismo sanitário, mediante o descortinar de toda a elaboração da política de extensão do atendimento da saúde a todos, tal como previsto na Constituição Federal de 1988, seus acertos e desacertos. Mais do que isso, o que se buscou com esta pesquisa foi esclarecer os fundamentos da organicidade desenhada, o que ocorreu de forma cooperativa mediante rígidos esquemas de financiamento e divisão de responsabilidades.

A partir deste solo preparado, dirigimos os esforços a observar de que forma este arcabouço estaria sendo apreciado por aquele que inequivocamente desempenha na atualidade papel definidor na implantação de políticas públicas, em especial daquelas que envolvem a saúde: O Poder Judiciário.

Deste modo, foram eleitos casos recentes e emblemáticos que discutem e decidem a seguinte questão: a quem incumbe a responsabilidade pelo atendimento à saúde: à União, aos estados ou aos municípios. Ou aos três? Quais os critérios adotados pela Magistratura para a prestação da jurisdição, aí mensurada a pertinência ou não da adoção de precedentes nas ações cujo objeto seja o Direito à Saúde.

E, a partir da eleição da teoria Minimalismo Judicial de Cass Sustein, adotada por compreender exatamente a necessidade intransponível de o Poder Judiciário agir com responsabilidade diante dos efeitos que decisões de caráter vinculantes podem representar perante não só a administração pública e o cidadão na condição de litigante individual mas principalmente às conquistas legitimamente alcançadas pela sociedade organizada, procedeu-se a apreciação dos fundamentos adotados nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Com esta finalidade, analisar-se-ão três *leading cases* do STF, fartamente citados em outras decisões, a fim de, aplicando a teoria minimalista, embasar a conclusão final sobre a forma de aplicação da responsabilidade compartilhada.

Este o caminho trilhado para o alcance da segurança necessária à conclusão em que consiste esta tese, baseada diretamente na inteligência integrada e fundamentada não só do ordenamento como da historicidade que o informa.

Ao final, espera-se contribuir na análise deste delicado assunto, seja para fundamentadamente rechaçar a tese da responsabilidade solidária, seja, se assim o for, cooperar para uma efetiva fundamentação desta teoria.

O método de abordagem do tema é dedutivo, procedendo-se analiticamente por meio de técnica de pesquisa indireta.

2 DO ESTADO FEDERAL

Refletir sobre o Estado Federal, sua origem e sua atualidade é fundamental para a compreensão de quais são, de fato, as responsabilidades dos entes federados brasileiros em matéria de saúde. Para tanto, far-se-á um resgate de seus aspectos históricos, e, a partir da contemporaneidade, buscar-se-á elementos que os identifiquem, apesar das distinções inerentes a esta forma de Estado entre os que a adotam. A seguir, discorrer-se-á sobre o que se considera sejam os quatro principais modelos de federalismo expressados pelo Estado Federal, iniciando pelo dito dual, que é o modelo originalmente adotado quando de seu surgimento, passando pelos modelos cooperativo, assimétrico e progressivo. Com este referencial pode-se analisar nossa realidade específica, desde sua origem até sua caracterização como Estado federal cooperativo a partir da Constituição de 1988.

Assim, serão identificadas as características do Estado Federal brasileiro atual e, a partir daí, os aspectos que contribuem para claramente delinear e delimitar as responsabilidades de cada ente federado no que diz respeito ao direito fundamental à saúde e, por conseguinte, quais as competências de cada um deles no arranjo federativo que forma o Sistema Único de Saúde, política de estado adotada pelo Brasil para garantir a efetividade deste direito.

Ressalte-se que apesar da ideia do federalismo ser apontada em sociedades políticas mais antigas, elegeu-se, para compor este trabalho, abordar o surgimento do Estado Federal, enquanto conceito e forma de organização, tendo por ponto de partida a configuração norte-americana criada pela Constituição em 1787, desprezando-se, meramente em função do objeto deste trabalho, questões relacionadas às formas antigas de federalismo não serão objeto de análise¹.

¹ Sobre formas antigas de federalismo, veja-se, entre outros, Althusius (2003), Proudhon (2008); para uma análise condensada da ideia, veja-se: Reverbel (2012). Além disso, conforme assinala Dallari (1986, p. 7) “O Estado Federal é uma criação do século XVIII. Embora o termo *federalismo* seja empregado muitas vezes em sentido genérico e impreciso para significar qualquer ‘aliança de Estados’, tecnicamente *Estado Federal* corresponde a determinada forma de Estado, criada pelos norte-americanos no final do século XVIII. As federações que alguns autores pretendem ver na Antiguidade, na Idade Média ou nos primeiros séculos da Era Moderna foram apenas alianças temporárias, com objetivos limitados, não chegando à submissão total e permanente dos aliados a uma Constituição comum, sob um governo composto por todos e com autoridade plena, máxima e irrecusável sobre todos.” – destaques no original. No mesmo sentido Minhoto (2013): [...] a base

2.1 A Gênese do Estado Federal

A gênese do Estado federal remonta ao surgimento dos Estados Unidos da América que, com a integração definitiva das treze ex-colônias britânicas² situadas na América do Norte e que se tornaram independentes em 1776. Inicialmente as colônias reuniram-se sob a forma de uma confederação, criada por meio de um tratado denominado “Artigos de Confederação e Perpétua União”, firmado em 1777 e ratificado em 1781. Estando em uma Confederação, as colônias norte-americanas mantinham-se independentes e, em seu território, soberanas. Reunir-se em uma Confederação foi, assim, o melhor meio que encontraram para resistir às forças contrarrevolucionárias inglesas, que lutavam para alçá-las de volta à velha condição de colônia.

Os três primeiros artigos deste documento ilustram perfeitamente o objetivo de tal união, suas preocupações quanto à soberania, liberdade e independência, bem como justificam a necessidade de uma confederação:

Article 1. The style of this confederacy shall be, “THE UNITED STATES OF AMERICA.”

Article 2. Each States retain its sovereignty, freedom and Independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this confederation, expressly delegated to the United States, in Congress assembled.

Article 3. The said States hereby severally enter into a firm league of friendship with each other, for their common defence (sic), the security of their liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretence (sic) whatever. (UNITED STATES OF AMERICA, 2014).

Observe-se que até mesmo a escolha do nome desta Confederação que se formava – Estados Unidos – visava enaltecer a independência recém conquistada. Assim, ao denominarem-se “Estado,” demonstravam as ex-colônias considerarem-se no mesmo patamar da Inglaterra e dos demais Estados que compunham o mundo do século XVIII, pois, como eles, também eram um grupo de pessoas, vivendo num

originária, porém [é] o Estado Federal nascido ou criado pela Constituição Norte-Americana de 1789. No mesmo sentido Aja (2007), Abrucio (2001).

² New Hampshire, Massachusetts Bay, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina and Georgia.

território determinado e sob um mesmo governo. Eram um Estado soberano, na acepção moderna do termo³.

O artigo segundo dos Artigos de Confederação e União Perpétua, vai assegurar, formalmente, que cada um dos Estados membros da nascente Confederação, mantivesse sua soberania, sua liberdade e independência, assim como cada poder, jurisdição e direitos que não fossem expressamente por eles delegados à Confederação dos Estados Unidos.

A União seria, portanto, um órgão cujas atribuições eram não só perfeitamente definidas mas também limitadas, já que todo o poder estava, de fato, concentrado nas mãos de cada um dos treze Estados.

O artigo terceiro deste documento, esclarece a motivação da criação de uma Confederação: defesa comum, segurança de suas liberdades, ajuda para conquista e manutenção mútua do bem-estar geral, de modo a protegerem-se de qualquer ataque que pudessem vir a sofrer, seja em sua soberania ou devido a fatores religiosos, comerciais ou por quaisquer outros pretextos.

Mas o panorama político interno americano era bastante complexo: a guerra de independência significou a emigração de milhares de partidários dos tories⁴ ingleses; a organização das milícias que contavam, como soldados ou comandantes, homens de todas as estratificações da sociedade das colônias; a quebra dos velhos métodos protecionistas ingleses de comercialização; e, a inflação e o aumento da atividade lucrativa com a economia de guerra. (PINTO FILHO, 2002, p. 42)

³ Refere-se aqui ao tipo de Estado inaugurado a partir dos Tratados de Paz de Westfália de 1648 – o Estado Moderno – cuja característica principal é a soberania.

⁴ Antigo partido conservador inglês. De acordo com COOKE (2010, p. 5), “The origins of the Conservative Party lie way back in the seventeenth century. During the civil wars of the 1640s and 1650s, and again in the last two decades of the century, politicians formed parties in Parliament, first Royalists and Parliamentarians, then (in more permanent form) Tories and Whigs – the former in broad (but not uncritical) support of the monarch, the latter dedicated to curtailing his power. The Tories had their first taste of success during the so-called Exclusion Crisis of 1679-80 when they defeated Whig attempts to exclude the Catholic brother of Charles II from the line of succession to the throne. The Tories came to be seen above all as the patriotic party, identified closely with the last Protestant Stuart monarch, Queen Anne, during the period of Marlborough’s glorious victories over Louis XIV in the first decade of the eighteenth century. Patriotism is the first, and most deeply rooted, element of the Party’s character.”

As fragilidades da aliança confederada começaram a aparecer e havendo entre as antigas colônias relações nem sempre amistosas⁵, seus interesses antagônicos não só contribuíam para um clima de animosidade, como também impediam uma identificação mútua entre os Estados, tornando impraticável o exercício de ações conjuntas. Como cada Estado era soberano, não havia como obrigá-los a aderir aos acordos estabelecidos pelo Congresso Confederativo. (BAGGIO, 2006, p. 22).

No que tange às decisões tomadas pela Confederação, lembra Ramos (2012, p. 12) que deviam decorrer de unanimidade e que não incidiam diretamente sobre os cidadãos dos treze Estados confederados, necessitando serem introjetadas nos ordenamentos jurídicos dos Estados para que pudessem ser consideradas. Desta forma, a consequência era que o poder central ficava permanentemente sob a dependência dos Estados, os quais, inúmeras vezes e sob o argumento de preservação de sua soberania, simplesmente não consideravam as decisões tomadas pelo poder central, ainda que tais decisões contassem sempre com a participação dos representantes dos Estados Confederados.

Foi esta a característica confederativa que configurou o maior obstáculo para seu sucesso posto que

Essa falha começou a colocar em dúvida o futuro da ideia de EUA. Por conta desse fato, [...] os pais fundadores começaram a discutir um modelo mais perfeito como forma de superar as deficiências da confederação. Por outro lado, não tinham noção exata do esquema a ser construído, contudo, diante da realidade concreta decorrente das limitações e deficiências do sistema confederativo, começaram a trabalhar um modelo em que essas limitações e deficiências pudessem se eliminadas. (RAMOS, 2012, p. 12)

Deste modo, ainda que pudesse ter sido uma solução satisfatória para a manutenção da independência das ex-colônias, a Confederação não passou de

⁵ A animosidade entre as colônias tem causa na sua própria formação, conforme nos relembra Jardim (1984, p. 54): “os homens que fundaram as colônias provinham de segmentos sociais bastante diversificados. Uns eram mercadores aventureiros, organizados em sociedade, que enviavam ao continente americano pequenos grupos de pessoas; de início com a finalidade de descobrir metais preciosos e uma rota para as Índias, e, mais tarde para explorar a agricultura mais lucrativa, principalmente a do tabaco e do algodão. Outros eram dotados de profundo espírito religioso, para os quais a América se configurava como um refúgio. Outros, ainda, grandes senhores que, tendo rendido serviços ao rei, recebiam terras, fosse para explorá-las economicamente para a Inglaterra, fosse para nelas estabelecer minorias religiosas. Dois grandes motivos inspiraram assim a criação de tais estabelecimentos: o espírito de comércio e o espírito religioso.

frouxa aliança (DALLARI, 2010, p. 257) de Estados soberanos e independentes, estando todo o poder nos diversos Estados separados, e, nestes, “concentrando-se nos legislativos populares em detrimento de qualquer compromisso com uma separação de poderes”. (FARIAS, 1998, p. 157).

Os interesses econômicos geralmente têm o condão de apressar mudanças e transformar a própria sociedade. No caso da Confederação dos Estados Unidos, parece não ter sido diferente. Soromenho-Marques (2011), na interessante introdução que faz à edição em português de *The Federalist Papers*, ao tratar das numerosas insuficiências da primeira lei fundamental dos Estados Unidos, escreve que

As barreiras tarifárias e as rivalidades econômicas ameaçavam colocar em risco os laços de unidade cimentados na luta comum contra o império britânico. O Estado de Connecticut, a título de exemplo, cobrava taxas maiores sobre as importações do Massachusetts do que sobre as da Grã-Bretanha. A ausência de moeda comum acentuava as dificuldades na criação de um efectivo mercado interno. Também no plano militar, apesar de a experiência da Guerra da Independência ter demonstrado no terreno a importância de um comando unificado, os Estados pareciam estar tão longe de chegar a um acordo sobre a construção de umas forças armadas da União como sobre o que fazer com o pesado fardo das dívidas de guerra, que lançava um pesado ônus de descrédito internacional sobre a Confederação Americana, recentemente formada. (SOROMENHO-MARQUES, 2011, p.17)

A dificuldade em reconhecer um poder central, a recusa das populações em cumprir as leis elaboradas pela União que não fossem ratificadas em seu ordenamento jurídico, as situações agravadas pelas barreiras tarifárias e as grandes rivalidades econômicas, levaram alguns dos Estados a reunirem-se, em setembro de 1786, na Convenção de Annapolis⁶. Foi nessa reunião que se confirmou a

⁶ “This meeting, held at Annapolis, Maryland, grew out of a dispute between the states of Maryland and Virginia with regard to these navigation of the Potomac River, a matter of several year’ standing. A prior conference between the representatives of these states had settled the immediate issue, but new problems appeared. Therefore, at the instigation of James Madison, who sought a broad discussion, the legislature of Virginia passed a resolution inviting the other states to another conference in order ‘to consider how far a uniform system in their commercial regulations may be necessary to their permanent harmony’. In reply, only five of the thirteen states sent representatives to the Annapolis Convention. Four appointed delegates who did not attend and the remaining four spurned the invitation. Under these circumstances nothing of broad import would have emerged except for the determination of Madison and Alexander Hamilton. The latter, principal champion of a strong central government, succeeded in getting the unanimous consent of the delegates to a call for another convention to be held in Philadelphia on the second Monday of May, 1787. The purpose? No to discuss commerce only, but ‘to take into consideration the situation of the United States.” (DIMOCK; DIMOCK, 1947, p. 67).

essencialidade de se trabalhar no plano mais profundo do próprio texto constitucional da Confederação.

É possível que se houvesse demorado muito mais para convencer os representantes dos Estados não presentes na reunião acerca da necessidade de reestruturação constitucional, não tivesse ocorrido uma rebelião em Massachusetts, no início de 1787. Este fato foi o gatilho para a aprovação, em fevereiro de 1787, da decisão que promoveu uma Convenção de Revisão dos Artigos da Confederação. (SOROMENHO-MARQUES, 2011, p. 18).

É interessante referir o apego dos confederados ao início de sua independência: a Convenção de Revisão deveria ter lugar não só na mesma cidade, mas no mesmo local onde havia sido assinada a Declaração de Independência. Assim, a Filadélfia foi, novamente, o símbolo de esperança em um novo começo. Neste sentido, ainda Soromenho-Marques (2011, p. 19), para quem esta Convenção foi palco de um dos debates políticos de “maior elevação na história universal”, assevera o fato de que somente a aprovação de um código de sigilo vinculando todos os delegados permitiu que os trabalhos prosseguissem, inclusive ultrapassando os limites de seu mandato inicial.

Assim, foi sugerida a mudança sistemática de exercício do poder político por meio da adoção de um mecanismo no qual as decisões do poder central independeriam da anuência posterior dos Estados confederados. Obviamente o fato de terem se libertado da dominação inglesa há pouco mais de uma década, fez com que os articuladores do projeto entendessem por essencial manter, de certa maneira, a soberania dos Estados.

A saída foi, então, estabelecer matérias sobre as quais o poder central poderia deliberar e que incidiriam diretamente sobre os cidadãos e, de outro lado, atribuições que seriam próprias dos Estados e que não poderiam sofrer qualquer espécie de interferência do poder central. Tratava-se, assim, de uma fórmula que reconhecia a existência de duas esferas de poder político num mesmo território, cada qual exercendo atribuições sobre temáticas distintas. (RAMOS, 2012, p. 13).

A possibilidade de submeter o novo projeto constitucional apenas aos representantes dos Estados, reunidos no Congresso, foi considerada insuficiente, notadamente pelos representantes da Filadélfia que consideravam de crucial

importância a opinião dos líderes e dos eleitores estaduais; tratava-se, afinal, de uma alteração profunda na relação entre as competências, atribuições e poderes atribuídos à União e aos Estados. A Constituição apresentada seria debatida em Convenções Estaduais, somente entrando em vigor se pelo menos 9 (nove) dos 13 (treze) Estados a aprovassem⁷.

Durante muitos meses, os cidadãos dos Estados foram convidados a analisar e discutir a proposta que lhes era apresentada, explicitando sua opinião por meio de representantes escolhidos exclusivamente para o ato⁸. Este processo foi acompanhado pela intensificação de uma verdadeira esfera pública⁹ que permitiu a generalização da discussão política não só por meio de reuniões abertas, mas, sobretudo, por meio da imprensa escrita, por meio dos chamados *The Federalist Papers*.

⁷ Artigo 7o: A ratificação através de convenções de nove Estados será suficiente pra a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado.

⁸ Tal relação de obrigatoriedade entre o representante e os interesses e decisões dos representados merece ser destacada já que se tratava de um mandato imperativo, oposto ao mandato político-representativo que atualmente vigora. Os mandatos imperativos apareceram de forma quase simultânea na Grã-Bretanha, na França e nos Estados Unidos, mas foram fortemente rechaçados por serem considerados incompatíveis com a natureza deliberativa da democracia, o que fez com que os delegados da Assembleia Constituinte Francesa, de 1789, advogassem idêntica recusa ao mandato imperativo, sustentando Sieyès que a *voeu national*, ou seja, o desejo da nação não se podia determinar sob queixas e desejos particulares trazidos pelos delegados, o que significava dizer que os mandatos imperativos não podiam ser considerados como expressão da vontade nacional. (ELSTER, 2001, p.14-15). O famoso discurso de Edmund Burk, proferido ao eleitores de Bristol, em 1776, demonstra sua forte rejeição aos mandatos imperativos, como ilustra a seguinte passagem: “Your representative owes you, not his industry only, but his judgment; and he betrays, instead of serving you, if he sacrifices it to your opinion. [...] Parliament is not a *congress* of ambassadors from different and hostile interests; which interests each must maintain, as an agent and advocate, against other agents and advocates; but parliament is a *deliberative* assembly of *one* nation, with *one* interest, that of the whole; where, not local purposes, not local prejudices, ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole. You choose a member indeed; but when you have chosen him, he is not member of Bristol, but he is a member of *parliament*. If the local constituent should have an interest, or should form an hasty opinion, evidently opposite to the real good of the rest of the community, the member for that place ought to be as far, as any other, from any endeavor to give it effect”. (BURKE, 2014) Vale assinalar, por fim, que o mandato imperativo era justamente o que defendia Rousseau, que entendia ser a soberania atribuição do povo, razão pela qual o governo era simplesmente o órgão incumbido de fazer o que a soberania popular determinasse. Para ele: “La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu’elle peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point : elle est la même, ou elle est autre; il n’y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires ; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n’a pas ratifiée est nulle ; ce n’est point une loi. Le peuple Anglais pense être libre, il se trompe fort ; il ne l’est que durant l’élection des membres du parlement : sitôt qu’ils sont élus, il est esclave, il n’est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l’usage qu’il en fait mérite bien qu’il la perde.” Ao final, prevaleceram as ideias de Burke, como se atesta na contemporaneidade, inclusive no Estado brasileiro.

⁹ O termo utilizado refere-se ao conceito de esfera pública em Habermas, para quem: “A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.” (HABERMAS, 1997, p. 92).

A ideia federalista proposta por meio do projeto constitucional apresentado durante a Convenção da Filadélfia encontrou resistências importantes, notadamente vindas do Estado de Nova Iorque, onde seu governador, George Clinton, surgia como uma espécie de representante dos interesses mais paroquiais dos Estados, que a ampliação das competências da União ameaçava. Nova Iorque era um Estado fortemente comercial e as perdas com a transferência para a União das competências em matéria de comércio externo e interestadual pareciam evidentes. George Clinton capitaneava um movimento que seria chamado de antifederalista¹⁰, (SOROMENHO-MARQUES, 2011, p. 21).

Foi a peculiar situação política de Nova Iorque o motivo principal que levou à redação do *The Federalists*. Esta a razão, portanto, de a maioria absoluta dos artigos publicados ser dirigido *to the People of the State of New York*. A figura principal deste trabalho foi Alexander Hamilton, advogado em Nova Iorque que, durante a Convenção da Filadélfia, foi a voz mais forte em defesa dos poderes da União. Encerrados os trabalhos da Convenção, Hamilton procurou reunir aliados para o projeto de *The Federalist*, encontrando-se, assim, com Jay e Madison, permanecendo em Nova Iorque entre outubro de 1787 e março de 1788.

O desafio que se impuseram os autores do *The Federalist* era enorme: manter a independência das treze ex-colônias, fazendo permanecer a república e criando instituições que assegurassem a soberania popular numa imensa área geográfica, sem que pudessem, para isso, encontrar uma real experiência, teórica ou prática. Tratava-se de um republicanismo federal¹¹ e de uma escolha: seguir um caminho próprio (para solucionar os problemas que os artigos confederalistas não conseguiram¹²), sem grandes apoios ou marcos de referência externos ou

¹⁰ A base do movimento antifederalista, liderada por....., tinha por objetivo.... (VER OS FEDERALISTAS).

¹¹ Aqui o termo faz simples referência a ideia de república em oposição à monarquia, (governo temporal e eletivo versus governo vitalício e hereditário), porém permitindo dois governos num mesmo Estado, ambos soberanos no que diz respeito às suas respectivas competências, Sobre o conceito enquanto a ideologia espanhola do século XIX, de Francisco Pi y Margall, anterior ao cantonalismo ver Gutierrez Lloret (1987).

¹² Soromenho-Marques (2011, p. 28), assina serem 3 as categorias de problemas não solucionados pela Confederação dos Estados Unidos: “a) Como conciliar o espírito de rebeldia contra uma autoridade distante, com a necessidade de construir um núcleo federal unificador? Mesmo que este não colocasse em causa o vasto campo dos poderes onde a subsidiariedade se exercia de modo soberano, o núcleo federal deveria surgir como uma outra esfera de poder, para além daquela imediatamente visível aos olhos daqueles que confundiam a liberdade com o exercício da deliberação em matérias estritamente locais; b) Como assegurar a sã convivência entre o princípio da liberdade, que conduzia a uma desconfiança preventiva contra todos os possíveis abusos de qualquer forma

anteriores, ou tomar o exemplo europeu e reproduzir no Novo Mundo as mazelas do Velho.

Desafio aceito, hora de convencer o indeciso Estado de Nova Iorque sobre os benefícios da Federação em contraposição aos malefícios da Confederação. O meio para cumprir com seu desiderato consistiu na publicação de textos frequentes em periódicos¹³ nova-iorquinos que, reunidos, são chamados *The Federalist Papers*, ou O Federalista, e foram publicados entre outubro de 1787 e março de 1788. Todos os artigos eram assinados por *Publius*¹⁴.

O primeiro dos artigos, de autoria de Alexander Hamilton, atestava a ineficácia do governo confederado, razão pela qual os cidadãos dos Estados deviam deliberar sobre uma nova Constituição, e assinalava a convicção do autor na nova Constituição, pretendendo, “argumentos abertos a todos”, discutir os seguintes tópicos:

A utilidade da UNIÃO para a nossa prosperidade política; A insuficiência da presente Confederação para preservar essa União; A necessidade de um governo pelo menos tão enérgico como aquele que é proposto, para atingir este objectivo; A conformidade da Constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano; A sua analogia com a vossa própria Constituição estadual; e, por fim, A segurança adicional que a sua adopção permitirá para a preservação dessa espécie de governo, para a liberdade e para a propriedade. Na progressão desta discussão esforçar-me-ei para dar uma resposta satisfatória a todas as objeções que forem manifestadas e que possam parecer ter algum direito à vossa atenção. (HAMILTON; MADISON, JAY, 2011, n. 1, p. 53).

delegada de poder, e o princípio da segurança, que era capaz de vislumbrar os riscos e as possibilidades que se ofereciam aos Estados Unidos no quadro mundial, quer numa visão de curto, mas sobretudo num olhar de longo prazo? C) Como aceitar a manutenção da escravatura, dessa ‘instituição peculiar’, num país que tinha começado a sua edificação, como povo e ‘comunidade de destino’, debaixo da mais firme declaração de apoio à crença na existência de indeclináveis direitos naturais da humanidade, sendo o direito à liberdade a coluna vertebral em que se apoiavam os restantes?”.

¹³ The Independent Journal, The New-York Packet, The Daily Advertiser e The New York Journal, este último a partir do artigo n. 23, publicado em 18 de dezembro de 1789.

¹⁴ De acordo com Kincaid (2014): “Publius was a fairly common praenomen (the first or personal name of an ancient Roman). Some readers of *The Federalist*, therefore, might have understood “Publios” to be the Publius praised in the Acts of the Apostles (28:7), ‘the chief man of the island’ of Melita (probably Malta) who received and lodged Paul and his shipwrecked companions for three days. Most readers, however, probably recognized ‘Publius’ as Publius Valerius Publicola, a Roman patriot, general, and statesman who lived in the sixth century B.C.E. and who, according to *Plutarch’s Lives*, saved the early Roman republic several times from tyranny and military subjugation. Publius was one of the founders of the republic. His republican reputation was regarded by some of the American founders as superior to the republican *bona fides* of Brutus and Cato, though a problem for the Federalists was that prominent Anti-Federalists had already appropriated the pseudonym Brutus (Robert Yates) and Cato (George Clinton).” Recorda Soromenho-Marques (2011, p. 23) que o pseudônimo latino era muito comum na época e refletia a influência romana e a herança republicana clássica, tanto entre federalistas quanto em antifederalistas.

Então, para responder a estas questões e para contestar quaisquer oposições, seguiram-se mais 84 artigos. O resultado é conhecido de todos: foi a Constituição aprovada, criando-se o primeiro Estado Federal que conhecemos, os Estados Unidos da América. Essa primeira configuração de um Estado federal tinha duas características básicas: uma (a) Constituição Federal que reconhecia a (b) existência de duas ordens internas de poder, cada qual soberana dentro de sua esfera de atuação (competências) e ambas com poder direto sobre os cidadãos dos Estados.

Dados os limites deste trabalho e sua temática principal, não será possível destacar todas as contribuições encontradas nos artigos de O Federalista para a formação do Estado Federal; todavia, crê-se necessário direcionar o olhar à questão da estrutura governamental de limitação interna, denominada sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), cuja imprescindibilidade é manifesta no artigo de número 51¹⁵

Então, a que meio devemos afinal recorrer, para manter na prática a necessária repartição de poder entre os diversos departamentos, tal como é estabelecido na Constituição? A única resposta é [...] [imaginar] a estrutura interna do governo de tal modo que as suas partes constituintes possam, através das suas relações mútuas, constituir os meios de se manter umas à outras nos devidos lugares. [...] Mas a grande proteção contra uma concentração gradual dos diversos poderes no mesmo departamento consiste em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais e os motivos pessoais necessários para resistir à usurpação pelos outros. [...] Deve fazer-se com que a ambição controle a ambição. O interesse do homem deve estar ligado aos direitos constitucionais do cargo. [...] Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem os anjos a governar os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo. Ao construir um governo em que a administração será feita por homens sobre outros homens, a maior dificuldade reside nisto: primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente, obrigar o governo a controlar-se a si próprio. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2011, n. 51, p. 467-468).

¹⁵ Utiliza-se aqui a numeração recebida na edição feita por McLean. Explica-se: John McLean, editor do *Independent Journal*, reuniu os artigos e publicou-os sob a forma de livro, em dois volumes: o primeiro, de 22 de março de 1788, contendo 36 artigos e o Segundo, de 28 de maio de 1788, contendo os demais. A confusão deve-se ao fato de que Hamilton, ao revisar o livro, efetuou duas alterações: passou o artigo que saiu na imprensa sob n. 35 para n. 29 e dividiu em dois o artigo 31 dos jornais, que no livro recebeu os números 32 e 33.

Ao partir da realidade e não de uma ilusão, os autores de O Federalista reconhecem e aceitam a própria condição humana e, a partir dela, propõem sua correção por meios institucionais, no caso, o governo republicano, fundado no princípio federalista. Neste ponto torna-se muito clara a influência da obra de Montesquieu, que, em *D'Esprit des la loi*, é claro ao assentar: “[...] c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir” (MONTESQUIEU, 1995, p. 112).

E, para atestar ainda mais a segurança do novo sistema proposto (republicano e federal), prosseguem os autores, no mesmo artigo de número 51, asseverando que

Na república composta da América, o poder entregue pelo povo é primeiramente repartido por dois governos distintos, e, depois, a parte atribuída a cada um deles é por sua vez repartida entre departamento distintos e separados. Surge deste modo uma dupla segurança para os direitos do povo. Os diferentes governos controlar-se-ão mutuamente ao mesmo tempo que cada um deles será controlado por si próprio. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2011, n. 51, p. 471)

Assim, neste modelo de Estado proposto pelos federalistas, resta claro não só a necessidade de freios e contrapesos, porém, mais importante do que isso, o reconhecimento da existência de duas ordens de governo que exercerão igualmente sua ascendência sobre a população, cada qual, exclusivamente, de acordo com as competências que lhe foram outorgadas pela Constituição, formada, que foi, pela população dos Estados por meio de seus representantes. É a limitação imposta pelo próprio limitante aos limitados e vice-versa: a União avoca para si competências exclusivas que são determinadas – e limitadas – pelos Estados os quais, em decorrência disto, também veem suas competências limitadas pela União, sabendo, entretanto, que foi a sua própria decisão que, ao criar a União e estabelecer-lhe competências, se autolimitou. Seria uma espécie de co-soberania, senão vejamos:

Uma total consolidação dos Estados numa única e completa soberania nacional implicaria uma total subordinação das partes, e quaisquer poderes que pudessem ficar para elas seriam inteiramente dependentes da vontade geral. Mas como o plano da Convenção visa apenas uma União ou consolidação parciais, é claro que os Governos dos Estados reteriam todos os direitos de soberania que anteriormente detinham, e que não fossem, por essa lei, *exclusivamente* delegados nos Estados Unidos. Esta delegação exclusiva, ou melhor, esta alienação da soberania dos Estados, apenas existiria em três casos: aquele em que a Constituição atribuísse em termos expressos uma autoridade exclusiva à União; aquele em que atribuísse uma autoridade à União, num caso, e, noutro caso, proibisse os Estados de exercerem uma autoridade idêntica; e aquele em que atribuísse uma autoridade à União tal que uma autoridade semelhante nos Estados seria absoluta e totalmente *contraditória e incompatível*. (HAMILTON; MADISON; JAY, n. 31, p. 292 – destaques no original).

O termo co-soberania, entretanto, não parece adequado para se falar nesta nova configuração de Estado, posto que soberania traz a ideia de, numa área delimitada geográfica e/ou politicamente, um único governo decidir questões afetas à todos que ali se encontrarem. Deste modo, só haveria, em verdade, uma única soberania: a da União, já que os Estados que formavam os Estados Unidos somente teriam ingerência sobre as populações de seus territórios. Assim, reputa-se melhor o termo *autonomia*¹⁶ para caracterizar esse poder remanescente aos Estados. É reconhecer a autonomia dos entes federados em relação à própria União. Esta noção de autonomia, vincula-se, portanto, a um sistema de repartição de competências, o que vai determinar a própria eficácia da federação, cujo princípio é, justamente, a repartição de competências.

No caso dos Estados federados que compuseram, de início, os Estados Unidos da América, vimos que mantinham quatro elementos que se consideram essenciais para a identificação da autonomia: poder para legislar para si próprios, no

¹⁶ Partimos aqui das considerações tecidas por Dallari (2010, p. 84): “[...] a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de *independência*, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é quem tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica.” Deste modo, não sendo os Estados membros capazes de isoladamente tratarem com qualquer Estado estrangeiro (artigo _ da Constituição Americana de 1787) e sendo a única ordem jurídica que pode impor sua decisão a todos os Estados membros (conforme sua competência expressa), não há que se falar em soberania ou mesmo co-soberania dos Estados membros.” – destaques no original. Assim é que “A decisão de ingressar numa federação é um ato de soberania que os Estados podem praticar, mas, quando isto ocorre, pode-se dizer que essa é a última decisão soberana do Estado. Realmente, a partir do ingresso na federação, a soberania pertence à União, e os federados, embora gozando de *autonomia*, ficam sujeitos ao que dispõe a Constituição Federal, sendo obrigados a obedecer e cumprir, em relação a certos assuntos, as decisões do governo central”. (DALLARI, 1986, p. 17) – destacou-se.

que não fosse exclusivamente atribuído para a União, poder de administrarem-se da forma que lhes aprouver; poder para escolher o seu governo e, ainda, o poder de organizarem-se da forma que julgar mais adequada. Ao limitar-lhes a ação e determinar a formação da União e seus órgãos, não se impôs aos Estados a renúncia de sua autonomia. Deixaram de ser soberanos, mas continuaram autônomos.

Com essa característica indispensável ao princípio federativo firmada, passa-se agora à tentativa de conceituação do Estado Federal, não mais se considerando o norte-americano do século XVIII, mas os Estados federais contemporâneos a fim de, ao final, buscar estabelecer traços e características que lhe são específicas.

2.2 Estados federais contemporâneos: em busca de elementos definidores

Com a evolução social e políticas, vários Estados constituíram-se em Estados federais. Mas não com a mesma estrutura do Estado Federal Norte-Americano de 1787, posto que não só os Estados Unidos não são mais o mesmo Estado de 1787¹⁷, como a estrutura federativa de cada Estado é por ele construída de acordo com suas necessidades¹⁸. Se logo após 1787 bastava olhar para os Estados Unidos para saber o que era um Estado Federal, a realidade contemporânea é bastante flexível no que tange ao que define a forma federal de um Estado.

Por esta razão, é tarefa complexa estabelecer um consenso de quais são os elementos definidores de um Estado Federal. Aliás, uma mesma (grande) dificuldade existe na própria conceituação de *federalismo*. De acordo com Rocha (2011), mesmo a considerável produção sobre o tema ainda não venceu o desafio de estabelecer um consenso minimamente razoável sobre o significado de

¹⁷ Já em 1986 assinalava Schwartz que “tem sido costume dos Americanos, ao correr dos anos, afirmar que o sistema federal mudou drasticamente e foi, ou devia ser, substituído por um ‘novo federalismo’. Assim, há algumas décadas, a mudança do equilíbrio de poder causada pelo declínio do federalismo duplo caracterizou-se, costumeiramente, como o ‘novo federalismo’. O aspecto destacado deste ‘novo federalismo’ foi o crescimento do poder federal [...]” (SCHWARTZ, 1986, p. 64).

¹⁸ Mesmo os Estados Unidos refletiram, quando de sua criação, as ideias que predominavam entre os líderes da ex-colônias, fazendo as adaptações necessárias para conciliar interesses e resolver questões de ordem prática. Assim, nada mais coerente que o mesmo raciocínio fosse utilizado por outros Estados que quiseram organizar-se desta forma.

federalismo, já que as teorias, apesar de concordarem sobre algumas características básicas, enfatizam aspectos diferentes do fenômeno, de modo que acabam fornecendo a mesma denominação para casos significativamente diferenciados. Ilustra o fenômeno Coser (2008), para quem “o conceito de federalismo deve ser pensado de forma conjunta com o tema do interesse.”

Percorrendo o caminho pretendido, iniciemos com a definição trazida por Dallari em sua clássica monografia sobre o tema. De forma bastante simples, diz o autor que o Estado Federal corresponde, tecnicamente, a uma forma de Estado. Entretanto, é sobre suas características que vai debruçar-se. Assim, um Estado que pretenda adotar como forma organizativa o modelo federal deve: 1) ter uma Constituição como base jurídica; 2) nascer com a federação; 3) não ter direito de secessão; 4) reconhecer a soberania da União e a autonomia dos Estados-membros; 4) possuir, os Estados-membros e a União, competências próprias e exclusivas; 5) reconhecer a autonomia financeira da União e dos Estados-membros; 6) desconcentrar o poder político; e, 7) dar início a uma nova cidadania aos que fazem parte de seu território (DALLARI, 1986, pp. 15-24).

Hans Kelsen (2000, p. 452), por sua vez, caracteriza o Estado federal como aquele em que a esfera material da ordem jurídica ou a competência legislativa do Estado se divide entre as autoridades locais e centrais, e o distingue de um Estado unitário com províncias autônomas pela extensão das matérias suscetíveis de serem legisladas pelos Estados Federados em comparação àquelas sobre as quais as províncias autônomas podem decidir.

[...] “No Estado federal, a esfera material de validade da ordem jurídica, ou, em outras palavras, a competência legislativa do Estado, está dividida entre uma autoridade central e várias autoridades locais. [...]. Neste ponto, um Estado federal difere de um Estado unitário com províncias autônomas apenas pelo fato de que as matérias sujeitas à legislação dos Estados componentes são mais numerosas e importantes do que as sujeitas à legislação das províncias autônomas (KELSEN, 2000, p. 452).

Para este autor o Estado federal caracteriza-se pelo fato de que o Estado componente possui certa medida de autonomia constitucional, ou seja, de que o órgão legislativo de cada Estado componente tem competência em matérias referentes à constituição dessa comunidade, de modo que modificações nas constituições dos Estados componentes podem ser efetuadas por estatutos dos

próprios Estados componentes. Essa autonomia constitucional dos Estados componentes é limitada. Os Estados componentes são obrigados por certos princípios constitucionais da constituição federal. Por essa autonomia constitucional dos Estados componentes – mesmo que limitada – o Estado federal diferencia-se de um Estado unitário relativamente descentralizado, organizado em províncias autônomas (KELSEN, 2000, p. 453).

No Estado federal não apenas a competência legislativa é dividida entre a federação e os Estados componentes, mas também a competência judiciária e administrativa. (KELSEN, 2000, p. 456). Elemento característico de um Estado federal é a cidadania federal, mesmo que cada Estado componente tenha a sua cidadania de Estado. (KELSEN, 2000, p. 458). O fato de que as normas centrais, as leis federais, obrigam e autorizam indivíduos diretamente, sem qualquer mediação de normas locais, de leis dos Estados componentes, é uma característica do Estado federal. (KELSEN, 2000, p. 459).

Mas, ao contrário de Dallari, para quem o Estado federal surge com uma constituição, Hans Kelsen (2000, p. 461) não reconhece esta condição, bem assim como não confere relevância ao fato de a concepção ter se dado por meio de tratado internacional que estabeleça a constituição ou, exemplifica, pelo ato legislativo de um Estado unitário transmutando-se em federal por extensão da descentralização. Para justificar o entendimento, refere o exemplo da República Austríaca, que de Estado unitário se transformou em Estado federal por meio de uma emenda constitucional.

Interessante trazer à baila a interpretação do teórico acerca da descentralização adotada pelo Brasil, a quem Kelsen reputa organizado por meio de uma descentralização *imperfeita*.

Falamos de descentralização perfeita quando a criação de normas locais é definitiva e independente. Ela é definitiva quando não existe a possibilidade de a norma local poder ser abolida e substituída por uma norma central. [...] A criação de normas locais é independente se os seus conteúdos não forem determinados, de modo algum, por normas centrais. Do mesmo modo, a descentralização é imperfeita quando uma lei contém os princípios gerais, aos quais a legislação local tem apenas de dar uma aplicação mais detalhada. (KELSEN, 2000, p. 446).

Já para Goyard-Fabre (2002), é o deslocamento da soberania o que determina o direito das federações, e não a alteração do conceito de soberania. O faz exemplificando áreas de competência em que os Estados devem se curvar diante da União, ainda que as determinações sejam divergentes de seus interesses. Usa o termo disciplina comunitária para a construção da ideia, esclarecendo que ela *“indica que, mais além da questão de técnica jurídica do deslocamento da soberania, apresenta-se, no plano de uma federação bem como no plano de um Estado, o problema filosófico do fundamento da obrigatoriedade vinculado às regras do direito.* (GOYARD-FABRE, 2002, p. 463-463)

Enquanto isso, para a conceituação de Estado federal, Zipellius (1997) é o fato de a soberania jurídico constitucional não se encontrar nem nos órgãos centrais nem tampouco naqueles dos Estados membros seu preceito principal. E justifica, na medida em que ambos teriam poder direto sobre os cidadãos nas respectivas limitações de competência. Para o Autor é justamente a divisão de competências que torna distinguíveis os Estados federal do unitário e da confederação de Estados. É, justamente, o fato de os Estados membros não estarem sujeitos simplesmente às decisões centrais ao mesmo tempo em que tampouco podem chamar para si as dimensões do Estado fora dos limites de sua competência. Em síntese, para Zipellius, *“O Estado federal é uma união de Estados de natureza tal que também a própria associação organizada de Estados (ou seja, a federação) reveste a qualidade de Estado.”* (ZIPELLIUS, 1997, 9. 82-83/510)

No que tange ao grande problema identificado na confederação norte americana, que consistiu num dos pontos de disputa entre federalistas e antifederalistas, ou seja, a necessidade de aplicabilidade direta das leis federais, socorremo-nos da lição de SCHWARTZ (1966). Para este Autor, é a autoexequibilidade das normas exaradas pelo poder central, decorrente da obrigatoriedade de cumprimento por todos os tribunais do país, que, permitindo que os mandatos centrais prevaleçam sem necessidade de ratificação torna efetiva a supremacia determinada pela Constituição. A legitimidade da construção deste modelo e sua inovação histórica justificaria, para Schwartz, a afirmativa de Tocqueville no sentido de que a sistemática decidida na Filadélfia em 1787 deveria

ser considerada um grande descobrimento na ciência política moderna. (SCHWARTZ, 1996, p.20-21).

La soberanía restringida, “truncada” (que es, a lo sumo, lo que los estados pueden pretender), no es en absoluto verdadera soberanía, sino una mera sombra. [...] De la pretensión de soberanía de los estados, han emanado la mayor parte de los intentos de frustrar la estructura gubernamental creada en 1787. [...] La noción de los estados como soberanías separadas, contiene el germen de la disolución de la Unión. (SCHWARTZ, 1963, p. 35; SCHWARTZ, 1966, p. 50).

Ainda é interessante trazer a postura de Schwartz (1986, p.30) sobre a desvinculação entre federação e república, e, ainda, entre república e Estado Unitário, demonstrando com exemplos contemporâneos em que monarquia e federação se harmonizam e a existência de Estados Unitários Republicanos.

No entanto, a evolução da teoria do Estado e do direito constitucional nas duas últimas décadas vem revelando o nexo que existe entre federação e democracia. O ponto que as aproxima é o *princípio da subsidiariedade*. Esse princípio radica na anterioridade ontológica da pessoa humana, com sua dignidade, liberdade e iniciativa, relativamente aos círculos da vida social, que ascendem, em níveis crescentes de generalidade, até o poder público estatal e, neste último patamar, da esfera local à esfera geral ou nacional.

A regra de ouro do princípio da subsidiariedade (BARACHO, 1982) que está no âmago do regime democrático, é a seguinte: não se deve transferir para uma sociedade mais alta – e, portanto, mais distante das pessoas – tudo aquilo que uma sociedade, mais próxima destas, pode fazer e bem. O poder público, nas relações internas entre os níveis de órgãos que o compõem, também é alcançado por esse princípio. O Ente Federativo encarregado do nível mais geral e elevado do bem comum não deve cumular as tarefas que possam ser cumpridas, e bem, pelos Entes Federativos mais próximos da sociedade e dos cidadãos. Diz Baracho (1982, p. 60) que é também por essa razão que o regime democrático delega à comunidade política (o Estado) o poder mais eminente da vida associativa, o poder político soberano.

O princípio da subsidiariedade vem sendo cada vez mais reconhecido. Assim, em 1992, a subsidiariedade foi erigida pelo Tratado de Maastricht como o princípio cardeal da União Europeia. Portanto, numa federação saudável, não

deveriam os Estados-membros tomar para si atribuições que as autoridades locais possam exercer bem; nem a União concentrar as que os Estados-membros tenham condições de bem cumprir. Tais violações ofendem, ao mesmo tempo, a forma federativa e o regime democrático. (SOUZA JÚNIOR, 2010, p. 598-599).

Royo, que vive no chamado Estado Autonômico Espanhol, nos lembra que não deveríamos pensar no Estado federal como paradigma único de descentralização político-administrativa, já que nem todo Estado politicamente descentralizado é um Estado federal (ROYO, 2012, p. 754). Entretanto, o autor reconhece que é o Estado federal o conceito de referência alternativo ao Estado Unitário porque (1) o primeiro Estado politicamente descentralizado que se constituiu no mundo frente à tradição europeia do Estado Unitário foram os Estados Unidos da América e, em dito país, a descentralização política tomou a forma de um Estado Federal; (2) porque foi a descentralização política federal americana a que serviu de modelo aos primeiros países europeus que se constituíram também como Estados politicamente descentralizados na forma de Estados federais: Suíça e Alemanha; (3) porque o Estado federal se converteu, desde então, em ponto de referência da descentralização e não o inverso. (ROYO, 2012, p. 754).

As características do Estado federal identificadas por Saldanha são: (1) Os membros da federação são entes autônomos para determinados fins estipulados na constituição; (2) A autoridade da federação tanto se verifica em negócios internos como em negócios externos; (3) Seus cidadãos são possuidores de uma mesma nacionalidade decorrente do Estado federal; (4) Os estados estão unidos por um pacto federativo de direito constitucional e não com um simples tratado como na confederação; (5) As decisões da União (poder central) são obrigatórias para todos os Estados membros; (6) O poder central divide-se em Legislativo, Executivo e Judiciário; (7) Os Estados membros não guardam o poder de secessão como na Confederação; (8) Sua unidade é perpétua (SALDANHA, 2009, p. 332-333).

De nossa parte, ressaltamos que entendemos essencial o conceito de autonomia à ideia federalista, de modo que não se pode falar em federalismo sem se conceder aos entes que compõem o Estado federal autonomia, entendida de forma quadripartite: auto-administração, autogoverno, auto-organização e autolegislação.

Royo ressalta que no federalismo se apresentam problemas típicos que assumem uma forma de compromisso na qual se entrecruzam princípios ou

elementos unitários com outros diferenciadores. Tais princípios ou elementos unitários seriam (1) Uma Constituição Federal; (2) A cidadania federal e, (3) a homogeneidade político-constitucional. Os diferenciadores seriam: (1) a existência política das unidades territoriais que se integram a um Estado Federal; (2) um órgão legislativo próprio; e (3) a Autonomia Econômica. Isso deriva na necessidade de se deslindar o âmbito de atuação de cada um mediante a distribuição de competências legislativas, a distribuição de recursos tributários, a participação das unidades territoriais na formação da vontade da Federação, a vigilância federal, a rigidez da Constituição Federal e o estabelecimento de uma instância de resolução judicial de conflitos em caráter federal. (ROYO, 2012, p. 995).

Tarquini (2003), analisando o fenômeno do federalismo como processo, estabelece certos elementos que se deve ter em conta em um Estado Federal: (1) duas ordens de governo (dois sistemas normativos de níveis distintos); (2) uma Constituição como lei de participação, encarregada de organizar as instituições e distribuir as competências e determinar os limites de atuação das esferas; (3) descentralização do poder político, onde há dois sistemas de normas: um federal, válido para todo o território do Estado Federal, e outro local, cuja validade se limita ao território das autonomias; (4) o federalismo como um princípio de união, o que determina as pautas de coexistência de ambas as ordens; (5) a união através da participação e a autonomia; (6) repartição de competências; (7) relação entre poderes e, (8) o processo federal.

Daí se pode ver que, dadas algumas diferenciações, é possível encontrar-se muitos pontos comuns nas caracterizações feitas pela doutrina (citada), do que se ressalta, para os fins deste trabalho, a questão da autonomia de que se revestem (ou deveriam revestir-se) as unidades que juntas formam a federação.

É certo que há características distintas em cada Estado federal existente, o que faz com que o federalismo possa ser um conceito flexível, adaptado à realidade de cada um deles. Neste sentido, Tarquini assevera que ao entender-se o federalismo como um processo, necessariamente se buscarão fórmulas flexíveis para institucionalizá-lo, permitindo sua mobilidade própria. A estrutura perderá sua rigidez e a fórmula será permeável à mudanças que poderão ser uma resposta mais próxima aos problemas da realidade.

Essa multiplicidade de formas que um Estado federal pode assumir também é reconhecida por Aja (2007), que, ao diferenciá-lo de um estado unitário, o faz a partir dos níveis institucionais de governo. Assim, enquanto um Estado unitário exhibe uma única estrutura de poder sobre todo o território, de modo que todos os cidadãos, em todas as partes, vinculam-se pelas mesmas leis, mesmas decisões do governo e as mesmas sentenças judiciais, no Estado federal existiriam dois níveis de instituições. Essas instituições seriam, de um lado, a federação, representada pelo presidente, parlamento e governo federais, e os tribunais superiores; e, de outro, pelos os Estados que cotariam também com um “presidente,” parlamento e governo de cada um dos Estados federais, bem como os demais tribunais.

Prossegue o autor dando ênfase à divisão de poderes formulada por Montesquieu, como condição para liberdade dos cidadãos, como garantia contra o despotismo dos governantes e como garantia mínima para a existência da democracia, razão pela qual os Estados ocidentais geralmente a adotam. Assim, se tanto estados unitários quanto federais adotam a tripartição de poder, no Estado federal, além dela, há outra divisão: a divisão vertical, entre a federação e os Estados. Em suas palavras:

La teoría de la división de poderes, formulada por Montesquieu y recogida por las Constituciones francesas y americana desde finales del siglo XVIII, se extendió a todos los Estados liberales como una condición esencial de la libertad de los ciudadanos, puesto que la división del poder protegía contra el posible despotismo de los gobernantes. Aunque en las últimas décadas se han producido cambios importantes, en el constitucionalismo occidental suele decirse que los Estados responden a la división de poderes, porque la diferenciación entre el poder legislativo (el Parlamento), el poder ejecutivo (el gobierno) y el poder judicial resulta una garantía básica para la existencia de la democracia. Ésta sería la división horizontal de poderes. En los sistemas federales (Estados Unidos, Suiza, Alemania, etc.), además de la división horizontal de poderes, existe una división vertical, entre la federación y los Estados, que cumple igualmente funciones de garantía para los ciudadanos, aunque de un tipo distinto del anterior. (AJA, 2007, pp. 22-23).

Do exposto, pode-se afirmar que para Aja (2007) o principal traço característico do Estado federal é a divisão vertical de poderes, o que significa que os cidadãos submeter-se-ão à duas ordens distintas de governo, sem que uma tenha de referendar a outra. A federação decidindo sobre problemas comuns a todos e, cada Estado, governando sua individualidade.

Também vai nesta direção o pensamento de Valdés (2013), para quem a

característica principal do Estado federal é a existência do que denomina por *pluriconstitucionalidades*. O autor entende ser o Estado federal um verdadeiro estado pluriconstitucional porque nele coexistem duas normas supremas: a constituição federal e a constituição dos Estados federados. A ideia de pluriconstitucionalidade parece ser pertinente. Contudo, a denominação “suprema” para as Constituições dos Estados-membros, parece inadequada. Suprema, somente a Constituição da Federação, dado que ela impõe limites às Constituições dos Estados-membros, determinando, por exemplo, que sua forma de governo seja republicana, ou que as eleições para o executivo e o legislativo aconteçam sob determinadas regras, etc. De todo modo, é possível verificar que o autor, ainda que não abra mão do termo “suprema”, deixa claro que somente a Constituição federal expressa a soberania, tida por ele como o principal atributo do Estado (VALDÉS, 2013, p. 26).

Claro que essa convivência de poderes, ou seja, essa pluriconstitucionalidade, como quer Valdés, não significa uma convivência exatamente pacífica. E o próprio Valdés (2012, p. 27), vai fazer uma interessante alusão ao fato: “Si donde hay poder público hay conflicto político y social, donde aquél es compartido el conflicto se multiplica al enfrentar no sólo a gobernantes y gobernados [...], sino también a diferentes grupos de gobernantes entre sí”.

Se a característica principal do Estado federal é justamente a existência de, pelo menos, duas ordens de governo ou de poder ou dois níveis de instituição ou dois centros de decisão, só para mencionarmos os termos utilizados pelos autores que são citados neste tópico, se faz necessário desenvolver uma cultura federal. Sobre o tema, as acertadas palavras de Valdés:

[...] la cultura federal – que no es, como resulta patente, la de la uniformidad o la desunión, sino la del pluralismo y la unidad – opera en el funcionamiento del Estado federal de un modo similar a como lo hace en la práctica efectiva de la democracia la cultura democrática: como un conjunto de valores, creencias y actitudes que, si en el caso de la democracia posibilitan que su regla fundamental (la de la mayoría) y sus principios definidores esenciales (los de representación e (sic) igualdad formal) sean compatibles con [...] la ‘suspensión voluntaria de la incredulidad’¹⁹, en el

¹⁹ O autor trabalha o conceito de suspensão voluntária da incredulidade com base no entendimento firmado por Morgan (2006, pp.14-15), segundo o qual: “[...] todo gobierno descansa en el consentimiento, obtenido de alguna manera, de los gobernados. [...] la mera fuerza [...] no constituye una base suficiente para inducir el consentimiento. [...] El consentimiento debe ser sostenido por opiniones. Los pocos que gobiernan se ocupan de alimentar esas opiniones [...] Así pues, el éxito de un gobierno requiere la aceptación de ficciones, requiere la suspensión voluntaria de la incredulidad,

supuesto del federalismo atañen a la existencia social de una mentalidad federal, es decir, de una mayoría de ciudadanos persuadidos de que es no sólo posible, sino deseable, conjugar autogobierno y gobierno compartido, lo que exige por su parte una disposición comprensiva hacia la negociación y el pacto y hacia el entendimiento de las virtudes de la diversidad y la colaboración (VALDÉS, 2012, pp. 29/30). – destaques no original

A necessidade de uma cultura federal, por assim, dizer, também é parte das preocupações de Elazar (2011, pp. 351-358), para quem a inexistência de uma cultura política federal acaba levando ao não cumprimento das promessas federais, permanecendo o sistema muito mais como uma aspiração do que como um meio factível de cumpri-las. Uma cultura política federal reflete, precisamente, o desejo de construir uma organização política composta, baseada em princípios republicanos, materializada numa ordem constitucional adequada e, essencialmente, numa repartição de competências.

A essencialidade de uma repartição de competências num sistema federal destaca a necessidade da existência de, pelo menos, dois níveis de governo. Esta é uma característica imprescindível do Estado federal, onde se congrega a unidade e a diversidade, que devem não ser entendidas como elementos opostos mas, ao contrário, como complementares. A verdade é: sempre haverá, numa sociedade, interesses que são comuns, nacionais, e interesses que são diversos, especificamente relacionados com uma determinada parte da federação ou com um determinado número de cidadãos. Ainda, como sói acontecer, poderá haver entendimento distinto entre os membros da federação sob um determinado tema que, ao ser respeitado, não coloca em risco a unidade federal. E é disto que decorre a necessária integração federal, baseada em dois governos: um governo próprio e um governo compartilhado. Nas palavras de Elazar:

El federalisme està pensat per aconseguir una certa integració política basada en una combinació d'autogovern i de govern compartit. Encara que la seva forma pugui ser usada en altres circumstàncies, només és apropiada quan es busca aquest tipus d'integració política. La integració política sobre una base federal exigeix unes relacions particulars que comencen amb la relació entre les dues cares de la política, poder i justícia. [...] El federalisme en la seva forma més limitada normalment es defineix com un concepte relacionat amb la distribució i compartició del poder, però,

requiere que nosotros creamos que el emperador está vestido aunque podamos ver que no lo está. Dado que es un tanto incómodo reconocer que dependemos tanto de las ficciones, les damos por lo general algún nombre más enaltecido. Podemos proclamar que son verdades evidentes por si mismas, y esa designación no es inapropiada, porque implica nuestro compromiso con ellas y al mismo tiempo las protege de todo desafío.”

fins i tot en aquesta forma limitada, hi ha implícit el compromís amb una concepció de la justícia que entre altres coses sosté que una distribució de poders és necessària i desitjable (ELAZAR, 2011, p. 214).

Reconhecendo a possibilidade de amplas diferenças funcionais entre os diversos sistemas políticos que se autodenominam federais, afirma Elazar (2011, pp. 309 e ss.) ser possível identificar características básicas e princípios de funcionamento que podem ser qualificados como comuns a todos os sistemas autenticamente federais e que os definem como tais. Seriam eles: (1) a existência de uma constituição escrita; (2) a não centralização; e, (3) a divisão de poder por áreas territoriais (zonas).

O primeiro elemento – constituição escrita²⁰ – decorre do fato de que a relação federal normalmente está estabelecida ou confirmada por um contrato de união perpétua, ou plasmada em uma constituição escrita que, entre outras coisas, estabeleça os termos pelos quais o poder é dividido ou distribuído dentro do sistema político, e quais podem ser alterados por meio de procedimentos extraordinários. Juridicamente, diz Elazar, as constituições federais são diferentes porque não são simplesmente contratos entre governantes e governados, mas envolvem o povo, o governo geral e as unidades que constituem a união federal e determinam que as

²⁰ Para o autor, todas as constituições escritas seguem um dos cinco modelos básicos: constituição como (1) marco de governo e protetora de direitos; (2) código; (3) manifestação revolucionária ou como uma carta social; (4) ideal político; e, (5) adaptação moderna de uma constituição tradicional antiga. O primeiro modelo define a estrutura, as instituições e os procedimentos básicos de organização política, e declara que certos direitos são básicos e proporciona os meios para protegê-los na sociedade civil. O segundo modelo reflete a realidade dos sistemas políticos nos quais o caráter do regime é mais problemático porque as mudanças de autoridade, de poderes ou de funções requerem um consentimento explícito. As constituições como códigos tendem a ser muito mais rígidas e requerem uma alteração textual formal, precisa e lenta. O terceiro modelo, mais comum nos estados socialistas (comunistas), volta-se para a reconstrução revolucionária de uma sociedade civil baseada na realização de uma revolução social fundamental com todas as manifestações e os impactos políticos concomitantes. Este tipo de constituição está planejada para derrubar a antiga ordem e reordenar completamente seus elementos. O quarto modelo é o que mais se identifica com o terceiro mundo. Este modelo de constituição expressa, de um lado, a ideia dos cidadãos sobre como deveria ser o regime e, de outro lado, a estrutura básica da autoridade de governo, permitindo a ela uma certa legitimidade. Essencialmente, estas constituições são formuladas para apresentar um retrato ideal do marco institucional da organização política correta e, além disso, refletem as propriedades do sistema de poder já enraizadas e as especificidades estabelecidas pelos que governam no momento atual. O último modelo, tem um compromisso profundo com a tradição constitucional antiga e continuada, enraizada na sua história ou na sua religião, ou em ambas. Este compromisso se expressa, muitas vezes, através do que oportunamente se denominada constituição não escrita, e que normalmente inclui vários documentos de importância constitucional, cada um dos quais indica, ou pretende indicar, a adaptação da tradição às novas circunstâncias. (ELAZAR, 2011, pp. 310-320).

unidades políticas constituintes conservem o direito os direitos próprios da autoria da constituição.

O segundo elemento – não centralização – garante que, independentemente de como se possa dividir o poder entre o governo central e os estados membros, estes, enquanto constituintes do próprio Estado federal, podem participar do exercício de poder, não podendo, qualquer das partes, ser removida sem consentimento mútuo. Assim, as organizações políticas que formam os sistemas federais podem participar, como parte, nas atividades governamentais nacionais, agindo de forma unilateral, com um alto grau de autonomia em áreas constitucionalmente abertas, ainda que relacionadas à questões-chaves e em diferentes graus de oposição às políticas nacionais, dado que seus poderes são irrevogáveis.

Um terceiro elemento essencial a qualquer sistema federal é a divisão interna de autoridade e de poder segundo uma base territorial, completa ou parcial. Ainda que Elazar (2011, p. 321) admita ser teoricamente possível criar-se um sistema federal cujas unidades constituintes, embora fixas, não o sejam em base territorial, reconhece que o sistema federal parece mesmo exigir uma determinada base territorial para a divisão federal, ainda que combinada, talvez, com outros elementos.

A partir das definições e características explicitadas neste tópico, entende-se como sendo as seguintes as principais características do Estado federal: existência de duas ou mais ordens de governo distintas; repartição de competências entre os entes federados; soberania da União e autonomia dos membros federados, tanto em relação à União, quanto em relação aos demais.

Identificada gênese do Estado federal, a partir da sua primeira conformação – Estados Unidos da América, em 1787 –, reconhecendo-se que, apesar de grandes distinções é possível elencar elementos definidores do Estado federal e, assim, tratar de sua conceituação, vejamos, no próximo item, suas espécies (ou tipos).

Antes, porém, vale a advertir que a pretensão contida neste item refere-se, exclusivamente, à demonstração inequívoca da maleabilidade conceitual no que tange às definições sobre o que é um Estado federal e quais seus elementos caracterizadores. É preciso asseverar, assim, que não é objeto – ou objetivo – deste trabalho comparar os diversos Estados federais, modernos ou contemporâneos,

mas, simplesmente, demonstrar que a combinação de diversos elementos tem o condão de transformar cada Estado federal em único.

2.3 O Estado federal expressado por diferentes modelos de federalismo

O federalismo, cuja expressão mais concreta se dá por meio do Estado Federal, modificou-se ao longo do tempo, razão pela qual é possível falar-se em modelos (ou espécies ou tipos) de federalismo. Considerando-se que a doutrina tem classificação bastante distinta acerca de tais modelos, apresentar-se-ão os considerados, para os fins deste trabalho, mais expressivos.

2.3.1 Federalismo dual

O federalismo dual caracteriza-se pela existência de duas esferas de poder, absolutamente distinta e com atribuições e competências próprias e exclusivas. É considerado o federalismo clássico porque é exatamente o modelo criado pelos Estados Unidos da América em 1787. Considerando o contexto histórico, caracterizado pela necessidade de manter a independência recentemente adquirida, não causa surpresa que neste modelo haja uma repartição horizontal de competências e inexista qualquer preocupação com atividades coordenadas entre seus membros.

A repartição de competências produzida pela Constituição dos EUA enfatiza a competição e a rivalidade entre Estados-membros e União (SCHWARTZ, 1986, p. 26; BAGGIO, 2006, p. 34; CIMADON, 2007, p. 35), não sendo, em verdade, uma fórmula exata de divisão de poderes entre as esferas federal e estadual, de modo que, em sua trajetória, é possível identificar o fortalecimento de uma ou outra esfera de poder. De acordo com Schwartz (1986, p. 25), este modelo se caracterizava pela existência de “poderes mutuamente exclusivos, reciprocamente limitadores, cujos ocupantes governamentais se defrontavam como iguais absolutos”. Assim,

Tanto o governo federal quanto os governos estaduais tinham destinado a eles uma área de poder rigidamente definida. Nesta visão, o equilíbrio apropriado necessário ao funcionamento de um sistema federal é

assegurado e mantido pela estrita demarcação de autoridade federal e estadual. Os estados e a Nação concebidos como rivais e, a menos que haja uma delimitação rígida de suas respectivas competências. [...] a completa separação do poder estadual e federal requerida por esta concepção de federalismo, naturalmente, tem sido bem difícil de obter na prática. A linha entre autoridade estadual e federal, na Constituição americana, não é traçada com nada que pareça precisão matemática. (SCHWARTZ, 1986, pp. 26 e 27).

De modo geral, podemos, então, dizer que no federalismo dual há uma rígida repartição de competências, sem qualquer previsão de colaboração ente os entes federados e a União, considerados rivais entre si.

O modelo de federalismo que vai contrapor-se ao federalismo dual é chamado de federalismo cooperativo e vai ter como parâmetros o federalismo alemão e o federalismo norte-americano, instituído no *New Deal*, após a quebra da bolsa em 1929.

2.3.2 *Federalismo cooperativo*

O federalismo cooperativo foi elaborado no contexto do *new deal*²¹, período em que se multiplicavam os programas nacionais e as subvenções federais oferecidas pelos Estados Unidos aos Estados-membros para enfrentar a crise econômica e responder às angústias sociais. O aumento da intervenção do governo central nas questões sociais colocou em crise a concepção do federalismo dual, baseado que era na doutrina do *laissez faire*. Neste contexto, não é de causar estranheza a denominação federalismo cooperativo, justificada que estava pelo fato da necessária cooperação entre as esferas de poder, notadamente na ajuda

²¹ Pinto Filho (2002, p. 68-69) traça um perfeito retrato do contexto de elaboração e significação do *new deal*, cuja transcrição merece ser feita: “Na primeira metade do século XX [...] a economia americana, em franca expansão, arrefece. A especulação financeira e imobiliária levam alguns ativos à sobrevalorização fictícia. Quando os investidores pedem o resgate de seus títulos o mercado já não lhes pode atender. [...] Franklin Delano Roosevelt [...] foi o presidente americano que mais transformou o Estado americano e, conseqüentemente, o federalismo americano no século XX. As adversidades apontadas fizeram os democratas levar ao poder um plano ousado para conter o capitalismo liberal que, segundo eles, era em grande parte responsável pela inigualável recessão por que passava o mundo. Roosevelt criou o *New Deal*, um gigantesco plano sócio-econômico [sic] que visava a reconstrução econômica da indústria americana. No entanto, para fazê-lo, era preciso mudar o sistema liberal. [...] O *New Deal* representaria a revisão do *federalismo dual*. O governo central, doravante, necessitaria de uma força centralizadora para levar a efeitos seus planos de progresso econômico, e nesse caso, as legislações estaduais se tornavam empecilhos que precisavam ser ultrapassados”.

financeira que o governo federal daria aos Estados-membros.

De todo modo, em concreto, houve a expansão da intervenção do governo central nos Estados-membros, seja por meio da assunção de tarefas, seja pelo aumento da capacidade de arrecadação tributária. Obviamente o federalismo cooperativo foi bastante criticado pelos doutrinadores norte-americanos, que o viam como uma maneira de contrariar o objetivo dos fundadores dos Estados Unidos, que era garantir maior autonomia estadual em face do governo central. Por isso, o federalismo cooperativo pode ser entendido – naquele contexto – como franca hegemonia federal em relação aos governos periféricos. (PINTO FILHO, 2002, pp.72-73).

Um grande facilitador do desenvolvimento do poder central foram as subvenções federais, uma prática comum desde a metade do século XIX mas que, após a crise de 1929, tornou-se uma necessidade imprescindível à reconstrução norte-americana (BAGGIO, 2006, p. 45). De acordo com Schwartz as subvenções federais não eram mais concedidas sem que condições substanciais fossem impostas aos Estados-membros, fazendo com que ao aceitarem a subvenção, ficassem sob rigorosa supervisão federal, afinal, diz ele: “Apoiando-se como se apóia [sic] principalmente nos recursos financeiros superiores do Governo nacional, o federalismo cooperativo tem sido, até hoje, uma curta expressão para uma concentração constantemente crescente do poder de Washington” (SCHWARTZ, 1986, p. 45). Afinal, “aquele que paga o flautista é que escolhe a música” (SCHWARTZ, 1986, p. 44).

Mas como nos lembra Pinto Filho, este aumento da intervenção do governo central e de sua rigorosa supervisão aos Estados-membros, não foi de todo negativa, à época.

O que se constatou [com o federalismo cooperativo] foi um efeito positivo sobre as economias estaduais norte-americanas. [...] A subvenção federal foi acompanhada de controle de gastos pelo governo central sobre os governos estaduais, o que desembocou numa saudável economia nacional para os anos de guerra que assolariam o mundo e transformariam a América do Norte num celeiro de prosperidade. (PINTO FILHO, 2002, pp. 72-73).

O termo federalismo cooperativo, de todo modo, pode tanto significar uma vontade descentralizadora em relação aos membros de uma federação quanto

expressar uma tendência à unificação e à centralização das federações, já que pode designar a busca e aplicação de uma cooperação intergovernamental para alcançar fins comuns, tanto econômicos quanto sociais, através de programas e de financiamento conjunto. Assim,

Desde una perspectiva científica, puede utilizar-se este término para designar la búsqueda y aplicación de una cooperación intergubernamental para alcanzar fines comunes, tanto en materia económica como social y cultural, a través de programas y de financiación conjuntos. Esta cooperación se basa frecuentemente en prácticas políticas, informales en ocasiones, situadas en el exterior de las relaciones constitucionales vigentes. El federalismo cooperativo es, de este modo, un conjunto de medios utilizados, según modalidades distintas en cada federación, para responder a las mutaciones de nuestra época sin modificar la distribución constitucional de las competencias legislativas y de las fuentes de financiación. [...] Se concreta a través de acuerdos entre gobiernos adoptando formas distintas. Su puesta en practica se realiza a partir de medidas legislativas y reglamentarias en todos los niveles de gobierno. De esta forma, en el interior de la estructura constitucional se aplica una concepción intergubernamental de las políticas públicas, a pesar de la separación de los ámbitos de jurisdicción (CROISAT, 1995, pp. 103-104).

A partir desta definição é absolutamente possível que o federalismo cooperativo seja compreendido como um adutor, quiçá essencial, para a efetivação de direitos fundamentais em Estados federais. A cooperação entre os entes para satisfação de interesses comuns pode ser vista como simples complementação recíproca, já que, como quer Zippelius (1997, p. 512), as funções dos órgãos federais e a dos órgãos estaduais formam uma unidade de ação em termos de Estado global, pois a forma política do Estado federal é um “corpo racionalmente subdividido cujas partes se coordenam no sentido de desenvolverem permanente eficácia comum”. Portanto, deve-se conjugar as necessidades de uma regulação central com as vantagens da descentralização federativa. Assim é que, para o citado autor,

Como esquema cooperativo, em sentido restrito, pode designar-se aquele que acarreta uma “obrigação ao entendimento”, quer dizer, o dever das partes no sentido de se harmonizarem entre elas e, caso necessário, aceitarem compromissos. O envolvimento funcional dos Estados membros (e eventualmente até dos corpos territoriais a nível autárquico) nos processos centrais de planeamento e regulação, pode servir de exemplo a este respeito (ZIPPELIUS, 1997, p. 512).

A fundamentabilidade da cooperação decorre da própria natureza da federação. Neste sentido, diz Abrucio que

Cooperação [...] não significa a imposição unilateral de ações conjuntas, que estão mais para a subordinação do que para as parcerias, e são típicas de governos centralizadores ou de situações em que há um desnível vertical/horizontal muito grande entre os entes federativos; [...] A cooperação é necessária não apenas porque reforça os laços constitutivos da federação. Ela tem se tornado cada vez mais fundamental por conta daquilo que [...] [se] denomina *shared decision making*, isto é, a natureza intrinsecamente compartilhada das políticas públicas no federalismo. Isto decorre do seguinte paradoxo que marca os sistemas federais contemporâneos: embora as ações governamentais sejam divididas entre unidades autônomas, tais políticas têm aumentado sua interconexão, seja em razão da nacionalização de determinados programas ou metas, seja em virtude da fragilidade financeira ou administrativo de determinados governos locais ou regiões. Antes de se constituir como um dilema entre centralizar ou descentralizar, a produção e delimitação das funções governamentais passa no federalismo por um intrincado jogo de decisões compartilhadas pelo níveis de governo. (ABRUCIO, 2001, p. 99)

Como todo modelo federativo, o cooperativo também apresenta insuficiências e possui desvantagens, merecendo críticas precisas por parte da doutrina. De todo modo, essas insuficiências, desvantagens e críticas serão analisadas quando o federalismo sanitário for trabalhado. Considerando que o federalismo sanitário possui uma racionalidade que só pode ser compreendida a partir da estrutura do Sistema Único de Saúde – SUS -, um capítulo específico tratará do tema.

2.3.3 Federalismo Assimétrico

Em 1965, Charles Tarlton publica um pequeno ensaio, no *The Journal of Politics*, intitulado *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*²². Neste ensaio, objetiva oferecer modificações ao tratamento teórico até então dispensado ao federalismo, cujas ênfases predominantes evitavam levar em consideração as diversas maneiras dos Estados-membros relacionarem-se com o sistema como um todo, com a autoridade central e com os demais componentes da federação. Contudo,

²² Baracho (1982, p. 57-58), ao tratar do federalismo assimétrico, o faz reproduzindo partes deste ensaio.

The federal relationship, in any realistic sense, means something very much different to nearly every participant unit in the system. Among the several states in a federal union, cultural, economic, social, and political factors combine to produce variations in the symbiotic connection between those states and the system (TARLTON, 1965, p. 861).

Assim, considerando a realidade das relações federais e reconhecendo que numa união federal os fatores culturais, econômicos, sociais e políticos combinam-se para produzir variações na conexão simbiótica entre os Estados-membros e o sistema federal, propõe dois conceitos: simetria e assimetria.

[...] the notion of symmetry refers to the extent to which component states share in the conditions and thereby the concerns more or less common to the federal system as a whole. By the same token, the second term, the concept of asymmetry expresses the extent to which component states do not share in these common features. Whether the relationship of a state is symmetrical or asymmetrical is a question of its participation in the pattern of social, cultural, economic, and political characteristics of the federal system of which it is part. This relation, in turn, is a significant factor in shaping its relations with other component states and with the national authority. (TARLTON, 1965, p. 861).

Quanto mais características e preocupações comuns no sistema federal, mais simétrico seu federalismo. Em outras palavras, a simetria é o “level of conformity and commonality in the relations of each separate political unit of the system to both the system as a whole and to the other component units” (TARLTON, 1965, p. 867). O autor propõe, ao final, dois modelos ideais: um modelo simétrico e um modelo assimétrico.

An ideal symmetrical federal system would be one composed of political units comprised of equal territory and population, similar economic features, climatic conditions, cultural patterns, social groupings, and political institutions. In the model symmetrical system each of the separate political units would in effect be miniature reflections of the important aspects of the whole federal system. [...] In the model symmetrical federal system each state would maintain essentially the same relationship to the central authority. The division of power between central and state governments would be nearly the same in every case. Representation in the central government would be equal for each component polity, and support of the activities of that central government would also be equally distributed [...] In the symmetrical model no significant social, economic, or political peculiarities would exist which might demand special forms of representation or protection. (TARLTON, 1965, p. 868)

Já um modelo ideal assimétrico federal deveria ser

[...] composed of political units corresponding to differences of interest, character, and makeup that exist within the whole society. The asymmetrical

federal system would be one in which, as Livingston says of federal systems generally, the diversities in the larger society find political expression through local governments possessed of varying degrees of autonomy and power. Again, following Livingston, an asymmetrical federal government is one in which political institutions correspond to the real social "federalism" beneath them. In the model asymmetrical federal system each component unit would have about it a unique feature or set of features which would separate in important ways, its interests from those of any other state or the system considered as a whole. Clear lines of division would be necessary and jealously guarded insofar as these unique interests were concerned. In the asymmetrical system it would be difficult (if not impossible) to discern interests that could be clearly considered mutual or national in scope [(short of those pertaining to national existence *per se*)] (TARLTON, 1965, p. 869).

Assim, enquanto no modelo simétrico não existem peculiaridades sociais, econômicas ou políticas que sejam significativas a ponto de exigir formas especiais de representação ou proteção, no sistema federal assimétrico as diferenças na sociedade em geral encontram expressão política através de governos locais dotados de diferentes graus de autonomia e poder. Obviamente a maioria das federações acaba sendo do tipo assimétrico.

A partir das considerações de Tarlton, outros pesquisadores²³ debruçaram-se sobre o tema, sendo relevante, nos limites deste trabalho, as considerações feitas por Whatts (2005, p. 2), para quem a simetria federal refere-se à uniformidade entre os Estados membros no padrão de seus relacionamentos dentro de um sistema federal, ocorrendo assimetria em sistema federal onde há uma diferenciação nos graus de autonomia e poder entre as unidades constituintes. Conceituação similar à de Tarlton, como não poderia deixar de ser.

É necessário fazer-se, ao menos, duas distinções relevantes no que diz respeito à assimetria. A primeira é a distinção entre as condições (históricas, econômicas, sociais, étnicas e culturais) que levaram a assimetria a um considerável número de federações (especialmente as multiétnicas), e as relações reais entre os governos, ou seja, os resultados. A segunda diferença reside na distinção entre assimetria de direito (*de jure*) e a assimetria de fato. A assimetria de direito refere-se às assimetrias incorporadas nos processos constitucionais e legais em que as unidades constituintes são tratados de forma diferente perante a lei. A assimetria de fato refere-se às práticas ou relações decorrentes do impacto das diferenças

²³ A Queen's Universty (universidade canadense, em Ontário) debruçou-se sobre o tema em 2005, reunindo diversas pesquisas acerca do federalismo assimétrico, do que se pode citar como exemplo os estudos desenvolvidos por Lecours (2005), Laforest (2005), Morton (2005), Maclure (2005), Graefe (2005), entre outros.

culturais, sociais e econômicas entre as unidades constituintes dentro de uma federação. A assimetria de direito pode referir-se às relações entre as unidades constituintes de pleno direito e às diferenças entre as estas e as unidades constituintes periféricas, como territórios, por exemplo (WHATTS, 2005, p. 2)

É neste mesmo caminho que segue Ramos (2010, p.720), ao reconhecer que entre os componentes de uma federação podem haver significativas desigualdades. Essas desigualdades podem referir-se à dimensão territorial, à riqueza do ente, às etnias populacionais, à sua autonomia, entre outras coisas. Esse tipo de desigualdade é chamada de assimetria de fato. Sua correção depende de uma assimetria de direito. O federalismo assimétrico, então, seria a utilização de uma assimetria de direito para corrigir uma assimetria de fato entre os membros da federação.

A assimetria, diferenciada conforme o Estado federal que a adota, pode ser permanente ou transitória, funcional ou disfuncional. É transitória quando se refere à situações que podem ser alteradas, como no caso de desigualdades sociais e econômicas; e permanente no tratamento das diferentes etnias ou nacionalidades de um Estado federal e quando há formalmente variados desejos de centralização e descentralização em distintas unidades do sistema político. É funcional quando diminui as desigualdades entre os Estados-membros, e disfuncional se levar à unidade federada à acomodação e à perda da autonomia, essencial ao federalismo. (RAMOS, 2010, p. 721).

Em um federalismo assimétrico, com várias possibilidades de assimetria de fato, a assimetria de direito deve ser o instrumento de correção destinado à redução das desigualdades entre Estados-membros e entre Estados-membros e o sistema federal. No Brasil “há diferenças de tamanho, população e riqueza entre Estados e regiões que requerem o tratamento assimétrico para corrigir as desigualdades econômicas e sociais” (RAMOS, 2010, p. 721).

2.3.4 Federalismo progressivo, defensivo e pragmático ou reativo

Considerando vários acontecimentos e processos em espaços geopolíticos, Fiori faz uma análise das décadas de 1970 e 1980, período do refortalecimento das

ideias federativas e de algumas experiências práticas, aglutinando-as em três blocos: o federalismo progressivo, o defensivo e o pragmático.

O federalismo progressivo, também chamado construtivo, surge com a experiência de unificação europeia, tendo seu protótipo original, metodologicamente falando, no processo norte-americano de construção federativa, negociada de “baixo para cima” e em torno do polo hegemônico. Seu verdadeiro modelo, entretanto, seria a República Federal Alemã, redesenhada depois da derrota nazista (FIORI, 1995, p. 21).

O federalismo defensivo, ou perverso, aparece como um último recurso na tentativa de manter unido o território de países em processo de desintegração. Segundo Fiori (1995, p. 21-22), tem aparecido quase sempre em velhas sociedades multiétnicas que conseguiram manter sua unidade de forma autoritária ou imperial, mas que contemporaneamente desintegram-se sob o impacto de grandes crises econômicas, políticas ou morais. Nos países onde tem havido esta desintegração, torna-se próspero um fenômeno chamado *territorial populism* e avançam, implacavelmente, processos de secessão. Nestes países as guerras civis quase sempre são legitimadas por argumentos e ódios de natureza étnico-religiosa.

Por fim, o federalismo pragmático, ou reativo, que inclui quase todos os países latino-americanos e onde discute-se descentralização do poder e reorganização democrática dos estados. A ideia central e as motivações básicas do federalismo pragmático não passam pelo princípio da solidariedade ou do compartilhamento das responsabilidades governamentais, posto que desenvolvido a partir de barganha ou negociação federativa, obedecendo, muitas vezes, ao jogo dos interesses imediatos e privados, muito mais do que a qualquer princípio ou modelo constitucional (FIORI, 1995, p. 23).

Destacados que foram os modelos federativos considerados mais expressivos, vejamos agora o desenvolvimento do Estado federal brasileiro, objeto do próximo item.

2.4 O Estado federal brasileiro

O federalismo é uma das instituições centrais do Estado brasileiro, tendo sido a principal bandeira em torno da qual se formou a coalizão que levou à derrocada do Império e à instauração da República, em 1889. O fato do Brasil-Império²⁴ ser dividido em províncias embasava o ideal de descentralização política, anseio este vindo desde os tempos coloniais. Neste sentido é o pensamento de Maluf:

Os primeiros sistemas administrativos adotados por Portugal, as governadorias gerais, as feitorias, as capitanias, traçaram os rumos pelos quais a nação brasileira caminhará fatalmente para a forma federativa. A enormidade do território, as variações climáticas, a diferenciação dos grupos étnicos, toda uma série imensa de fatores naturais ou sociológicos tornaram a descentralização política um imperativo indeclinável da realidade social, geográfica e histórica. E quando o centralismo artificial do primeiro Império procurou violentar essa realidade, a nação forçou a abdicação de D. Pedro I, impondo a reforma da Carta Imperial de 1824, o que se realizou pelo Ato Adicional de 1834, concessivo da autonomia provincial (MALUF, 2003, pp. 171-172).

O Estado Federal brasileiro vai se formar muito mais em função de um movimento de forças centrífugas (de dentro para fora) do que, como nos Estados Unidos, de forças centrípedas (de fora para dentro). Em outras palavras, enquanto nos Estados Unidos os Estados-membros cediam à União alguns poderes para condução de um interesse nacional, no Brasil, foi o governo central (o Império, até então) quem cedeu alguns poderes às províncias, tornadas Estados-membros da nova forma de Estado.

Com o fim do Império, o Brasil vai ser regido por um governo provisório, liderado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca. O Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, redigido às pressas por Rui Barbosa²⁵, não só declara a

²⁴ Cabe aqui a observação de Oliveira: "Há toda uma vertente de interpretação na historiografia brasileira que enfatiza a centralização do Estado no Império. Contudo, se observado 'de perto', esse modelo não se sustenta, conhecendo-se todas as transferências de poder que o Estado realizava para pessoas privadas, revelando a incapacidade de o Estado Imperial abranger a imensidão do território e a diversidade de sua formação. Em outras palavras, as oligarquias provinciais e regionais já eram uma forte realidade bem antes de a República vir a reconhecer a relativa autonomia de que desfrutaram os novos estados até a Revolução de 1930". (OLIVEIRA, 1995, p. 78).

²⁵ Sobre o episódio, Baleeiro assim se manifesta: "Rui Barbosa, no cair da noite de 15 de novembro, sentou-se, de caneta em punho, defronte duma resma de papel almaço, institucionalizando os fatos da manhã. E assim, antes que voltasse ao solo toda a poeira da cavalgada de Deodoro, começou este a assinar o Decreto orgânico que instituía o Governo Provisório da nova República." (BALEEIRO, 2012, p. 13)

República, mas também reúne as Províncias em federação, constituindo, assim, os Estados Unidos do Brasil.

Em termos constitucionais, o federalismo se efetivou no Brasil em 24 de fevereiro de 1891, quando foi promulgada a primeira Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que seguiu o modelo dualista criado pelos Estados Unidos, imitando sua rígida separação de competências entre União e Estados federados. A inspiração da Constituição norte-Americana sobre a Constituição de 1891, revela-se, também, (1) na concessão, aos Estados federados, de autonomia econômica e administrativa (arts. 5º, 9º e 11), (2) na formação legislativa nacional, representada por um Congresso Nacional de formação bi-cameral, formado pelo Senado e pela Câmara Federal (arts. 16 a 35), (3) na formação judiciária nacional, com a criação de um Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da República e com juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país. (artigo 55) e, (4), no exercício do poder executivo nacional, como chefe eletivo da nação, um presidente.

Entretanto, como adverte Oliveira, a federação resumia-se à soma dos estados, os quais representavam o espaço da dominação oligárquica, razão pela qual a federação deste período é também chamada federação oligárquica. De acordo com Oliveira,

A Federação oligárquica foi o produto cruzado e contraditório de uma aliança de classes antiliberal: a precoce dominação econômica do café, inicialmente fluminense e depois paulista, uniu-se aos latifundiários do sertão, tirando do fogo as castanhas de uma política cambial – a única ao alcance da precária autonomia do Estado brasileiro – que dizia respeito aos interesses de exportadores, fossem cafeicultores, na ponta fluminense-paulista, fossem algodoeiros, na ponta sertaneja nordestina, fossem extrativistas, na ponta amazônica, fossem ainda pecuaristas, na ponta sulista. Assim, a autonomia da Federação oligárquica era rasteira e estritamente aderente ao controle dos espaços territoriais que coincidiam com o espaço de dominação (OLIVEIRA, 1995, p. 80).

Talvez o principal motivo para o surgimento desta federação oligárquica resida no fato de que a proclamação da República foi um golpe militar, autoritário e excludente à participação popular, conduzindo as oligarquias ao poder e acabando com as incertezas e os desmandos do período imperial. Baggio, por meio de Altman, diz que o nome pomposo recebido – Estados Unidos do Brasil – revelava, em verdade, o caráter de dependência e a vocação imitativa das oligarquias dirigentes, mas tentava esconder a estrutura autoritária do Estado, apenas escassamente

reformado com a substituição do Império pela República. (BAGGIO, 2006, p. 85).

Prudente de Moraes assumiu a presidência do Brasil em 1894, retirando os militares do poder. Os ânimos nacionais arrefeceram e o governo central fortaleceu-se por meio da intensificação das alianças com os proprietários de terras; uma aliança oligárquica, que deu origem à prática do coronelismo, o qual possibilitou o desenvolvimento e o fortalecimento de alguns Estados brasileiros ligados aos proprietários de terra e iniciando a política de governadores²⁶. Segundo Baggio, a política dos governadores fez transparecer a artificialidade do federalismo brasileiro, baseado que estava em acordos de favorecimentos pessoais e políticos. A política dos governadores transformou-se, aos poucos, na política do café com leite, uma aliança centrada em São Paulo e Minas Gerais, garantindo o interesse de produtores de café e gado leiteiro (BAGGIO, 2006, p. 92).

A política do café com leite causa insatisfação não só da população, mas também dos demais Estados-membros, excluídos que eram da composição das forças dominantes do poder. Com a primeira guerra mundial e a crise de 1929, os cafeicultores sofreram duros golpes, até que o desgaste político tornou-se insustentável, dando lugar à várias revoltas que, sendo mais militares do que populares, faziam parte do movimento tenentista, assim chamado pela mobilização do nível intermediário do Exército, ou seja, dos tenentes.

Com a Revolução de 1930, Getúlio Vargas foi levado ao poder, mas isso só aconteceu por conta da quebra da hegemonia das bases cafeeiras, determinada pela junção entre Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Bahia, Rio de Janeiro e Paraíba. Vargas iniciou uma nova política presidencial, com o fortalecimento do Executivo Federal e, mais ainda, do próprio presidente. Esta política foi feita às custas do esvaziamento das funções dos estados e municípios e também por meio da (de)limitação de suas práticas, por meio de regulamentos administrativos. Para Lassance,

A ruptura que teve lugar em 1930 partiu da fissura no arranjo federativo que vigorou durante a Primeira República – apelidada depois de República Velha. Neste sentido, 1930 é um novo momento fundador. Os ganhos que

²⁶ “[...] a política dos governadores estabelecia uma coalizão nacional calcada na aliança dos estados que tinham maior peso no eleitorado e demonstravam maior grau na unidade política. Os critérios essenciais eram: a representatividade incontestável de suas lideranças; a hegemonia sobre as forças políticas de seus municípios; a coesão partidária; e a disciplina congressual” (LASSANCE, 2012, p.24).

Vargas conseguiu em termos de concentração de poder e de fortalecimento da Presidência da República só podem ser explicados diante da crise profunda do modelo federativo de 1891. (LASSANCE, 2012, p. 25)

A conclusão de Lassance, com a qual se concorda, é no sentido de que a história do federalismo no Brasil se traduz em um processo sinuoso de estabilização e mudança, sempre pontuado por crises que podem ser demarcadas temporalmente por uma série de conjunções críticas. Assim, tanto o alargamento quanto a restrição de competências da União foram decorrentes de mudanças impulsionadas nestes momentos. (2012, p. 25). É também neste sentido o entendimento de Abrucio,

A história federativa brasileira foi marcada por sérios desequilíbrios entre os níveis de governo. No período inicial, na República Velha, predominou um modelo centrífugo, com estados tendo ampla autonomia, pouca cooperação entre si e um governo federal bastante fraco. Nos anos Vargas, o Estado nacional fortaleceu-se, mas os governos estaduais, particularmente no Estado Novo, perderam a autonomia. O interregno 1946-1964 foi o primeiro momento de maior equilíbrio em nossa federação, tanto do ponto de vista da relação entre as esferas de poder como da prática democrática. Mas o golpe militar acabou com esse padrão e por cerca de 20 anos manteve um modelo unionista autoritário [...] com grande centralização política, administrativa e financeira. (ABRUCIO, 2005, p. 46).

O início do Estado Federal brasileiro significou uma redução do poder central, e outorga aos Estados de grande poder; depois, na primeira gestão Vargas, vê-se justamente o contrário: o enfraquecimento dos governos estaduais em prol do governo federal. Este fortalecimento da União é visto por Oliveira de maneira análoga a Abrucio,

[...] o período pós-1930 que vai até o grande movimento de industrialização dos anos 50 [...] marca o auge da Federação brasileira e o início do seu declínio sistemático. É o período da destruição da "Federação" oligárquica e da reconstrução de uma Federação agora modernizada também porque a própria União já não é apenas a soma dos estados, mas simultaneamente o início de um processo sistemático e cumulativo de predomínio do econômico sobre o político, o que será o norte da Federação. Os processos detonados em 1930 vieram para ficar. Uma gradativa integração econômica liquidou com a "autarquia" dos estados e nunca mais voltaram a coincidir espaços jurídico-constitucionais e territoriais com espaços de dominação socioeconômico-política. (OLIVEIRA, 1995, p. 81)

O fato é que o grande ponto de diferenciação do Estado Novo (era Vargas)

com a República Velha (até 1930), foi a percepção de Vargas sobre a necessidade da reformulação da relação entre Estado e Sociedade Civil e Vargas passou a ser conhecido como o “pai dos pobres”, utilizando as garantias trabalhistas para a neutralização da sociedade, revelando uma das características mais marcantes de seu governo: o populismo (BAGGIO, 2006, p. 99).

No que tange à federação, a era Vargas significou o aumento das prerrogativas presidenciais assentadas em três bases fundamentais: (1) poder de iniciativa legislativa do presidente; (2) o poder regulamentar e; (3) a estrutura de governança tendo no Presidente da República sua organização central. Para Lassance, o rol elevado de competências federais, muitas delas demandadas pelos próprios Estados em busca de auxílio, conformou a (a) institucionalização de poderes presidenciais expandidos, com poderes mais amplos; (b) um conjunto de mecanismos políticos de coordenação e de intervenção mais fortes e, (c) estruturas de serviço público cada vez maiores (LASSANCE, 2012, p. 25).

O presidencialismo, instituição central da política dos Estados na Primeira República, passou a ter o Executivo federal como sustentáculo cada vez maior de todo arranjo federativo. Lassance, uma vez mais, esclarece que este presidencialismo-sustentáculo decorre da progressiva constitucionalização de direitos sociais, da reorganização do serviço público e da montagem de estruturas estatais destinadas a ofertar bens públicos em grande escala. (2012, p.25).

O período de redemocratização do Brasil marca um novo momento no federalismo. Não só as elites regionais, mas também os governadores, foram essenciais para o desfecho da transição democrática desde as eleições de 1984. Lassance diz mais: “o período histórico [...] das diretas já em 1984 [...] e as eleições presidenciais em 1989 [...] representou [a] radical transformação [do federalismo] enquanto instituição política” (2012, p. 26).

Abrucio (2005, p. 46) acresce a este momento o fato de as lideranças municipalistas associavam o tema da descentralização à democracia, participando ativamente na formulação de diversos pontos da Constituição de 1988. Nascia, assim, um novo federalismo no Brasil, resultado da união entre forças descentralizadoras democráticas com grupos regionais tradicionais que se aproveitaram do enfraquecimento do governo federal em um contexto de esgotamento do modelo varguista e do Estado nacional-desenvolvimentista. O

projeto federalista agora passava a ser o fortalecimento dos governos subnacionais e a democratização do plano local.

Contudo, as preocupações com a fragilidade dos meios de atuação e coordenação federativa acabaram por ficar em segundo plano, assunto que será aprofundado em capítulo posterior. De todo modo, o grande debate sobre a condução do país girava em torno da essencialidade da descentralização. De acordo com Baggio

Havia um consenso geral, em todos os ambientes envolvidos no processo de abertura política, de que a grande solução para a construção de uma verdadeira democracia seria a **descentralização** do poder político. Os movimentos sociais propunham uma descentralização que abarcasse não as instâncias institucionais, mas também, as populares, como, por exemplo, as propostas de formação de conselhos municipais, compostos com pessoas das comunidades, que fariam a interlocução ente Estado e sociedade.. Por outro lado, as elites regionais viam na descentralização a possibilidade de recuperação do poder de dominação político, econômico e administrativo, perdidos com a excessiva centralização do regime militar. (BAGGIO, 2006, p. 109)

De fato, com a Constituição de 1988 o federalismo brasileiro avançou. Os municípios brasileiros, pela primeira vez na história, foram reconhecidos como entes federativos, com status constitucional idêntico ao dos Estados e da União. Entretanto, para Abrucio, um novo federalismo brasileiro só foi possível após 1994, ou seja, em plena vigência da Constituição de 1988, entendendo que de 1982 a 1994 vigorou no Brasil um federalismo estadualista, não-cooperativo e muitas vezes predatório. Segundo ele, neste período o Brasil foi assolado por uma crise que abarcava não só o modelo de financiamento estatal de desenvolvimento, mas também o equilíbrio das contas públicas nacionais e a burocracia federal (2005, p. 47). Somados a isto, outras características contribuíram para o aumento do poderio dos Estados:

[...] A vigência de um sistema ultrapresidencial nos estados – que em grande medida ainda vigora –, que fortaleceu sobremaneira os governadores no processo decisório e praticamente eliminou o controle institucional e social sobre o seu poder [...] Os padrões hegemônicos da carreira política brasileira, cuja reprodução dá-se pela lealdade às bases locais e pela obtenção de cargos executivos no plano subnacional ou então aqueles no nível nacional que possam trazer recursos aos “distritos” dos políticos. Em ambos os casos, o Executivo estadual é peça fundamental, seja no monitoramento das bases para os deputados, seja para ajudá-los na conquista de fatias estratégicas da administração pública federal [...] os governadores possuíam instrumentos financeiros e administrativos que os fortaleciam no sistema de poder, como bancos estaduais e empresas estatais estratégicas. O fortalecimento dos governos estaduais resultou na

configuração de um federalismo estadualista e predatório. Estadualista porque o pêndulo federativo esteve a favor das unidades estaduais em termos políticos e financeiros, pelo menos até 1994, quando se implementou o Plano Real. [...] [e] comportamento atomizado e individualista dos governadores, cujo fortalecimento não resultou em uma coalizão nacional em torno de um projeto de hegemonia nacional, mas sim em coalizões pontuais e defensivas para manter o status quo. O caráter predatório [...] resultou do padrão de competição não-cooperativa que predominava nas relações dos estados com a União e deles entre si [...] No plano das relações entre os estados, o aspecto predatório teve sua principal manifestação na guerra fiscal, que começou a ganhar força após a Constituição de 1988 e ainda continua vigorosa nas práticas federativas. (ABRUCIO, 2005, pp. 47-48)

Ainda assim, é possível assinalar algumas outras questões relativas ao sistema federativo estabelecido pela Constituição de 1988, além do reconhecimento do município como ente federativo. A federação tornou-se cláusula pétrea e os Estados ganharam maior capacidade de auto-organização e novos instrumentos de ação no plano intergovernamental. A Constituição também redefiniu os papéis desempenhados pelos entes federados, distribuindo e descentralizando questões de ordem política, administrativa e, principalmente, financeira.

Outro ponto que merece destaque no que tange à evolução do federalismo pátrio pela Constituição de 1988 reside no sistema de repartição de competências. As competências próprias dos entes federados – apontadas neste trabalho como a principal característica dos Estados federais – delinea o modelo de federalismo adotado, já que define o grau de descentralização, de direitos e de deveres de cada esfera federativa.

Bem, no artigo 21 do texto constitucional é possível identificar o que se pode chamar de forma clássica de repartição de competências. Clássica porque segue o modelo norte-americano, conforme visto no primeiro item. Neste artigo, então, está elencada a competência da União em matérias administrativas, deixando que para os Estados as competências remanescentes. Uma outra forma de repartição de competências pode ser contemplada no artigo 22. Trata-se da forma chamada delegada, onde a União fica com a prerrogativa de delegar aos Estados-membros, por meio de lei complementar, o rol das competências que lhe são privativamente atribuídas.

Uma terceira forma encontra-se no art. 23. São as competências comuns, que possibilitam seja estabelecida uma relação de cooperação interfederativa, posto que

reconhecem a existência de áreas comuns, também administrativas, possibilitando a atuação paralela da União, Distrito Federal (DF), estados-membros e municípios. É importante destacar o fato de que essa atuação é paralela e não substitutiva, o que será aprofundado no capítulo onde tratar-se-á do federalismo sanitário.

As competências concorrentes – uma quarta forma – estão previstas no artigo 24. Sendo concorrente, cabe à União a elaboração de normas gerais e aos Estados-membros, legislar de forma suplementar, em havendo a União estabelecido normas gerais ou, caso contrário, legislar de forma plena. A competência dada aos municípios é um tanto quanto tortuosa. O artigo 30 determina que legislem somente de forma suplementar às legislações federal e estadual, naquilo que seja seu interesse local. O entendimento sobre o que vem a ser este interesse local tem sido objeto de importantes debates, principalmente entre os municipalistas.

A receita de repartição de competências adotadas pela Constituição de 1988 demonstra, segundo Baggio, toda a fragilidade da Federação Brasileira, porque não conseguiu superar a tradição de concentrar as competências na esfera da União (2006, p. 111). É este também o posicionamento de Magalhães, para quem

o texto constitucional coloca como absolutamente excepcional o que deveria ser regra. A federação pressupõe a descentralização como regra, e o que a diferencia dos novos Estados regionais e autonômicos cada vez mais descentralizados é o importante fato de que as competências da União devem ser aquelas que se impõem por sua natureza. A regra é a descentralização, deixando para a União aquelas matérias que, pela sua natureza, necessitem a coordenação de ente federado territorialmente maior, ou, em outras palavras, o ente federado que o seu território contenha os outros níveis da federação (os Estados e Municípios) (MAGALHÃES, 1999, p. 211).

Visando este trabalho o estudo das responsabilidades dos entes federados em matéria de saúde, os resultados da repartição de competências brasileiras serão vistos exclusivamente em sua relação com o direito à saúde, bem como suas ambiguidades, imperfeições e possíveis soluções. Tudo isto será objeto do capítulo onde falar-se-á do federalismo sanitário. Mas, para que possamos mesclar federação e SUS, indispensável apresenta-lo enquanto estrutura, por meio de leis que o regulamentam, o que é o objeto do próximo capítulo.

3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS): UMA ANÁLISE DESCRITIVA DE SUA ESTRUTURA

A saúde é reconhecida constitucionalmente como um direito social, mas a própria evolução do seu conceito denota o longo caminho trilhado para que este direito fosse reconhecido como um direito de todos e dever do Estado. Neste capítulo, cujo mote principal reside numa análise descritiva da estrutura do SUS, inicialmente far-se-á uma breve alusão às categorias de direito compreendidas nas seguintes qualificações: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos subjetivos, direitos sociais, conjugando-os para um entendimento amplo no que diz com o direito fundamental social à saúde no Brasil.

3.1 Das categorias de direito ao direito à saúde no Brasil

De início é preciso assinalar que se adota posicionamento em consonância com Sarlet (2009) e boa parte da doutrina, fazendo distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendendo por direitos humanos aqueles que possuem relação com o direito internacional, por fazerem referência àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com uma determinada ordem constitucional e, por isso mesmo, aspirando à validade universal, valendo para todos os povos e em todos os tempos, ou seja, revelando um caráter supranacional. No que se refere aos direitos fundamentais, também, de certa forma, direitos humanos, já que seu titular é sempre o ser humano ainda que representado coletivamente, aplicam-se para aqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. (SARLET, 2009, p. 35)

É neste sentido também o entendimento de Luño, para quem:

Los términos 'derechos humanos' y 'derechos fundamentales' son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la propesión doctrinal y normativa a reservar el término 'derechos fundamentales' para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula 'derechos humanos' sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las

declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que non han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. (LUÑO, 2005a, p. 44).

Canotilho, da mesma forma, propõe uma distinção entre direitos humanos e fundamentais, baseada em sua origem e em seu significado. Dessa forma, direitos do homem seriam direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista universalista) e direitos fundamentais, os direitos do homem, jurídico- institucionalmente, garantidos e limitados espaço- temporalmente. Portanto, enquanto os direitos do homem arrancam da própria natureza humana (sendo, desse modo, invioláveis, intemporais e universais), os direitos fundamentais são os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta²¹.

O critério de distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é, nesta ótica, o grau de concreção positiva entre eles, do que se pode inferir que os direitos humanos mostram-se, como conceito, mais amplo e impreciso do que o conceito de direitos fundamentais. Em virtude disto, é que frequentemente o termo “direitos humanos” é entendido, ainda de acordo com Luño, como

un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. (LUÑO, 2005a, p. 46)

A expressão “direitos fundamentais” surgiu, pela primeira vez, na França de 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e, logo, alcançou grande relevo na Alemanha, onde, sob a denominação de *Grundrechte*, articulou-se o sistema de relações entre Estado e indivíduo, como fundamento de toda a ordem jurídica e política. É este seu sentido na *Grundgesetz* de Bonn de 1949 (LUÑO, 2005b, p. 32).

Direitos fundamentais e direitos humanos guardam estreita relação. Direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, garantidos pela Constituição. Deste modo, representam um elenco de direitos considerados fundamentais para

determinada sociedade, razão pela qual se configuram num conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências sociais. Cada Estado, portanto, tem seus direitos fundamentais próprios do que resulta a impossibilidade de especificar quais sejam os direitos fundamentais, fora de um determinado Estado.

Seguindo este mesmo raciocínio, Bonavides (2010), ao tratar dos direitos fundamentais, reconhece a sua vinculação à liberdade e à dignidade humana, tidos como valores históricos e filosóficos, afirmando que tal fato conduz ao significado, sem qualquer óbice, da universalidade inerente a estes direitos, enquanto ideal da pessoa humana. Destaca, ademais, que esse sentido de universalidade foi alcançado, pela primeira vez, com a Declaração do Homem e do Cidadão, que ensejou a descoberta do racionalismo francês da Revolução de 1789 (BONAVIDES, 2010, p. 562).

A historicidade dos direitos humanos serve como indicador dos vários enfoques que devem ser levados em conta quando do seu debate. Deste modo, destaca-se a dimensão moral e mesmo de fundamentação destes direitos, reforçada que foi pela tradição jusnaturalística, a qual não se mostrou suficiente, entretanto, para garantir efetividade e implementação aos direitos humanos ao longo da história ocidental, notadamente na Idade Moderna, período em que os conflitos sociais e políticos foram de elevada monta e significação (LEAL, 2000, p. 51/51).

Foi no Estado Liberal que ocorreu o processo de positivação dos direitos humanos. A positivação foi fruto da necessidade de incorporação ao ordenamento jurídico dos direitos tidos como inerentes ao homem, já que, considerando-se a lógica jurídica dominante à época, essa era a única forma de se garantir fossem tais direitos objeto de proteção parte do Estado. Por outro lado, evidencia-se uma lógica perversa, na medida em que direitos não normatizados juridicamente não se tornavam passíveis de proteção.

É preciso lembrar que a Lei, neste Estado Liberal, reveste-se de uma aparente neutralidade em relação aos conflitos²⁷, o que acaba por legitimar a

²⁷ Assevera Clève (1995, p. 35) que “o culto da lei pelo liberalismo produziu consequências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei como forma. A identificação do direito com a lei acabou dando lugar a toda uma concepção formalista da experiência jurídica, assim denominada positivismo. ‘A lei contém todo o direito’ é a expressão máxima desta concepção”.

dominação econômica exercida sobre as classes desfavorecidas, não espantando que tenha havido uma seleção visível em relação às liberdades que seriam juridicamente garantidas. Serve como exemplo a situação do legislador que protege a liberdade de contratar e recusa-se a admitir a liberdade de associação dos trabalhadores (SARMENTO, 2004, p. 23).

A positivação constitucional dos direitos humanos, naquele período, foi resultado da fórmula utilizada para a racionalização e a legitimação do poder pelo Iluminismo, já que a Constituição, sendo uma lei escrita superior às demais normas, competia-lhe o dever de garantir os direitos dos cidadãos, concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados (SARMENTO, 2003, p. 23).

Na lógica deste Estado, a separação entre Estado e sociedade significava a garantia da liberdade individual. Assim posto, durante o Estado Liberal verifica-se uma limitação da autoridade e uma divisão da autoridade, com o governo popular formando-se a partir da ideia do sufrágio e da representação, havendo a consolidação das conquistas liberais, tais como os direitos humanos (STRECK; MORAIS, 2010, p. 56).

Sendo assim, no Estado Liberal, estabeleceram-se os chamados direitos de primeira dimensão, fruto das lutas travadas entre a burguesia e o Estado absolutista, marcadas pelo ideal do jusnaturalismo, do racionalismo iluminista, do contratualismo e do liberalismo. Estes direitos baseiam-se no princípio da liberdade. Entendidos, num primeiro momento, como direitos inerentes à individualidade, são considerados atributos naturais do homem e, portanto, inalienáveis e imprescritíveis (GORCZEVSKI, 2009, p. 132). São, conforme constata Alexy (2008), destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos, ou seja, são direitos de defesa do cidadão contra o Estado (ALEXY, 2008, p. 433).

Apesar dos inegáveis progressos que os direitos liberais trouxeram para a humanidade, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade humana (SARMENTO, 2004, p. 31). O processo de industrialização, ocorrido a partir do final do século XVIII, realizado sob a lógica do mercado, acentuou o quadro de exploração do homem pelo homem, com a concentração de renda e dos meios de produção nas mãos de uma parcela ínfima da sociedade. Neste aspecto, revelava-

se uma indisfarçável divisão de classes e tornava-se explícito o fato de que a maioria das pessoas achava-se alijada e desamparada por um estado absenteísta que, inclusive, demograficamente sofreu radical transformação, devido ao forte deslocamento populacional das áreas rurais para as zonas urbanas, ocasionando uma mutação da paisagem citadina sem precedentes (LEAL, 2000, p. 39/40).

A Revolução Industrial fez surgir um cidadão até então desconhecido: o trabalhador das fábricas e, com as fábricas, as máquinas que causaram o desemprego. Os trabalhadores foram obrigados, em tal cenário, a viver em condições de miserabilidade, em habitações insalubres, cercadas por oficinas e em terrenos pantanosos, sem nenhum saneamento e urbanização, submetidos a jornadas excessivas de trabalho, numa agressiva violação dos direitos humanos e fundamentais. Ademais, neste mesmo período, houve a incorporação, pela classe dominante de trabalhos feminino e infantil, o que implicou, claro, uma diminuição do custo de remuneração do próprio trabalho e no aumento sucessivo do capital (LEAL, 2000, p. 40).

Neste contexto, despontam críticas variadas ao modelo econômico adotado, destacando-se a doutrina proposta por Karl Marx, para quem os direitos humanos protegidos pela ordem constitucional liberal constituíam-se na superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado.

Na virada para o século XX, surge um novo modelo de Estado: o de Estado do Bem-Estar Social e, com ele, a consagração constitucional de novos direitos que, por seu turno, demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população, dentre os quais se destaca o direito à saúde.

Está-se tratando, portanto, do advento dos direitos sociais, ou prestacionais, ou de segunda geração, ou positivos, que, de acordo com Luño,

Tienen como principal objeto asegurar la participación en la vida política, económica, cultural y social de las personas individuales, así como de los grupos en los que se integran. Gurvitch los definió, en fórmula que puede considerarse clásica, como 'derechos de participación de los grupos y de los individuos, derivados de su integración en colectividades y que garantizan el carácter democrático de éstas'. Esta definición permite advertir los caracteres más salientes de los derechos sociales. Así, pueden entenderse tales derechos, en sentido objetivo, como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los

grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos (LUÑO, 2005a, p. 184).

Observa-se que o autor reconhece que os direitos sociais visam a assegurar a participação na vida política, econômica, cultural e social, dotando tais direitos de dois sentidos: o objetivo, resultado do conjunto de normas por meio das quais o Estado cumpre a sua função de (re) equilibrar as desigualdades sociais, e um sentido subjetivo, relacionado às faculdades dos indivíduos e dos grupos em participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em direitos e prestações diretas ou indiretas por parte do Estado.

Luño refere ainda que os direitos sociais, em acepção ampla, são sinônimos dos direitos econômicos, sociais e culturais e, em acepção restrita, referem-se aos direitos fundamentais dirigidos a tutelar a atividade prática do *homo faber*, ou seja, o ser humano em sua condição de trabalhador (LUÑO, 2005a, pp. 192/193).

Cabe destacar que a condição de trabalhador é muito importante para a conceituação da saúde, na medida em que foi durante a Revolução Industrial que ocorreu o debate entre duas grandes correntes que buscaram conceituar a saúde. Segundo Dallari,

[...] de um lado, grupos marginais ao processo de produção, que viviam em condições miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças (DALLARI, 1995, p. 18).

Ainda no que tange aos direitos fundamentais, resulta interessante trazer a lume as ideias de Bobbio que guardam relação com os direitos sociais. O autor assevera que, num discurso acerca dos direitos do homem, é preciso distinguir teoria e prática, tendo-se sempre em mente que estas “percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais”, afirmando, sob tal aspecto, que o desenvolvimento da teoria e da prática dos direitos do homem ocorreu essencialmente em duas direções: na direção de sua universalização e na de sua multiplicação (BOBBIO, 1992, p. 67).

Debruça-se Bobbio sobre a multiplicação dos direitos do homem, afirmando

que esta deu-se de três modos: (1) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; (2) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; e (3) porque o próprio homem não era mais considerado como ente genérico, mas, ao contrário, visto na especificidade ou nas diversas maneiras de ser (criança, velho, doente, etc.) (BOBBIO, 1992, p. 68).

O processo de multiplicação por especificação ocorreu, principalmente, no âmbito dos direitos sociais, onde não se verifica o princípio segundo o qual os homens são iguais. Isto ocorre porque, quanto aos direitos sociais, existem diferenças de indivíduo para indivíduo. Assim, só genérica e retoricamente se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (trabalho, saúde e educação), porque não se pode deixar de levar em conta determinadas diferenças que justificam um tratamento não igual. (BOBBIO, 1992, pp. 70-72).

A relação entre direitos sociais e Estado Social de Direito dá conta da positivação destes direitos, no que se julgava fosse o modo pelo qual tais direitos tornar-se-iam eficazes. Neste sentido, foi essencial ao estabelecimento do Estado de Direito contemporâneo a adoção da Constituição, possibilitando que houvesse a adoção de limites para as atividades públicas e privadas, consolidando-se, tal modelo, como um Estado cujos atos são todos realizados com base numa ordem jurídica.

3.2 O Movimento de Reforma Sanitária e o Direito à Saúde

No Brasil, o caminho percorrido pela saúde até o seu reconhecimento como direito de todos e dever do Estado, é resultado direto da reforma da política de saúde que existia até a Constituição de 1988. Essa reforma política deve ser compreendida a partir da questão mais ampla da descentralização e da democratização do Estado, a partir da qual se inscreve no contexto das reformas sociais iniciadas na segunda metade da década de 1970, quando se deu o processo de abertura política e democrática no Brasil.

A peculiaridade desse movimento reside na descompressão planejada que

abriu espaços para coalizões heterogêneas, em que, para os diversos atores sociais envolvidos, a descentralização e a instituição de práticas participativas constituiriam estratégias fundamentais para a implementação das reformas do Estado (COTTA; MENDES; MUNIZ, 1998, pp. 17-18).

Com a instalação do regime militar no Brasil, em março de 1964, houve redução das verbas que eram destinadas à saúde e que, aumentadas na primeira metade da década de 1960, foram decrescendo até o final da ditadura. O resultado do corte das verbas tinha como destinatário os Ministérios Militares, de Transporte e de Indústria e Comércio, que viram seus orçamentos crescerem significativamente, em nome da segurança e do desenvolvimento nacional. Assevera Bertoli Filho (2006, p. 51), que não satisfeito com a redução das verbas destinadas à saúde, o regime ditatorial fez com que o Ministério da Saúde se restringisse quase somente à elaboração de projetos e programas, delegando a outras pastas, como as da Agricultura e da Educação, uma parte da execução das tarefas sanitárias, o que, obviamente, não trouxe qualquer melhoria ou benefício aos serviços de saúde. Assim, prossegue o autor (2006, p. 52), apesar da pregação oficial de que a saúde constituía um fator de produtividade, de desenvolvimento e de investimento econômico – parte importante do patrimônio nacional, portanto –, o Ministério da Saúde privilegiava a saúde como elemento individual e não como fenômeno coletivo, o que alterou significativamente a sua linha de atuação.

Moretto destaca que o modelo de assistência à saúde, no Brasil, dos anos 1970, era o “médico-assistencial privatista” (MORETTO, 2002, p. 34), financiado pelo Estado através do sistema da previdência social, tendo o setor privado como o maior prestador de serviços de atenção médica e que, em âmbito internacional, era o mais significativo produtor de insumos, especialmente equipamentos biomédicos e medicamentos, tendo por características:

- a) cobertura assistencial ao trabalhador-contribuinte, urbano e rural, objetivando uma cobertura ‘quase plena’;
- b) o privilégio à prática médica curativa, individual, especializada e assistencialista, em detrimento da Saúde Pública;
- c) o financiamento do Estado (contribuição do trabalhador) que possibilitava a constituição de um complexo médico-industrial;
- d) a organização do Sistema de Saúde a partir do lucro, pois o Sistema Público de Saúde era pouco fortalecido em face do crescimento do setor privado, que prestava assistência através da venda de serviços ao Estado, assim propiciando a capitalização da medicina

(MORETTO, 2002, p. 33).

A saúde não era reconhecida como um direito social, muito menos fundamental, o que significava que havia três formas de relação da sociedade com os serviços de saúde: os trabalhadores contribuintes do sistema e que podiam ter acesso aos serviços de saúde financiados pelo Estado; os que podiam pagar pelos serviços privados de saúde e os absolutamente excluídos de qualquer serviço de saúde.

Neste ambiente, desgastado pela crise generalizada provocada pelo fim do milagre econômico, setores inicialmente minoritários na sociedade, de modo especial intelectuais e políticos, começaram a expressar insatisfação e a formular críticas ao modelo político e econômico ditatorial, fazendo-o através de análises sociológicas, manifestações políticas legais e ilegais, como as guerrilhas, notadamente as urbanas, greves, jornais satíricos, imprimindo, também na área da saúde, tal contexto, fazendo crescer a discussão pela busca de reformas nas políticas de saúde (CARVALHO; MARTIN; CARDONI JÚNIOR, 2001, p. 35), ganhando corpo o movimento conhecido como Reforma Sanitária.

A sociedade mobilizou-se e exigiu liberdade, democracia e eleições diretas presidenciais. Neste período, foram extintos o bipartidarismo imposto pelos militares, a censura da imprensa, ganhando os sindicatos maior liberdade e autonomia, voltando as greves a marcar presença na vida das pessoas.

Neste sentido, e portanto, como consequência dos novos ares da abertura política, os moradores da periferia dos grandes centros passaram a lutar pela melhoria de suas condições de vida. Estes grupos, contando com a assessoria de padres e médicos sanitaristas, criaram os Conselhos Populares de Saúde, encarregados de obter melhor saneamento básico e a criação de hospitais e centros de saúde nas áreas mais carentes.

A classe médica expressava, também, o seu descontentamento com as condições de trabalho que lhes eram impostas²⁸ e, nesta esteira, os profissionais de

²⁸ Sobre o assunto, Bertolli Filho (2006, p. 63) refere que durante o período ditatorial, houve a proliferação das faculdades de medicina no país, trazendo, como consequência, a proletarização da maior parte dos profissionais da área, obrigados a trabalhar sob baixa remuneração e em hospitais cujas condições precárias multiplicavam as possibilidades de erros terapêuticos e cirúrgicos,

saúde organizaram-se na defesa da profissão e dos direitos dos pacientes, do que resultou, ainda no final da década de 1970, o surgimento da Associação Brasileira de Pós- Graduação em Saúde Coletiva (Abrasco).

A ABRASCO passou a ocupar, de forma progressiva, o espaço de organização da prática acadêmica em torno da crítica ao modelo assistencial-hospitalar dominante e das propostas de reorganização e construção do novo sistema de saúde. Também surge nesta época o Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (CEBES), editor da revista Saúde em Debate, criada com o objetivo de veicular as novas perspectivas de análise da saúde em prol das ideias-base para viabilização da Reforma Sanitária.

Segundo o Ministério da Saúde, dentre os grupos, movimentos e instituições que participaram do processo de Reforma Sanitária destacam-se o Movimento Popular de Saúde (MOPS), os movimentos dos moradores da Zona Leste de São Paulo, a organização de sistemas públicos e democráticos de saúde dos municípios de Lages (SC), Ronda Alta (RS), Montes Claros (MG), Londrina (PR) e Niterói (RJ), o Movimento de Reintegração dos Hansenianos (MORHAN), as Plenárias de Saúde Mental, o já citado Cebes, as escolas e os departamentos de medicina social de saúde pública e a também mencionada Abrasco (BRASIL, 2002, p. 37).

Em decorrência do acima exposto, a noção de Reforma Sanitária, no Brasil, associa-se desde o início à ideia de movimento social²⁹, tendo como atores centrais um grupo de sanitaristas reformistas, organizados em torno do que se convencionou chamar de Movimento Sanitário. O Movimento Sanitário era formado por um grupo bastante heterogêneo: profissionais, intelectuais e burocratas da área de saúde, ocupantes de cargos nos governos estaduais e municipais. Os membros do MRS mantinham, ligações partidárias de esquerda, vínculos com certas universidades, centros de pesquisa e instituições governamentais, tendo como referência principal a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

Dessa forma, o Movimento Sanitário estimulou as discussões do projeto de reforma da política de saúde não só porque debateu criticamente os problemas do

apresentados pela imprensa, equivocadamente, como responsabilidade exclusiva destes profissionais.

²⁹ Ver Krüger (2000, pp. 119 e ss.) que trabalha a ideia de reforma sanitária como um movimento de cima para baixo, o qual, ainda que não forjado dentro do aparelho estatal, tampouco o foi no movimento real da sociedade.

setor, mas também porque ganhou acesso a cargos burocráticos no interior das agências estatais de previdência social e de saúde (COTTA; MENDEZ; MUNIZ, 1998, pp. 18-19).

A reforma almejada pelo Movimento Sanitário consistia na instituição de um sistema regionalizado, unificado e descentralizado de ações e serviços de saúde, contando com a universalização do atendimento e da cobertura, a hierarquização e a integralidade do sistema, o qual devia instituir mecanismos participativos, visando a assegurar o controle social da política. A reestruturação do sistema de saúde deveria adotar, como critério para alocação dos recursos, os perfis epidemiológico e demográfico dos beneficiários, em nível municipal.

Com o movimento reformista, se começou a discutir, nos departamentos de medicina preventiva das universidades, a ideia da medicina preventiva, proposta originária dos Estados Unidos da América e difundida nos países latino-americanos através da OPAS e de fundações como a Ford e a Kellog. Além disso, tornou-se alvo de debate o conceito de atenção primária à saúde (APS), apresentando-se, então, como oposição e alternativa ao sistema vigente (CARVALHO, MARTIN, CARDONI JÚNIOR, 2001, p. 35).

A redefinição do padrão de relacionamento entre o setor privado (empresas de saúde prestadoras de serviços) e as agências governamentais na área de saúde também foi pauta do movimento de Reforma Sanitária, que propunha a reversão da lógica prevalecente – prestação de serviços em saúde pelo setor privado mediante recursos públicos. Expresso de outra forma, o movimento pretendia o fortalecimento da rede pública a partir da formulação de critérios de reembolso e criação de incentivos, a fim de que, em médio prazo, o setor privado atuasse apenas como elemento complementar dos serviços públicos de saúde (COTTA; MENDES; MUNIZ, 1998, p. 21).

O Movimento Sanitário constituiu-se também por membros de instâncias governamentais, o que resulta, durante a Nova República, na ocupação de cargos na hierarquia burocrática das agências estatais vinculadas à saúde – Ministério da Saúde e INAMPS – por integrantes do movimento, criando-se oportunidades para a implementação institucional das diretrizes da agenda reformista, com projetos e programas que objetivavam descentralizar e ampliar o acesso dos usuários aos serviços de saúde.

Dentro da estratégia racionalizadora do Plano CONASP – Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no âmbito da Previdência Social –, o seu principal desdobramento foi a implantação das Ações Integradas de Saúde (AIS), projeto formalizado por portaria conjunta entre os Ministérios da Saúde, da Previdência Social e da Educação e Cultura.

As AIS buscavam a reorganização institucional da assistência à saúde, com o objetivo de evitar ações paralelas e simultâneas entre as instituições sanitárias, tendo como princípios a universalidade no atendimento, a integralidade e a equidade da atenção, a regionalização e a hierarquização dos serviços, a descentralização das ações e do poder decisório, a democratização através da participação da sociedade civil e do controle pelos usuários, o planejamento e o controle efetivo pelo setor público sobre o conjunto do sistema, com inclusão dos setores filantrópicos e privados (CARVALHO; MARTIN; CARDONI JÚNIOR, 2001, p. 37).

Portanto, as AIS tinham por propósito a integração e a unificação dos serviços públicos de saúde, buscando a integralidade das ações de saúde e a construção de um mecanismo de referência e contra referência da assistência, a partir do nível local e da descentralização aos municípios.

As AIS foram fundamentais para ampliação do compromisso dos municípios com a saúde, já que tal estratégia consistia no repasse de recursos para os municípios que, por sua vez, contratavam serviços ou desenvolviam serviços próprios de assistência à saúde.

Há que se ressaltar que antes das AIS, eram raros os municípios que tinham serviços de saúde próprios ou mesmo participavam da questão relacionada à saúde. Moretto (2002, p. 37) consigna que “as AIS tiveram seu início de implantação em 1983, sendo que somente em 1985 atingiram um número expressivo de municípios. Foi considerada, essa, a política oficial da Nova República”

Isto significou uma mudança radical, visto que os municípios receberiam pela primeira vez recursos federais, oriundos da Previdência Social, mediante pagamento por serviços prestados (médico, odontológico e de enfermagem). Era um dinheiro novo, complementar, um acréscimo de recursos aos serviços municipais de saúde, ainda incipientes. O financiamento das AIS foi uma parceria entre INAMPS, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, com a constituição de um fundo único

para custeio e investimento dos serviços estaduais e municipais (CARVALHO; MARTIN; CARDONI JÚNIOR, 2001, p. 38), o que significou uma ampliação dos próprios orçamentos públicos no setor de saúde, até então destinados, de forma majoritária, para a compra de serviços do setor privado (MORETTO, 2002, p. 37).

O processo iniciado pelo Movimento Sanitário culminou com a realização, entre 17 e 21 de março de 1986, em Brasília, da 8ª Conferência Nacional de Saúde, que visava discutir, na ocasião, a nova proposta de estrutura e política de saúde para o país, propondo três questões cruciais: (1) saúde como dever do Estado e direito do cidadão; (2) reformulação do sistema nacional de saúde; e, (3) financiamento setorial.

A conferência contou com uma ampla participação social – cerca de quatro mil pessoas (mil na condição de delegados), entre técnicos, estudiosos, políticos e lideranças sindicais e populares, além de dirigentes institucionais. As conclusões do encontro passaram a constituir o Projeto de Reforma Sanitária Brasileira, já então plenamente legitimado pelos segmentos sociais que se identificavam com os interesses populares.

Durante a Conferência foram trazidas, de forma bastante clara, a realidade da saúde no país e as evidências de que o modelo vigente não tinha quaisquer condições de enfrentar a dura realidade que se apresentava. Dessa forma, aflorava o debate sobre questões atinentes às relações entre saúde e sociedade e saúde e Estado, denunciando-se a mercantilização da saúde existente à época.

Nesta esteira, os princípios norteadores da Reforma Sanitária proposta pela 8ª Conferência Nacional de Saúde, conforme já consignado, podem ser assim sintetizados (1) direito à saúde e à universalidade da assistência; (2) descentralização, sob o comando único em cada esfera de governo; (3) hierarquização e regionalização do sistema; (4) integralidade na assistência e, (5) participação social na gestão sanitária.

Como resultado do processo de discussão, iniciado nas pré-conferências preparatórias estaduais e municipais, com a produção de textos, debates, mesas redondas, trabalhos de grupos e seus relatórios, houve a elaboração de um Relatório final, aprovado na plenária de encerramento da 8ª Conferência. O relatório final conformou-se como um relato consolidado das discussões havidas, indicando

que este processo foi “altamente participativo, democrático e representativo”, o que permitiu “um alto grau de consenso, caracterizando uma unidade quanto ao encaminhamento das grandes questões, apesar da diversidade de proposta quanto às formas de implementação” (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, p. 9).

Contraopondo-se à ideia de consenso, alguns autores, como Campos (2007), realçam que havia, mesmo no âmbito da 8ª Conferência e, portanto, dentro do Movimento de Reforma Sanitária (MRS), uma tensão permanente entre o projeto do SUS e o derrotado projeto liberal-privatista. Por este projeto, o Estado manteria as suas tradicionais atribuições com a saúde pública, mas também entraria como agência financiadora e ainda com algum poder de regular o nascente mercado da atenção médica e hospitalar. O Estado, bancos e empresas de seguros particulares funcionariam como intermediários entre a maioria dos clientes e dos profissionais e serviços privados de saúde.

A respeito dos três grandes temas discutidos na 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), destaque-se (1) a evidência de que as modificações necessárias na saúde transcendiam os limites de uma reforma administrativa e financeira, exigindo-se uma reformulação mais profunda, com a ampliação do próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional, com revisão da legislação no que concernia à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, a fim de que se constituísse na Reforma Sanitária; (2) a participação do setor privado no caráter de serviço público concedido, com contratos regidos sob as normas de direito público, dada à necessidade de fortalecimento e expansão do setor público e do impedimento de imediata estatização do setor saúde; (3) o entendimento majoritário de que a saúde deveria ser separada da previdência, com a criação de um novo órgão, de nível federal, com características novas, que ficaria responsável pela saúde, cujo financiamento seria dado por várias receitas oriundas de tributos e incidentes sobre produtos e atividades nocivas à saúde.

Sendo assim, no que concerne à saúde como direito, aprovou-se um novo conceito de saúde, muito mais amplo e abrangente, considerando-a como

a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, p. 12).

Note-se que este conceito explicita a definição de saúde trazida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ainda em 1946, reconhecendo as condicionantes de um completo bem estar físico, mental e social, embora não faça qualquer referência a questões de doenças ou outros agravos. Daí que se pode afirmar do destacado caráter preventivo da saúde pública em âmbito brasileiro, em que pese a explicitação do artigo 196 da atual Constituição tratar de promoção, proteção e recuperação.

Também este conceito, supracitado, deixa claro o entendimento acerca da importância da estrutura social nas questões relativas à saúde, assinalando a responsabilidade da sociedade na sua efetivação, porque saúde, como conceito concreto, define-se no contexto histórico de uma sociedade, num dado momento do desenvolvimento social, sendo que a saúde é conquistada pela população em suas lutas cotidianas (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, p. 12). Daí advém, portanto, o reconhecimento da importância dos movimentos sociais e da evolução do conceito de saúde na própria configuração de Estado, conforme consignado inicialmente.

A subjetividade do direito à saúde, como fundamento a justificar pretensões, também foi reconhecida no Relatório Final da Conferência, quando se ressaltou que o direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional.

Postula-se, nesta concepção, que a saúde deve levar ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade, o que não se materializa simplesmente pela sua fundamentalização, como formalização constitucional, sendo imprescindível que o Estado assuma uma política de saúde “consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitem efetivá-la”, garantindo o “controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população” (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, p. 10).

Em face destas considerações, afirma-se que a saúde é muito mais do que a ausência de doença e que o direito a ela é uma conquista social, abarcando a garantia do (1) trabalho em condições dignas, (2) da alimentação para todos, (3) da

moradia digna, (4) da educação e informação plenas, (5) da qualidade do meio-ambiente, (6) da participação social na organização, na gestão e no controle dos serviços e ações de saúde, (7) do repouso e do lazer, (8) de segurança, (9) do direito à liberdade e à livre expressão.

As limitações e os obstáculos ao desenvolvimento e à aplicação do direito à saúde foram identificados como estruturais, frutos da extrema estratificação de uma sociedade que era hierarquizada e que se caracterizava pela alta concentração de renda e da propriedade fundiária, ou seja, reflexo das desigualdades sociais e regionais existentes. Como decorrência deste processo, desenvolveram-se vicissitudes que, na área da saúde, originaram um modelo organizativo anárquico, pouco eficaz ou eficiente, com o predomínio do interesse das empresas centradas em atendimentos médicos e hospitalares (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, p. 14).

O Relatório referiu que os apontamentos já elencados seriam fruto (1) da não prioridade pelos governos anteriores do setor social, incluída a saúde, (2) de uma política de saúde não coincidente com os interesses dos usuários dos serviços, (3) da debilidade da organização da sociedade civil, com escassa participação popular na formulação e no controle das políticas de saúde; (4) de um modelo assistencial excludente, discriminatório, centralizador e corruptor; (5) da falta de transparência na aplicação de recursos públicos; (6) da inadequada formação de recursos humanos, técnica e social, associada a condições insatisfatórias de remuneração e trabalho; (7) do controle do setor de medicamentos e equipamentos pelas multinacionais; (8) da aplicação privilegiada de recursos públicos na rede privada de saúde; (9) da interferência clientelística no que se refere à contratação de pessoal e (10) da excessiva centralização das decisões e dos recursos em nível federal (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, pp. 14-15).

Portanto, todas as propostas da reestruturação do novo sistema de saúde pública no Brasil objetivavam solucionar tais problemas e é por isso que as características do SUS se mostram tão facilmente identificáveis, tais como a universalização da cobertura e do atendimento, a integralidade do sistema, a descentralização das ações e dos serviços e a indispensável participação social.

Quanto à reestruturação do sistema nacional de saúde, ressalta o Relatório que devia resultar na criação de um sistema único de saúde que, efetivamente,

representasse a construção de um novo arcabouço institucional, separando totalmente saúde e previdência.

Além disso, em cada esfera governamental (união, estados e municípios), esse novo sistema deveria ser coordenado por um único órgão, especialmente concebido para tal fim. O sistema a ser criado deveria reger-se por princípios de três espécies: (1) relativos à organização dos serviços, (2) referentes às condições de acesso e (3) qualidade e os relacionados à política de recursos humanos.

O objetivo principal a ser perseguido não era outro senão o Sistema Único de Saúde, com expansão e fortalecimento do setor estatal nos três níveis, rompendo com a centralização que até então caracterizava o sistema de saúde, num aumento de poder político, administrativo e financeiro de Estados e Municípios (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, pp. 18-20).

Como desdobramento imediato da 8ª Conferência, resultou a criação de um conjunto de trabalhos técnicos desenvolvidos pela Comissão Nacional de Reforma Sanitária que, sintetizando as ideias fundamentais da Conferência, definiu os princípios da reforma, já explicitados, e influenciou, como instrumento político e ideológico, a Nova República. Dessa forma, sinalizava-se, para o governo, a necessidade de mudanças, em que pese, conforme revela Moretto, a influência de setores conservadores e da resistência, notadamente no INAMPS, pela perda do controle central (MORETTO, 2002, p. 38).

Ainda no que concerne a tal temática, o Relatório determinou a criação de um novo Conselho Nacional de Saúde e de conselhos de saúde em níveis municipal, regional e estadual, o que reforça a ideia, sempre presente, da necessidade da participação social na concretização da Reforma Sanitária e na condução do Sistema Único de Saúde. Assim sendo, considerou-se indispensável garantir o acesso da população às informações necessárias ao controle social dos serviços, por meio da constituição de um Sistema Nacional de Informação. Para dar cabo de tais objetivos, os participantes da 8ª Conferência propuseram a criação do Grupo Executivo da Reforma Sanitária, que tinha também por missão dar subsídios à Assembleia Nacional Constituinte, criando as bases para a realização da Reforma Sanitária Nacional (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, p. 25-26).

Quanto ao financiamento do setor de saúde, do Relatório, ressalta-se a

determinação para que fosse constituído um orçamento social, englobando recursos destinados às políticas sociais dos diversos ministérios e aos distintos fundos sociais, cabendo à saúde uma parcela de recursos que constituiriam o fundo único federal de saúde (atualmente, Fundo Nacional de Saúde – FNS), o mesmo ocorrendo em níveis estadual e municipal. Os fundos deveriam ser geridos, em cada nível, mediante a participação colegiada de representantes de órgãos públicos e da sociedade organizada.

Neste sentido, reconheceu-se a necessidade de uma profunda reforma tributária que possibilitasse, entre outras coisas, uma justa distribuição de recursos, levando-se em consideração não apenas o contingente populacional de cada região e a sua arrecadação fiscal, mas também as condições de vida e de saúde da região (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, p. 26-29), o que significava, portanto, a observância do critério aristotélico de igualdade, Segundo o qual deve se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Os trabalhos feitos pela Comissão resultaram na implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde nos Estados – SUDS, promulgado pelo Decreto 94.657, de 20 de julho de 1987. Este decreto, estruturado em quatro artigos, bastante concisos, firmava que a criação do SUDS tinha como objetivo contribuir para a consolidação e o desenvolvimento qualitativo das AIS, sendo implantado e executado de acordo com as diretrizes aprovadas pelo Presidente da República. Determinava, ainda, que o Ministério da Saúde e da Previdência Social baixassem portarias acerca das instruções necessárias à execução do SUDS, fazendo-o em conjunto quando se tratasse de interesse de ambos os Ministérios (BRASIL, 2014a).

O momento político de elaboração da Constituinte de 1988 assegurou o espaço democrático para a negociação e a possibilidade de garantir o SUS na Constituição Federal que, em seus artigos 196, 197 e 198, incorporou as propostas originais da Reforma Sanitária, sintetizadas na 8ª CNS, regulamentando-as por meio das Leis 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Ressalte-se, dessa maneira que somente com a promulgação da nona Constituição Brasileira, em 1988, foi reconhecido o direito à saúde enquanto direito de todos.

3.3 Marcos normativos do direito à saúde no Brasil

Pretende-se, neste item, traçar um panorama geral sobre os principais marcos normativos que se referem ao direito à saúde no Brasil, iniciando pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, que dá origem ao Sistema Único de Saúde. Tal sistema foi regulamentado, em 1990, pelas Leis 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e pela Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área.

Além destes instrumentos normativos, são também abordados o Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei 8.080/90 e a Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o parágrafo terceiro do artigo 198 da Constituição Federal, com as modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 29/2000, notadamente no que pertine à definição de ações e serviços públicos de saúde.

3.3.1 A instituição do Sistema Único de Saúde: a Constituição da República Federativa do Brasil

Como já asseverado alhures é somente a partir da CRFB/88 que, no Brasil, se reconhece a saúde como direito fundamental social de todos, sendo instituído o Sistema Único de Saúde com o fito de coordenar e integrar ações e serviços de saúde nas três esferas governamentais. Nas palavras de Vasconcelos e Pasche,

[...] o SUS é o arranjo organizacional do Estado brasileiro que dá suporte à efetivação da política de saúde no Brasil, e traduz em ação os princípios e diretrizes desta política. Compreende um conjunto organizado e articulado de serviços e ações de saúde, e aglutina o conjunto das organizações públicas de saúde existentes nos âmbitos municipal, estadual e nacional, e ainda os serviços privados de saúde que o integram funcionalmente para a prestação de serviços aos usuários do sistema, de forma complementar, quando contratados para tal fim (VASCONCELOS; PASCHE, 2006, p. 531).

O SUS vem disciplinado na CRFB/88 no Título oitavo – Da Ordem Social, Capítulo Segundo – Da Seguridade Social, Seção II – Da Saúde, por meio dos artigos 196 a 200. A seção é inaugurada com o reconhecimento expresso de que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que sua garantia dar-se-á mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, determinando que a todos seja garantido o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços necessários à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

O constituinte conferiu aos serviços e às ações de saúde o *status* de publicamente relevantes e determinou a competência do Poder Público em dispor sobre a sua regulamentação, a fiscalização e o controle. Em continuidade, estabeleceu que a sua execução deveria ser feita diretamente ou através de terceiros e, ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Também consta do texto constitucional que as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único organizado mediante as seguintes diretrizes: (1) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (2) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e (3) participação da comunidade.

Nitidamente, verifica-se que as pretensões da reforma sanitária, no sentido de que fosse instituído um sistema regionalizado, unificado e descentralizado de ações e serviços de saúde, contando com a universalização de atendimento e cobertura, hierarquização e integralidade, bem como com mecanismos participativos, encontrou eco na Assembleia Constituinte, tendo o Sistema Único de Saúde brasileiro se emoldurado ao que se julgou ser a melhor forma para assegurar saúde a todos, muito porque a proposta inicial do texto constitucional no que respeitava à saúde foi elaborada pela Comissão Nacional de Reforma Sanitária, que contava, como já assinalado, com uma farta gama de representantes da sociedade civil organizada e, mais ainda, com profissionais e técnicos em saúde, além de integrantes de vários órgãos governamentais (REZENDE; TRINDADE, 2003, p. 59).

A CRFB/88 assevera que o financiamento do SUS é feito por toda a sociedade, de forma direta e indireta, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras

fontes. Em 13 de setembro de 2000, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 29, instituiu-se a obrigação dos entes federados em aplicar, anualmente, em ações e serviços de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais sobre variação do Produto Interno Bruto – PIB (União) ou sobre receita corrente líquida (demais entes), em percentuais que deveriam ser estabelecidos por Lei Complementar reavaliada a cada cinco anos.

Somente em 2012 editou-se lei complementar regulamentando as disposições trazidas pela EC 29/2000. Trata-se da Lei Complementar número 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o parágrafo terceiro do artigo 198 da CRFB/88 para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, estados, Distrito Federal e municípios em ações e serviços de saúde, estabelecendo critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas governamentais, revogando, ainda, alguns dispositivos legais.

Ainda que muito se tenha esperado deste diploma legal, não há que se falar em inovação, dado que por meio dele foram mantidos os mesmos percentuais previstos no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Assim, à União compete investir em ações e serviços de saúde o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido minimamente do percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual; aos Estados e ao Distrito Federal, compete investir 12% de sua receita; e aos Municípios, 15% de sua receita.

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada que pode participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, sendo vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, do mesmo modo que é vedada a participação, direta ou indireta, de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país. Obviamente, também restou vedada qualquer tipo de comercialização relativa à remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, o processamento e a transfusão de sangue e seus derivados.

Por fim, atribuiu a Constituição ao SUS as seguintes, dentre outras, atribuições: (1) controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de

interesse para a saúde e participação da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; (2) a execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; (3) a ordenação, a formação de recursos humanos na área de saúde; (4) a participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (5) o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; (6) a fiscalização e a inspeção de alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como de bebidas e águas para consumo humano; (7) a participação no controle e na fiscalização da produção, do transporte, da guarda e da utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e (8) a colaboração na proteção do meio ambiente, nele, compreendido o do trabalho.

Rezende e Trindade (2003, p. 59) asseveram que, embora se reconheça que na elaboração do texto constitucional nem sempre foi possível contar com a melhor técnica legislativa ou mesmo com a melhor redação, em virtude da impossibilidade de uma ampla participação dos operadores do direito no processo de elaboração de suas normas, a legitimidade do processo constituinte e do movimento pela reforma sanitária, especificamente no que pertine à saúde, constitui-se na melhor garantia da operacionalização de seus ideais, entendidos como princípios e diretrizes.

Para tais autores, os princípios constituem-se na origem da concepção de um sistema e nos fundamentos da ação administrativa. Em sua dicção,

Arquitetar e sistematizar os princípios do SUS significou construir uma metodologia em que se analisavam os mais variados aspectos das ações e serviços de saúde existentes, tais como a sua concepção, o modelo de gestão adotado, a ideologia dominante para a sua organização. Para cada situação-problema identificada, do ponto de vista mais geral, adotavam-se 'expressões' que davam sentido às principais idéias-força unificadoras dos ideais que fizeram acontecer, em 1986, a 8a Conferência Nacional de Saúde e, a estas sínteses, chamavam-se princípios. [...] Os debates apontavam para que os princípios e diretrizes do SUS significassem quase 'por si', o novo projeto para a política de saúde para o Brasil (REZENDE; TRINDADE, 2003, p. 60).

Viu-se que a Constituição trouxe, expressamente, o que considera as diretrizes do SUS (artigo 198). Não se reportou, entretanto, de forma semelhante no que concerne aos princípios. A despeito disso, é possível afirmar que traz princípios

não explicitados como tais, sendo eles (1) o princípio da saúde como direito de todos e dever do Estado (artigo 196, primeira parte); (2) o princípio da regionalização e da hierarquização dos serviços e das ações de saúde (artigo 198, primeira parte); e (3) o princípio da unicidade do SUS (artigo 198, última parte)³⁰. Convém ressaltar que estes mesmos princípios encontram-se explicitados pela Lei 8.080/90, conforme se verá adiante.

3.3.2 A Regulamentação das Ações e Serviços de Saúde: A Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990

Este item consiste na apresentação do SUS a partir de suas normas regulamentadoras, e é mister consignar que serão delineadas apenas as disposições consideradas essenciais para compreensão geral do sistema e que dizem mais de perto aos objetivos deste trabalho. Refreou-se, portanto, o ânimo de uma descrição e análise pormenorizadas de cada artigo da Lei.

A Lei 8.080/90, designada juntamente com a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990 como Lei Orgânica da Saúde – LOS, surgiu no cenário nacional quase dois anos depois que foi instituído o SUS e deixou clara a sua função, já no artigo primeiro de sua disposição preambular: “regular, em todo território nacional, as ações e os serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.” (BRASIL, 1990)

Importa asseverar que o reconhecimento da saúde enquanto direito de todos e dever do Estado, ou seja, sua configuração como direito subjetivo, em fundamental social, não exclui, para a Lei 8.080/90, o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade, razão pela qual expressa tal reconhecimento ainda nas suas disposições gerais. No artigo 2º, ao reconhecer o dever do Estado nesta seara, o explicita enquanto dever de garantia consistente na formulação e na execução de políticas públicas econômicas e sociais que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso

³⁰ Divergem alguns doutrinadores dessa classificação, entendendo como princípios constitucionais da saúde a universalidade, a equidade e a integralidade. A este respeito, veja-se, por exemplo (COSTA; CARBONE, 2004)

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

A par disto, também há, nesta Lei, o entendimento de que a saúde encontra-se relacionada com fatores mais amplos do que simplesmente a ausência de doenças, convergindo ainda com os conceitos de saúde propostos pela OMS e pelo MRS. Os fatores determinantes e condicionantes da saúde são, segundo disposto no artigo terceiro, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, bem como as ações que objetivem garantir às pessoas e à coletividade condições de bem estar físico, social e mental, expressamente reconhecendo que os níveis de saúde populacionais expressam a organização econômica e social do País.

No que compete à constituição do SUS, esta se dá, segundo artigo quarto, pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas das três esferas governamentais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições, em todos os níveis, de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive, de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Os objetivos do SUS são determinados no artigo quinto e constituem-se (1) na identificação e na divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; (2) na formulação de política de saúde destinada a promover, econômica e socialmente, a redução de doenças e outros agravos, bem como estabelecer condições assecuratórias do acesso universal e igualitário das ações e dos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

As demais atribuições do SUS configuram-se em lista vastíssima, previstas no artigo sexto, do que se destaca a execução de ações de vigilância sanitária, a participação na formulação na política e na execução de ações de saneamento básico, a colaboração na proteção do meio ambiente, inclusive o do trabalho, a formulação da política de medicamentos, entre outras.

Todas as ações e os serviços de saúde que integram o SUS devem ser desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas pelo artigo 198 da CRFB/88, quais sejam: descentralização, integralidade de atendimento e participação da

comunidade.

Além disso, precisam obedecer aos seguintes princípios: (1) universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; (2) integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (3) preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; (4) igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; (5) direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; (6) divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; (7) utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; (8) participação da comunidade; (9) descentralização política e administrativa, com direção única em cada esfera de governo, com ênfase na descentralização dos serviços para o município (municipalização) e regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; (10) integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; (11) conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de assistência à saúde da população; (12) capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e (13) organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Pode-se declarar, então, que a Lei 8.080/90, ao estabelecer que as ações e os serviços de saúde deveriam obedecer, além das diretrizes constitucionais, a determinados princípios, vinculou um termo ao outro, reforçando, para a saúde, a expressão conjunta “princípios e diretrizes”, utilizando-os em sentido complementar. Assim, é que, para alguns, princípios e diretrizes são adotados como sinônimos, enquanto que, para outros, princípios referem-se à política de saúde em si, considerando como a organização da atenção à saúde propriamente dita, e diretriz refere-se ao modo como deve ser feita a gestão do sistema de saúde (REZENDE; TRINDADE, 2004, p. 61). É nesta direção o posicionamento de Massa-Arzabe:

A doutrina jurídica até o momento parece ainda não ter estabelecido uma distinção clara entre princípio e diretriz, mas o legislador pátrio de políticas sociais utiliza de maneira geral a expressão ‘diretriz’ para estabelecer parâmetros de operacionalização da política, como a

descentralização político- administrativa, a participação da sociedade civil organizada, por meio dos conselhos, na formulação das políticas e no controle das ações, a primazia da responsabilidade do Estado na condução da política [...] Enquanto as diretrizes atribuem os eixos operacionais de atuação, os princípios conferem o influxo ético-jurídico com que esta atuação deve se dar, como, por exemplo, [...] 'a integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos em cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema' [referindo-se ao artigo 7º, II, da Lei 8.080/90] (MASSA-ARZABE; 2006, pp. 65-66).

Reforçando a ideia de complementaridade entre diretriz e princípio, ou seja, entre organização da saúde e o modo pelo qual deve ser feita a sua gestão (e, portanto, o entendimento de que tais expressões seriam sinônimas), note-se que as três diretrizes previstas pelo artigo 198 da CRFB/88 estão elencadas como princípios pelo artigo sétimo da Lei 8.080/90. De tal sorte, não se deixa margem a dúvidas sobre a importância dada às questões que envolvem a descentralização, a integralidade de atendimento e a participação da comunidade na implementação do SUS.

A descentralização dos serviços e as ações de saúde com direção única em cada esfera do governo tornam-se explícitas no artigo nono da Lei 8.080/90 que prevê, seja no âmbito da União a direção do SUS exercida pelo Ministério da Saúde, seja no âmbito dos Estados e do Distrito Federal pela respectiva Secretaria de Saúde (ou órgão equivalente) e, no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

No que pertine às atribuições de cada um dos entes federados, também cuidou a dita Lei, estabelecendo atribuições comuns a todos, como a de definir as instâncias e os mecanismos de controle, avaliação e fiscalização das ações e serviços de saúde, a de organizar e coordenar o sistema de informação da saúde e a de administrar os recursos orçamentários e financeiros destinados, a cada ano, à saúde. Já no que concerne à competência, entendeu por bem o legislador definir competências próprias para cada ente, fazendo-o por meio dos artigos 16, 17 e 18.

A título exemplificativo, compete à União a formulação, a avaliação e o apoio de políticas de alimentação e nutrição, assim como definir e coordenar os sistemas de vigilância epidemiológica e sanitária, elaborar normas para regular as relações entre o SUS e os serviços privados contratados de assistência à saúde.

Aos governos estaduais compete, por exemplo, promover a descentralização para os Municípios dos serviços e ações de saúde, coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de vigilância epidemiológica e sanitária; prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde.

Aos municípios, por sua vez, compete planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde, executar serviços de vigilância sanitária, epidemiológica, de saneamento básico, de alimentação e nutrição e de saúde do trabalhador, entre outras.

Em linhas gerais, a municipalização da saúde consiste em atribuir aos municípios o papel de gestor do Sistema Municipal de Saúde, com a garantia de repasse de recursos financeiros em quantidades suficientes, objetivando juntamente com a regionalização - ações em rede entre municípios próximos -, tornar a resolubilidade do Sistema mais acessível para cada usuário SUS. Neste sentido, pertinente a abordagem de Carvalho e Santos, para quem:

A municipalização das ações e serviços de saúde é o grande avanço do SUS porque efetiva a descentralização política, que é a base do federalismo. E mais que isso: enseja um novo modelo de gestão social participativa que, de várias formas e em diferentes graus de consistência política, vem sendo institucionalizado em alguns países e, entre nós, em alguns estados e muitos municípios. Esse novo enfoque da municipalização dos serviços e ações de saúde virá consubstanciar, na prática, uma produtiva e rica parceria governo-comunidade, que favorece ainda o controle social das ações do poder público e abre o caminho para um novo pacto federativo, influenciado pela solidariedade política e voltado para o êxito social (CARVALHO; SANTOS, 2002, p. 85-86).

Asseveram Sarlet e Figueiredo (2012, p. 43) o liame entre a estrutura constitucional do SUS e o princípio federativo, com a peculiaridade brasileira de um terceiro nível de poder formado pelos municípios, razão pela qual a municipalização é a principal forma pela qual se densificam as diretrizes de descentralização e regionalização do SUS.

No que toca à gestão financeira do sistema, gize-se o disposto no artigo 33 da Lei 8.080/90, que determina sejam os recursos financeiros do SUS depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

O artigo 35 do mesmo diploma legal por sua vez, determina a forma pela qual são estabelecidos os valores a serem transferidos aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios. A definição destes valores dá-se pela combinação dos seguintes critérios, de acordo com a análise técnica de cada projeto ou programa: (1) perfil demográfico da região; (2) perfil epidemiológico da população a ser coberta; (3) características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; (4) desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; (5) níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais; (6) previsão do plano quinquenal de investimentos da rede; (7) ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

No que tange a estados e municípios sujeitos a notório processo de migração, os critérios demográficos serão ponderados entre outros indicadores de crescimento populacional, em especial, o número de eleitores registrados.

Os recursos financeiros do SUS devem ser depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação e sua movimentação se dá com a participação, ainda que teoricamente, da comunidade, na medida em que deve ser feita sob a fiscalização dos respectivos conselhos, que contam com representação paritária dos usuários em relação ao conjunto dos demais segmentos (representantes do governo, prestadores de serviços e profissionais de saúde). Assim configurado, torna-se concreto, a exemplo da municipalização, o princípio da participação da comunidade previsto no artigo 198 da CRFB/88 e da diretriz, neste mesmo sentido, proposta pela Lei em seu artigo sétimo.

Cumprе mencionar que os anos de 2011 e 2012 foram bastante relevantes no que tange às determinações legais relativas à saúde no Brasil, com a edição de vários dispositivos de significativa importância, como é o caso da LC 141 e do Decreto 7.508, que serão objeto de estudo nos próximos itens. Assim, além destes, a própria Lei 8.080 sofreu alterações por meio de dois instrumentos normativos: (1) a Lei 12.466, de 24 de agosto de 2011, que lhe acrescentou os artigos 14-A e 14-B, que dispõem sobre as comissões intergestoras do SUS; os Conselhos Nacionais de Secretários de Saúde (CONASS), e o de Secretarias Municipais (CONASEMS) e, (2) a Lei 12.401, de 28 de abril de 2011, que lhe adicionou os artigos 19-M, 19-N, 19-O, 19-P, 19-Q, 19-R, 19-S; 19-T e 19-U, dispondo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS.

Com a edição da primeira lei alteradora (12.466/2011), as Comissões Intergestores Bipartite (CIB) e Tripartite (CIT) são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do SUS. A atuação destas Comissões tem por objetivo (1) decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada nos planos de saúde aprovados pelos Conselhos de Saúde; (2) definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados; e, (3) fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados.

Além disso, reconhece-se o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde, declarando-os como de utilidade pública e de relevante função social.

A tais entidades, destinam-se recursos do orçamento geral da União por meio do Fundo Nacional de Saúde, visando auxiliá-los no custeio de suas despesas institucionais, sendo-lhes dada a capacidade de celebrar convênios com a União. Por fim, se reconhece os Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (COSEMS) como entidades representativas dos entes municipais em âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao CONASEMS, na forma de seus estatutos.

A lei veio então, reconhecer o papel que, na prática, tais conselhos já exerciam, o que, ao que nos parece, contribui para a gestão entre os gestores do Sistema.

No que tange à assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde, abarcada pelas alterações introduzidas pela Lei 12.401/2011, há explicitação do que se considera assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, ou seja: (1) dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em

protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta de protocolo, em conformidade com a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) que pode ser suplementada em âmbito estadual e municipal, pelas respectivas relações de medicamentos instituídas no âmbito de cada Estado ou Município, com pactuações acerca de seu fornecimento definidas nas CIT e CIB e, (2) oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes das tabelas aprovadas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Também a lei traz definições que são bastante relevantes, como quais são os produtos de interesse para a saúde (órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos) e que se entende por protocolo clínico e diretriz terapêutica, ou seja, documentos que deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde, bem como aqueles indicados em caso de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

A nova redação da Lei 8.080/90 cria a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC), que visa assessorar o Ministério da Saúde acerca da incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica. Interessante referir que tais incorporações, exclusões e alterações serão efetuadas mediante instauração de processo administrativo, a ser concluído, em regra, em 180 (cento e oitenta dias), observando determinações especiais que incluem a realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela CONITEC e, o que nos parece o mais importante, a realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento. A realização de audiência pública é mais um instrumento que evidencia a diretriz da participação da comunidade no SUS.

Pela nova redação desta Lei, restou vedada, em todas as esferas da gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), bem como os relativos à medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro neste órgão.

Obviamente que recentes decisões judiciais têm desconsiderado tal dispositivo, o que, em nosso sentir, é um problema que precisa ser melhor dimensionado para ser devidamente solucionado.

Por fim, ressalte-se que a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos relativos à assistência terapêutica integral será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite, o que significa o reconhecimento da realidade econômico-social de cada ente federado.

Feitas tais considerações sobre a Lei 8.080/90, vejamos alguns aportes genéricos sobre seu Decreto regulamentador.

3.3.3 O Planejamento da Saúde, A Assistência a Saúde e a Articulação Interfederativa: O Decreto 7.508, de 28 de Junho de 2011 e a Regulamentação da Lei 8.080/90

Como já asseverado, o ano de 2011 foi de grande valia para a legislação em saúde no Brasil, com a edição de normas muito importantes, como é o caso do Decreto que regulamenta a Lei 8.080/90, qual seja, Decreto 7.508/2011, que dispõe sobre o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa. Sobre ele, então, façamos breves comentários, contribuindo para a visão (generalista) que se pretende dar ao leitor acerca do sistema de saúde brasileiro.

O Decreto 7.508/2011 traz definições importantes sobre o que sejam regiões de saúde, portas de entrada, comissões intergestores, mapa da saúde, rede de atenção à saúde, serviços especiais de acesso aberto, protocolo clínico e diretriz terapêutica (definição esta reproduzida pela LC 141/2012), inovando na criação de uma nova espécie contratual: o Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde (COAPS), entendido como um acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, recursos financeiros que serão disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais

elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

Por este diploma legal tem-se que o SUS é constituído pela conjugação das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde executados pelos entes federativos, de forma direta ou indireta, mediante a participação complementar da iniciativa privada, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada.

O processo de planejamento da saúde, segundo o Decreto, se dará de forma ascendente e integrada, partindo do nível local e chegando até o federal, a fim de se compatibilizar, por meio dos planos de saúde, entendidos como resultado de planejamento integrado, as necessidades das políticas de saúde com a disponibilidade de recursos financeiros. Neste processo de planejamento, serão ouvidos os Conselhos de Saúde dos respectivos entes federados.

Uma importante questão relativa à integralidade da assistência à saúde se dá por meio da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). A RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde e a RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

A competência para dispor sobre a RENASES é do Ministério da Saúde, que deverá observar as diretrizes pactuadas pela Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e, a cada dois anos, a consolidará e publicará suas atualizações. Um ponto que merece destaque se refere ao compartilhamento das responsabilidades em relação ao rol de ações e serviços constantes da RENASES: A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios pactuarão nas respectivas Comissões Intergestores suas responsabilidades neste aspecto. Daí que cada ente federado, à exceção da União, poderá adotar relações específicas e complementares de ações e serviços, em consonância com a RENASES, respeitadas, claro, as responsabilidades dos entes pelo financiamento destas relações, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

No que concerne à RENAME, esta será sempre acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional (FTN), que subsidiará a prescrição, a dispensação e o uso dos seus medicamentos, sendo o Ministério da Saúde o órgão competente para dispor

sobre esta Relação e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela Comissão Intergestores Tripartite. A RENAME, o respectivo FTN e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, a exemplo da RENASES, também serão consolidados e atualizados a cada dois anos pelo Ministério da Saúde, responsável também por suas publicações. Do mesmo modo, os entes federados, à exceção da União, poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

Determina o Decreto 7.508/2011, que assistência farmacêutica deve ser acessível universal e igualitariamente, pressupondo (1) estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; (2) ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; (3) estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos e, (4) ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Outra inovação trazida pelo Decreto refere-se à chamada articulação interfederativa, prevista em seu capítulo quinto. Essa articulação dar-se-á por meio das Comissões Intergestores, que pactuarão a organização e o funcionamento das ações e serviços de saúde integrados em redes de atenção à saúde, sendo a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), no âmbito da União, vinculada ao Ministério da Saúde para efeitos administrativos e operacionais, e a Comissão Intergestores Bipartite (CIB), no âmbito do Estado, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais. Quanto à Comissão Intergestores Regional (CIR), no âmbito regional, encontra-se vinculada à Secretaria Estadual de Saúde, para efeitos administrativos e operacionais, mas deve observar as diretrizes da CIB.

Considerando a importância destas Comissões para a operacionalização do sistema, elas serão tratadas em item próprio, na parte deste trabalho relativa ao federalismo sanitário, do que se ocupa o próximo capítulo.

3.3.4 A participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e as Transferências Intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde: a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990

A lei 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências, foi editada tendo em vista os vetos recebidos pela Lei 8.080/90 em relação à participação da comunidade e ao repasse direto de recursos.

Em decorrência, em 31 de dezembro de 1990, entrou em vigor a Lei 8.142/90, constituída por sete artigos, o primeiro com redação praticamente idêntica ao revogado artigo 11 da Lei 8.080/90, determinando que o SUS contasse, em cada esfera de governo, com duas instâncias colegiadas: a conferência de saúde e o conselho de saúde.

Segundo determina o parágrafo primeiro deste artigo, a conferência de saúde deve reunir-se a cada quatro anos e contar com a representação dos vários segmentos sociais, a fim de que se possa avaliar a situação da saúde no Brasil e, a partir daí, propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes. Estipula-se, pois, que haverá conferências municipais, estaduais e nacionais de saúde, que serão convocadas pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por este ou pelo Conselho de Saúde.

Os Conselhos de Saúde também devem existir em cada esfera governamental e, em caráter permanente e deliberativo, constituem órgão colegiado que conta com a participação de representantes do governo, de prestadores de serviços, de profissionais de saúde e de usuários, conforme se verifica no § 2º do referido art. 1º da Lei 8.142/80. Os conselhos devem atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive, nos aspectos econômicos e financeiros. Suas decisões devem ser homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera governamental.

Também consta do artigo 1º da lei em comento que tanto o CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Saúde) quanto o CONASEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde) terão representação no Conselho

Nacional de Saúde (§ 3º) e que a organização e as normas das conferências e dos conselhos serão definidas em regimento próprio, aprovado pelo respectivo conselho (§ 5º).

A inovação, por assim dizer, deste artigo em relação ao revogado artigo 11 da Lei 8.080/90 ficou na determinação contida no § 4º. Tal dispositivo estabelece que a representação dos usuários, seja nos Conselhos, seja nas Conferências, será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos. Esta determinação parece ir ao encontro do reconhecimento do legislador constituinte (e, aqui, não se pode olvidar a influência do MRS referida, no capítulo anterior) da (1) saúde como direito de todos e, (2) da necessidade do controle social do sistema de saúde, porque, ao criar o SUS destinado a totalidade dos cidadãos, reconhece a necessidade de que, quem dele faça uso, possa, em igualdade de condições com prestadores de serviços, técnicos e o próprio governo, não só avaliá-lo, mas também propor diretrizes para o seu efetivo funcionamento.

Por esta razão, faz-se necessário esclarecer que, seguindo essa lógica, embora todos sejam potencialmente usuários do SUS, a intenção do legislador foi conceituar a categoria dos usuários por exclusão, a fim de que só possa ser considerado usuário aquele que não detenha condições (habilitação, qualificação, vínculo, dependência ou comunhão de interesses) com qualquer dos demais setores que compõem o conselho. Em face desta restrição, evita-se o risco provável de ver-se, na categoria dos usuários, um médico, o sócio de um estabelecimento de serviços de saúde ou mesmo um servidor público, ou seja, algum detentor de vínculo, dependência ou comunhão de interesses incompatível com a representação dos usuários (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 253).

Vê-se, portanto, que a diretriz constitucional da participação comunitária traduziu-se na criação das aludidas conferências e conselhos, claramente concebidos como mecanismos de viabilização da participação popular³¹ na organização do SUS, a qual, na dicção de Carvalho e Santos, é “a expressão mais viva da participação da sociedade nas decisões tomadas pelo Estado no interesse geral, ou seja, da participação popular no exercício do poder político” (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 244), decorrência própria do estado democrático de direito.

³¹ Sobre distinções entre participação popular e participação social, veja-se o texto VALLA (1993, pp. 61-90).

Finalmente, em conformidade com Conh (2009), embora o controle social dê-se de forma cada vez mais consolidada nos espaços institucionais previstos em lei, e que são os Conselhos de Saúde existentes em âmbito nacional, estadual e municipal, estudos sobre a dinâmica de funcionamento destes conselhos

demonstram que sua efetividade e eficácia quanto à sociedade aí exercer a representação de seus interesses e que essa representação diga respeito a conjunto de interesses mais gerais de grupos e/ou segmentos sociais mais amplos são muito diferenciadas, impedindo que se afirme categoricamente que a existência de per si desses colegiados de fato garanta maior concretização das políticas de saúde. Sem dúvida, eles constituem um instrumento valiosíssimo para o exercício da negociação entre Estado e sociedade civil no que diz respeito às diretrizes implementadas pelas políticas de saúde; mas necessariamente não se constituem em espaços efetivos de negociação de diferentes interesses em jogo. (COHN, 2009, p. 44)

Tal posição vai ao encontro da advertência de Vasconcelos e Pasche, no sentido de se reconhecer que o desempenho dos conselhos de saúde (e, a nosso ver, das conferências) está condicionado pela organização da sociedade civil em cada contexto, razão pela qual pode ou não exercer, de fato, as prerrogativas que lhe são atribuídas em lei, eis que, em muitos locais, ocorre manipulação política em sua composição e no funcionamento, em claro comprometimento à sua representatividade (VASCONCELOS; PASCHE, 2009, p. 547).

A questão das transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde está definida nos artigos terceiro a quinto da Lei 8.142/90, restando estabelecido que tal ocorrerá de forma regular e automática para os municípios, estados e Distrito Federal, conforme critérios estabelecidos no artigo 35 da Lei 8.080/90.

Importa referir que, desde a CRFB/88, ficou estabelecido que União, estados, Distrito Federal e municípios são responsáveis pelas ações e pelos serviços de saúde, na forma do que estabelece a Lei 8.080/90, dada a unicidade conceitual do sistema de saúde prevista no texto constitucional. Sob tal perspectiva, tais esferas estão em pé de igualdade, porque cada qual tem a sua competência determinada pela Constituição, inferindo-se, conseqüentemente, que a (1) descentralização estabelecida pelo texto constitucional é essencialmente política (ou política e administrativa) e, (2) sendo política, tem por dever concretizar-se sem nenhum entrave, requisito ou pressuposto administrativo.

Já o artigo terceiro prescreve que os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS), alocados como cobertura das ações e dos serviços de saúde, a serem implementados pelos municípios, estados e Distrito Federal, serão repassados de forma regular e automática para tais entes, desde que preencham os requisitos previstos no parágrafo quarto, quais sejam, contem com fundo de saúde, conselho de saúde, plano de saúde, relatório de gestão, contrapartida no orçamento e plano de carreira, cargos e salários.

Neste aspecto, é importante frisar que a obrigatoriedade de transferência dos recursos, contemplada tanto pela Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000, quanto pela Lei Complementar 101, de quatro de maio de 2000, já era prevista pelo Decreto 1.232, de 30 de agosto de 1994, que dispõe sobre as condições e a forma de repasse regular e automático de recursos do FNS para os fundos de saúde estaduais, municipais e do Distrito Federal.

A questão das transferências intergovernamentais guarda estreita relação com a descentralização das ações e dos serviços de saúde, diretriz e princípio do SUS, como visto em item anterior, afigurando-se essencial para a implantação do próprio sistema de saúde. Neste diapasão, convém lembrar que

Uma das grandes reivindicações democráticas dos anos de 1970 e 1980 consistia na descentralização das políticas públicas. A avaliação unânime de que a excessiva centralização decisória do regime militar havia produzido ineficiência, corrupção e ausência de participação no processo decisório conduziu a um grande consenso – que reunia, na verdade, correntes políticas à esquerda e à direita – em torno das virtudes da descentralização. Esta última – esperava-se – produziria eficiência, participação, transparência, accountability, entre outras virtudes esperadas da gestão pública. Assim, no Brasil dos anos de 1980, centralização e autoritarismo eram ambos encarados como filhos da ditadura, ao passo que descentralização, democratização do processo decisório e eficiência na gestão pública andariam automaticamente juntas (ARRETCHE, 2002, p. 01).

A descentralização da gestão do sistema de saúde é considerada uma das experiências mais bem sucedidas de descentralização no campo da gestão pública no país, por conta das características e das dimensões em que foi operada (VASCONCELOS; PASCHE, 2009, p. 59). Esse processo descentralizador ocorreu, como visto, por meio da municipalização da saúde e contou com a participação popular.

Entretanto, reconhece-se que tal processo ainda não está, de fato, efetivado, sendo (ainda) o grande desafio do SUS a promoção de mudanças na organização dos serviços e nas práticas assistenciais para assegurar o acesso e melhorar a qualidade do cuidado em todos os níveis de atenção (VASCONCELOS; PASCHE, 2009, p. 558). As formas para efetivação do SUS desde a edição das Normas Operacionais Básicas (NOBs) até os Pactos pela Saúde realizados entre os entes federados serão trabalhados em item específico, no capítulo destinado ao federalism sanitário.

Feitos tais destaques, sempre muito pontuais e considerando os limites propostos para este trabalho, reputa-se importante tratar especificamente das ações e dos serviços públicos de saúde, meios pelos quais a população conta com efetivo atendimento do Estado, visando à promoção, à proteção e à recuperação de sua saúde, tema do qual se ocupa o próximo subitem, tudo com vistas à análise legal da estrutura do sistema, do que decorre o federalismo sanitário.

3.3.5 Das Ações e Serviços Públicos de Saúde: Da Constituição à Lei Complementar 141/2012

Restando consignado o direito à saúde como direito fundamental social, compete ao Estado (embora não somente a ele) prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, mediante a formulação e a execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços necessários à sua promoção, à proteção e à recuperação. Princípie-se a análise, cujo objetivo é determinar o que são e quais são os serviços (e ações) de saúde, a partir da noção própria de serviço público. Para tal desiderato, opta-se por uma breve revisão de literatura acerca do conceito de serviço público, iniciando pelas considerações de Lima, para quem:

Serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade, prestado aos componentes aquela, direta ou indiretamente pelo Estado ou outra pessoa administrativa. A condição existencial, relativamente à sociedade, pela qual o serviço público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se sub-sume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade, como bem em si mesma (LIMA, 1965, p. 29).

Do conceito, extrai-se, portanto, a ideia de utilidade. Expresso de outra forma, serviço público é aquele que, além de prestado pelo Estado, direta ou indiretamente, é útil ao indivíduo, guardando relação de essencialidade com bem individual, coletivo ou da sociedade, em si mesma considerada³². A utilidade dos serviços públicos de saúde sequer há de ser cogitada, bem como o dever estatal de sua prestação, dado o comando constitucional vigente.

Especificamente relacionando serviços públicos e direitos fundamentais, veja-se a definição de serviço público trazida por Justen Filho, para quem este se constitui em uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou não, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito public (JUSTEN FILHO, 2005, p. 478).

Sendo a saúde um direito fundamental, indiscutível a necessidade da atividade pública administrativa para a sua satisfação, ou, *in casu*, para a sua promoção, proteção e recuperação. Ressalve-se, pois, ainda que o texto constitucional não tivesse explicitado serem as ações e os serviços de saúde deveres do Estado, a simples leitura dos conceitos anteriormente referidos já deixaria clarificada tal ideia. Ainda assim, preferiu o constituinte determinar como relevantes os serviços de saúde, como se encontra consignado no artigo 197 do texto constitucional em vigor. Desse modo, a atividade primordial da Administração Pública é, nos dizeres de Meirelles, oferecer utilidades aos administrados razão pela qual, citando Duguit, sua presença não se justifica senão para prestar serviços à coletividade (MEIRELLES, 2009, p. 316).

Cabe destacar que a doutrina pátria não comunga de um entendimento uniforme acerca do conceito de serviço público, ora fornecendo uma noção orgânica do que seja, considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora oferecendo uma visão formal, buscando identificá-lo por características externas. Em outros momentos, ainda, buscando uma definição de cunho material, procura

³² Não se propõe, aqui, uma discussão sobre se o critério de utilidade é realmente suficiente para a caracterização do que seja serviço public, muito menos discussões que tratem das influencias francesa e norte-americana no que se ralcona a serviços públicos. A utilização do referido conceito justifica-se porque, para os propósitos deste trabalho, o termo se mostra adequado, notadamente quanto à ideia que se pretende seja apreendida: a de que o vocábulo útil signifique o que tem por objetivo servir a um fim determinado. Assim o service public de saúde serve para um fim: o de promover, proteger re recuperar a saúde. Portanto, os serviços públicos de saúde, são, assim, úteis.

identificá-lo através de seu objetivo. Todas essas distinções são relevantes, mas não podem ser objeto do presente estudo, do mesmo modo que também não o podem as diversas classificações doutrinárias relativas aos serviços públicos. Dessa forma, elege-se, para os limites deste trabalho, o conceito de serviço público como resultado da mescla dos conceitos apontados, reconhecendo a sua utilidade, a essencialidade, a vinculação com direito fundamental e a prestação obrigatória pelo Estado, ainda que, no caso da saúde, a responsabilidade estatal possa ser compartilhada entre família, empresas e a própria sociedade, como explicitado pela Lei 8.080/90.

No que pertine ao que sejam, especificamente, as ações de saúde, não traz a doutrina sanitária nenhuma conceituação ou mesmo diferenciação dos serviços de saúde, sempre tratando ação e serviços como ideias complementares e (por que não?) indissociáveis, eis que o próprio texto constitucional sempre usa conjuntamente os dois termos.

De todo modo, parece ser possível considerar que ações de saúde relacionam-se com a ideia de programas e atitudes a serem desenvolvidas pelos governos, ao passo que serviço de saúde parece aludir mais à ideia de contraprestação específica e individualizada ao usuário do sistema único, especificamente considerado. Sob esta ótica, ao iniciar uma campanha para vacinação, o governo estaria praticando uma ação de saúde e, ao disponibilizar técnicos para, individualmente, proceder à vacinação de cada indivíduo, prestaria um serviço de saúde. De outra maneira, ao iniciar uma campanha para a realização de algum procedimento eletivo, estaria praticando uma ação de saúde; ao disponibilizar o técnico para execução do procedimento, praticaria um serviço de saúde.

Dada as implicações orçamentárias trazidas ao cenário político pela LC 101/00 (a chamada Lei da Responsabilidade Fiscal) e pela EC 29/00, os entes federados discutiam o que e quais eram as ações e os serviços de saúde, visto haver divergência de entendimento, por exemplo, entre os Auditores do Ministério da Saúde e os entes públicos recebedores das transferências financeiras da União³³.

Essa questão parece agora resolvida já que a LC 141/12, que regulamentou a

³³ A esse respeito o texto de Carvalho e Santos (2006, pp. 218 e ss.)

EC 29/00, trouxe, em seu capítulo segundo, o que são (e o que não são) ações e serviços públicos de saúde. De toda forma, e considerando nosso objetivo de realizar abordagens normativas, faremos uma retrospectiva do tema, até a edição da mencionada LC 141/12.

Começemos pelo texto constitucional. O artigo 196 da CRFB/88 assevera, entre outras coisas, que deve o estado desenvolver ações e prestar serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Em sentido lato, todas as ações e todos os serviços que tenham por escopo quaisquer destes fins são, em essência, ações e serviços públicos de saúde. Ainda, são considerados ações e serviços públicos de saúde todas as atividades que visem ao atendimento integral da população, atividades preventivas e serviços assistenciais, conforme se pode extrair do inciso segundo do art. 198 também do texto constitucional.

Por fim, a Constituição, em seu artigo duzentos, caracteriza como serviços públicos de saúde o controle e a fiscalização de produtos e substâncias relacionadas à saúde, a produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados ou outros insumos; atividades relativas à vigilância sanitária, epidemiológica ou atinentes à saúde do trabalhador; a formação de recursos humanos na área de saúde; o incremento ao desenvolvimento científico e tecnológico relacionado à saúde; a fiscalização e a inspeção de alimentos, bebidas e águas para consumo humano; o controle e a fiscalização da produção, do transporte, da guarda e da utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos.

As questões relacionadas ao saneamento básico e ao meio ambiente, embora expressamente constem do texto constitucional (e também da Lei 8.080/90), devem ser analisadas com parcimônia, visto que, ainda que sejam também tais áreas de interesse da saúde, não parece ser prudente se pensar que o financiamento de ações e serviços destinados à proteção do meio ambiente e à realização de saneamento básico deva ficar a cargo exclusivo da saúde. Sob tal compreensão, no que tange ao meio ambiente, a norma constitucional designa ao SUS o papel de colaborador e, no respeitante ao saneamento básico, confere-lhe o papel de partícipe. Como corolário destas definições, se verá logo adiante, o Conselho Nacional de Saúde, por meio de resolução, explicitou melhor quais são as ações e serviços de saúde relativos a estas searas.

A Lei 8.080/90 regula, em todo o território nacional, as ações e os serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, conforme determina seu artigo primeiro, ficando clara, portanto, a sua importância no que pertine a este item específico. Assinala o parágrafo primeiro de seu artigo segundo que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e na execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e, ainda, no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, a proteção e a recuperação. É a explicitação do que determina o artigo 196 do texto constitucional, como já se deve ter notado.

É possível identificar-se duas funções distintas do Estado: (1) formular e executar políticas econômicas e sociais visando à redução de doenças e outros agravos e (2) garantir acesso igualitário a ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Daí concluir-se que tais atividades configuram-se em ações e serviços de saúde.

O artigo quinto desta Lei elenca os objetivos do SUS: (1) identificar e divulgar fatores condicionantes e determinantes da saúde³⁴, quais sejam, alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer, acesso aos bens e serviços essenciais, entre outros, conforme artigo terceiro do mesmo diploma legal; (2) formular política de saúde; e (3) prestar assistência às pessoas; isso tudo é, por conseguinte, ação e serviço de saúde. O artigo seguinte – sexto – é uma explicitação do já disposto pelo artigo duzentos da CRFB/88, do que se pode considerar, então, seja um reforço do que já foi definido como sendo ação e serviço de saúde.

Ato seguinte, mencione-se a Resolução 322, de oito de maio de 2003 que, por meio de diretrizes, disciplinava o que seriam ações e serviços de saúde. Tal resolução foi editada considerando, entre outros fatores, a promulgação da EC/29 de 2000, que vinculou os recursos orçamentários da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a serem aplicados obrigatoriamente em ações e serviços públicos de saúde; sua autoaplicabilidade e a necessidade de esclarecimento conceitual e

³⁴ Sobre a identificação do que não são serviços de saúde no âmbito da Lei 8.080/90 veja o texto de CARVALHO, 2013)

operacional do texto constitucional, de modo a lhe garantir eficácia e viabilizar a sua aplicação até a aprovação da Lei Complementar a que alude o artigo 198 do texto constitucional.

Determinou a quinta diretriz desta Resolução que seriam ações e serviços públicos de saúde aqueles relacionados a programas finalísticos e de apoio, inclusive administrativos, que atendessem, simultaneamente, os seguintes critérios: (1) destinarem-se às ações e aos serviços de acesso universal, igualitário e gratuito; (2) estarem em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente federativo; (3) serem de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuem sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que com reflexos sobre as condições de saúde, e (4) serem financiados com recursos alocados por meio dos respectivos fundos de saúde.

A sexta diretriz rezava que, atendido ao disposto na Lei 8.080/90 e aos critérios já referidos, seriam considerados ações e serviços públicos de saúde os relativos à promoção, à recuperação e à reabilitação da saúde, incluindo: (1) vigilância epidemiológica e controle de doenças; (2) vigilância sanitária; (3) vigilância nutricional, controle de deficiências nutricionais, orientação alimentar e a segurança alimentar promovida no âmbito do SUS; (4) educação para a saúde; (5) saúde do trabalhador; (6) assistência à saúde em todos os níveis de complexidade; (7) assistência farmacêutica; (8) atenção à saúde dos povos indígenas; (9) capacitação de recursos humanos do SUS; (10) pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde, promovidos por entidades do SUS; (11) produção, aquisição e distribuição de insumos setoriais específicos, tais como medicamentos, imunobiológicos, sangue e hemoderivados, e equipamentos; (12) 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 Conselho Nacional de Saúde; (13) 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; (14) atenção especial aos portadores de deficiência; e (15) ações administrativas realizadas pelos órgãos de saúde no âmbito do SUS e indispensáveis para a execução das ações indicadas

nos itens anteriores.

Destarte, toda e qualquer ação ou serviço praticada pelos municípios, pelo Distrito Federal, pelos estados ou pela União, que pudesse ser enquadrada nas hipóteses mencionadas, seria considerada ações e serviços públicos de saúde. O seu suporte devia dar-se por meio dos recursos públicos, especialmente, destinados à área da saúde, nos percentuais mínimos que até então só constavam do artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com as alterações introduzidas pela EC 29/2000. A Portaria 2.047, de cinco de novembro de 2002, do Ministério da Saúde, considerando, entre outros, a Resolução 316, aprovada pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde em quatro de abril de 2002, em seus artigos sexto e sétimo, trouxe redação idêntica das diretrizes apontadas na Resolução citada, validando-a, portanto. Antes que se perquiria acerca da aparente contradição das datas de cada ato citado, se esclarece que a Resolução 316 passou a constituir-se na Resolução 322, conforme consta de seu preâmbulo.

A controvérsia sobre o que seriam ações e serviços de saúde findou-se com a edição da já citada LC 141/2012 que, se não alterou as disposições constantes do artigo 77 do ADCT (com as alterações trazidas pela EC 29/2000) e, por isso, não trouxe a solução ao financiamento da saúde que todos esperavam, tem por mérito a definição não só sobre o que são ações e serviços de saúde, mas também o que não são, posto que determina a aplicação dos recursos mínimos destinados a específicas ações e serviços públicos de saúde.

Desta feita, o capítulo segundo desta Lei trata das ações e dos serviços públicos de saúde estabelecendo, em seu artigo segundo, a necessidade de que as ações e serviços, voltados para promoção, proteção e recuperação da saúde, obedeçam simultaneamente aos princípios estatuídos no artigo sétimo da Lei 8.080/90 e às seguintes diretrizes: (1) destinem-se às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito; (2) estejam em conformidade com os objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da federação; (3) sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuem sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população e, (4) sejam financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

Note-se que as disposições trazidas pela LC 141/2012 são praticamente as mesmas mencionadas na Resolução 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde, o que demonstra a coerência da norma com o tratamento até então dado à questão, bem como clarifica a importância e a influência das posições adotadas pelo Conselho Nacional de Saúde.

As ações e serviços públicos de saúde que são consideradas como despesas para efeito da apuração e aplicação dos recursos mínimos estabelecidos são as referentes à: (1) vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; (2) atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; (3) capacitação do pessoal de saúde do SUS; (4) desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS; (5) produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos; sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológico; (6) saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas na LC 142/2011; (7) saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; (8) manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; (9) investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; (10) remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações estabelecidas pelo próprio artigo 3º da lei; (11) ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e consideradas imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde e, (12) gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Também aqui nota-se a forte influência da Resolução 322/2003 do CNS, ainda que excluídas da definição, gastos com educação para saúde, atenção especial aos portadores de deficiência ou serviços de saúde penitenciários, por exemplo.

Por fim, e em nosso sentir, absolutamente relevante: São definidos pela LC 141/2012 o que não se pode considerar como ação e serviço de saúde para fins de

apuração dos percentuais mínimos a serem investidos pelos entes federados em ações e serviços de saúde, o (1) pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores de saúde; (2) despesas com pessoal ativo de saúde quando em atividade alheia à referida área; (3) assistência à saúde que não atenda ao princípio do acesso universal; (4) despesas com merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvada a assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; (5) saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade; (6) limpeza urbana e remoção de resíduos; (7) preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais; (8) ações de assistência social; (9) obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde e; (10) ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida na LC 141/2012, ou vinculados a fundos específicos distintos dos Fundos de Saúde.

Destarte, as ações e serviços públicos de saúde no Brasil são os apontados, os quais devem ser sempre executados de acordo com os princípios e as diretrizes constantes do mandamento constitucional e da legislação infraconstitucional.

Considerando a saúde, conforme exposto, um direito fundamental e, ao mesmo tempo, já conhecidas as bases da reforma sanitária havida no Brasil e a conformação do sistema nacional de saúde, por meio de legislação internacional e infraconstitucional, o próximo capítulo tratará de demonstrar não só como o SUS funciona, mas como isso acontece levando-se em consideração a própria constituição federal do Brasil. Para isso, falar-se-á de um federalismo sanitário.

4 FEDERALISMO SANITÁRIO

Determinadas as características essenciais para configuração do Estado Federal, do que resulta a essencial autonomia de seus entes, sem a qual não se pode falar em verdadeiro Estado federal, bem como identificados os principais marcos normativos que regulam o direito à saúde no Brasil que, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais, se trata de verdadeiro direito fundamental social, veja-se neste item, como a estrutura federativa reflete as ações e serviços de saúde no Brasil, por meio da estruturação do Sistema Único de Saúde.

Objetiva-se, assim, examinar as implicações da estrutura federativa brasileira, cujo planejamento de saúde efetiva-se num contexto de relações intergovernamentais que visem o federalismo cooperativo de âmbito sanitário, decisão esta determinada pela própria Constituição de 1988, quando determinou sejam as ações e serviços públicos de saúde integrados em uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, com observância obrigatória da descentralização e conseqüente direção única em cada esfera governamental.

A exposição deste item iniciará tratando do federalismo sanitário, em seguida abordará a estruturação do SUS, apontando seu funcionamento, do que decorrerá a identificação das competências dos entes federados, cujo conteúdo somente pode ser ampliado por meio das decisões tomadas nas Comissões Intergestores, órgãos de articulação interfederativa responsáveis pela pactuação acerca da organização e do funcionamento das ações e serviços de saúde integrados em redes de atenção à saúde.

4.1 O que é o federalismo sanitário

No capítulo antecedente clarificou-se o reconhecimento inequívoco da saúde como um direito fundamental. Disto decorre a necessidade da organização estatal, de modo que sua estrutura possa garantir os meios necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde, disciplinando, portanto, as ações e serviços públicos de saúde.

A Constituição conferiu ao Estado a responsabilidade de organizar um conjunto de ações e serviços públicos de saúde. Para o cumprimento de tal desiderato foi criado o SUS, “[...] instituição-organismo de direito público que reúne os instrumentos necessários para que o Estado brasileiro desenvolva as atividades necessárias para a garantia do Direito à saúde no Brasil” (AITH, 2006, pp. 339-340).

Entre as competências materiais comuns estabelecidas pelas CRFB/88, está a da União, dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios em “cuidar da saúde e assistência pública”. Além disso, tem-se como correto o entendimento de Dourado (2010, p. 79), de que o texto constitucional reforça o papel de principal provedor do sistema do município, ao reafirmar sua competência para “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, serviços de atendimento à saúde da população”, numa leitura acertada do disposto no artigo 30, inciso sétimo da CRFB/88.

De toda forma, o mandamento constitucional é claro ao determinar que todos os entes federados tem o dever de atuar na prestação dos serviços públicos de saúde (WEICHERT, 2004, p. 138). Note-se que o dever de atuar na prestação dos serviços públicos de saúde não significa dizer que todos farão as mesmas coisas, posto que isto seria contrário ao próprio federalismo, forma de Estado pela qual se organiza o Estado Brasileiro, como já visto. É por esta razão, então, que todas as constituições dos Estados-Membros formalizaram sistemas sanitários estaduais, bem como os municípios criam os seus sistemas municipais de saúde.

A Constituição determinou fosse editada lei com o objetivo de regulamentar o Sistema Único de Saúde. Como visto no capítulo anterior, tal regulamentação se deu por meio das Leis 8.080/90 e 8.142/90, compondo, ambas, o que se chama Lei Orgânica da Saúde (LOS). Nestas leis estão definidos os sustentáculos do sistema de saúde brasileiro, bem como estão detalhadas suas características e as atribuições de cada ente federativo, criando, assim, as competências sanitárias de cada esfera federativa.

É este também o posicionamento de Carvalho e Santos no que tange às competências sanitárias,

Assim, cada uma das esferas de governo – desde que respeitada a competência atribuída por lei para realizar os objetivos do Sistema Único de Saúde – é autônoma, nos limites do seu território, para praticar todos os atos referentes à organização e à execução dos serviços de saúde. Esta autonomia institucional se expressa, na prática, de três modos: 1) *liberdade* para estruturar e pôr em funcionamento o seu sistema, sem subordinação a outra esfera do Sistema Único de Saúde [...]; 2) *responsabilidade* pela execução das ações e dos serviços de sua competência nos limites do seu território [...]; 3) *obrigatoriedade* de observar os princípios, as diretrizes e as bases do SUS. (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 87 – destaques no original).

A LOS determina um modelo institucional que não só estrutura, mas que é o próprio SUS. Dourado (2010, p. 83) bem entendeu este modelo, asserevando que é ele que delimita a expressão do federalismo brasileiro na área da saúde, reproduzindo, inclusive, sua disposição tríplice. Assim

[...] a definição das três esferas autônomas de gestão sanitária correspondentes aos entes federados estabelece uma forma de organização política que pode ser adequadamente designada *federalismo sanitário brasileiro*. (DOURADO, 2010, p. 83 – destaques no original).

No mesmo sentido é o pensamento de Keinart, Rosa e Meneguzzo (2006, p.19), para quem o federalismo sanitário brasileiro resulta do espírito descentralizador da Constituição, baseando-se na crença à ideia de que com a descentralização se garantiriam políticas públicas mais democráticas, por estarem mais próximas da cidadania organizada. Não é à toa que o SUS funciona sob a diretriz da participação da comunidade, como visto no capítulo anterior.

A repartição de competências em matéria de saúde entre os entes federados³⁵, portanto, define as bases político-administrativas do federalismo sanitário, tendo a LOS regulamentado, inclusive, a divisão dos recursos

³⁵ Ainda que Estado dito Federal tenha suas particularidades, existem características que são imprescindíveis para sua configuração, de modo a garantir a autonomia dos entes que compõem a federação. Ter recursos próprios é uma destas características garantidoras de autonomia.

correspondentes³⁶ para fazer frente a tais competências, como visto no capítulo anterior.

Do exposto, não é difícil reconhecer que a natureza do federalismo sanitário brasileiro é cooperativa, tendo procurado desenvolver sistemas compartilhados para a solução de problemas comuns, do que são exemplo os Consórcios Intermunicipais de Saúde, como bem lembram Keinart, Rosa e Meneguzzo (2006, p. 17).

Bonavides (2007, p. 115) lembra que a idéia de cooperação advém da identificação de que determinadas funções públicas não podem ser de competência exclusiva ou hegemônica de algum dos entes federados por implicarem interdependência e interesses comuns. Esse modelo é denominado federalismo cooperativo.

Para Dourado e Elias (2011, p. 206,) pela própria natureza do Estado federal, essa atuação conjunta dos entes federados nas políticas públicas deve preservar a liberdade de cada integrante e, ao mesmo tempo, possibilitar a adoção de ações coordenadas e socialmente efetivas exigindo-se, para concreta gestão de políticas públicas, a construção de processos decisórios compartilhados para conduzir o planejamento e a execução das ações no âmbito socioeconômico em prol do bem-estar coletivo.

É por essa razão que Keinart, Rosa e Meneguzzo defendem o avanço do federalismo sanitário em consonância com o federalismo cooperativo. Em suas palavras,

Os avanços no federalismo sanitário devem fazer-se em obediência à melhor doutrina federalista e de acordo com os supostos do federalismo cooperativo. Um elemento central da doutrina federativa é o equilíbrio entre os entes nacionais e subnacionais (KEINART, ROSA, MENEGUZZO, 2006, p. 19).

³⁶ A Lei 8.142/90 estabelece um regime de transferências obrigatórias de recursos federais diretamente para estados, municípios e Distrito Federal. Para receber os recursos, os estados, Distrito Federal e Municípios precisam contar com um fundo de saúde. Por isso, as transferências decorrentes da estrutura federalista sanitária brasileira é chamada de transferência fundo-a-fundo, já que sai do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos Estaduais, Municipais e do Distrito Federal. Os repasses são regulares e automáticos, obedecendo aos critérios do já aludido art. 35 da Lei 8.080/90.

Momo (2013, p. 9), ao fazer uma análise crítica do federalismo cooperativo no Brasil, assevera que os art. 23 e 24 da CFRB de 1988, ao definirem as competências comuns e concorrentes dos Entes Federativos, foram os principais dispositivos que levaram à instituição do Federalismo Cooperativo no Brasil, de forma que todos os entes federados devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição. Concorde-se com a autora, quando esta refere que estes dispositivos reconhecem as diferenças entre os entes e procuram equilibrá-los, justamente através da divisão de competências. Assim, prossegue-se em concordância: A divisão de competências é justamente o ponto fundamental no qual o modelo federalista cooperativo se apoia, a fim de atingir um equilíbrio que possa propiciar a diminuição das desigualdades regionais.

A federação brasileira apresenta um alto grau de descentralização³⁷, tanto do ponto de vista de repartição de receitas quanto da respectiva de realização de gastos. Entretanto, pouco mais de uma década depois da promulgação da CRFB/88, Oliveira e Biasoto Jr. (1999, p.22) já alertavam para o fato de que essa descentralização, ainda que parecesse revelar maior redistribuição do poder e maior harmonia entre as unidades da Federação, escondia problemas que poderiam comprometer o seu aprofundamento e, mesmo, sua continuidade. Esses problemas decorreriam do modo com que a descentralização foi conduzida, das bases financeiras que a sustentam e, ainda, das diferentes capacidades – financeira e fiscal – que apresentam os entes federados para garantir o modelo descentralizador constitucional³⁸.

De todo modo, no que diz com a descentralização em saúde, Arretche e Rodriguez (1999, p. 127) apontam que a partir de 1990 ocorreu um processo

³⁷ O conceito de descentralização trabalhado sustenta-se na definição trazida por SILVA e COSTA (1995, p. 263), para quem descentralização “significa um processo de redistribuição de recursos, espaços de decisão, competências, atribuições e responsabilidades; enfim, poder político-econômico, em cada formação social específica.”

³⁸ Os problemas a que aludiam Oliveira e Biasoto Jr. (1999) se solidificaram e, de fato, comprometeram o pacto federativo estabelecido, razão pela qual cada vez mais tem-se falado na realização de um novo pacto federativo. Exemplo recente é a aprovação pela Câmara dos Deputados, em primeiro turno, da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 172, de 2012³⁸, visa impedir a União de impor ou transferir encargo ou prestação de serviços a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios, sem a previsão de repasses financeiros necessários ao seu custeio. Ainda parece oportuna a definição trazida por Affonso (1999, p. 71) sobre o que se deve entender por pacto federativo: “o pacto federativo consiste [...] em um intrincado sistemas de trocas, na maioria das vezes implícitos, centrado em grande parte nos fundos públicos e responsável pela soldagem dos interesses regionais e pela constituição de um espaço nacional de poder”.

negociado de institucionalização progressiva de descentralização, tendo a LOS e, posteriormente as normas operacionais básicas (assunto a ser tratado também neste capítulo, posteriormente), aprimorado a gestão pluri-institucional, com a criação de conselhos, em âmbitos nacional, estadual e municipal, responsáveis pelas diretrizes políticas da saúde. Também a criação das comissões bipartites e tripartites de gestores consolidou o processo de negociação entre os diferentes níveis de governo.

Viu-se no primeiro capítulo, que a descentralização tem intrínseca relação com a natureza federal de um Estado e, se o problema da distribuição de competências refere-se ao grau de centralização ou descentralização de atribuições, envolve as seguintes dimensões: 1) as competências ou atribuições de cada esfera de governo no que diz respeito a gasto-execução das políticas públicas; 2) as bases próprias de arrecadação dos diferentes níveis de governo; 3) o montante e a forma das transferências intergovernamentais necessárias ao cumprimento das atribuições quanto ao gasto 'vis-à-vis' as bases próprias de arrecadação (AFFONSO, 1995, p. 69).

De todo modo, o que se pode afirmar com acuidade é que somente no setor saúde existiu uma política deliberada e ativa de descentralização, processo este intimamente ligado com a (re) democratização vivida pelo Brasil e pela crise financeira de um Estado autoritário, tendo se tornado, para muitos, sinônimo de democracia (SILVA; COSTA, 1995, p. 267)

Na década de 1990, constituiu-se, no âmbito da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, o Grupo Especial para a Descentralização, objetivando elaborar propostas que viabilizassem o aprofundamento do processo de implantação do SUS, priorizando, claro, a descentralização. Tal grupo explicitou, nesta direção, os seguintes pressupostos:

a) a descentralização tem de ser compreendida como um processo de transformação que envolve redistribuição de poder e de recursos, redefinição de papéis das três esferas de governo, reorganização institucional, reformulação de práticas, estabelecimento de novas relações entre os níveis de governo e controle social;

b) [...] sua realização pressupõe diálogo, negociação e pactuação entre os atores, que vão constituir a base de legitimação das decisões, mediante: b1) imediata implantação dos Conselhos de Saúde paritários e deliberativos, mecanismos privilegiado de participação e controle social; b2) ação

integrada entre os gestores do sistema nos três níveis de governo [...] e,
c) a flexibilidade e a gradualidade do processo de transformação do sistema de saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013).

O resultado desse trabalho conformou a edição da Portaria 545, de 20 de maio de 1993, do Ministério da Saúde, que estabeleceu as normas e os procedimentos reguladores do processo de descentralização da gestão das ações e dos serviços de saúde, através da Norma Operacional Básica (NOB) 01/93.

É pertinente referir que a descentralização das ações e serviços de saúde foi operacionalizada pela municipalização da saúde, do que é exemplo outra Norma Operacional Básica: a NOB 01/96, editada pela Portaria número 2.203, de cinco de novembro de 1996, do Ministério da Saúde, cuja finalidade primordial era, segundo o seu próprio texto, promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção básica à saúde dos seus municípios (BRASIL, Portaria 2.203/96).

Notadamente quanto à municipalização da gestão dos serviços de saúde, Arretche refere ter sido um sucesso, já que, no ano 2000, 99% dos municípios brasileiros estavam habilitados no SUS, o que significava a aceitação da política descentralizadora, cujo processo completou-se com a edição da NOB/96 (cujo processo de implementação começou em 1998). A autora aponta duas razões para tal resultado: (1) as novas regras para as transferências de recursos federais que acrescentavam recursos aos cofres de 66% dos municípios brasileiros e eram fiscalmente neutras para 22% e, (2) a crença propiciada pelo Ministério da Saúde de que as transferências seriam efetivamente realizadas (ARRETCHÉ, 2002, p. 18 e ss.).

Entretanto, convém reconhecer, com Vasconcelos e Pasche (2009, p. 549), que a implementação da descentralização foi um processo marcado pelo conflito com várias frentes de disputa e muitos focos de resistência que tornaram complexo este processo, eis que as disputas entre estados e municípios pela gestão dos serviços e dos recursos, em um cenário marcado pela competição partidária e eleitoral, apresentou-se como um impasse ao desenvolvimento do sistema. Neste contexto, os governos estaduais resistiam em promover a cessão de serviços e pessoal para os municípios que, por seu turno, exigiam condições especiais para

assumirem as responsabilidades gerenciais sobre eles.

Tais autores prosseguem, sustentando que

Os impasses atuais no campo da gestão descentralizada retratam as dificuldades da gestão municipal em assegurar uma atenção básica resolutive e de qualidade e os entraves em viabilizar o acesso dos usuários que demandam atenção especializada diante do insucesso na efetivação da proposta de regionalização preconizada na Noas. Esta situação tem levado muito municípios a buscar autossuficiência na oferta da maioria dos serviços, agravando os problemas de ineficiência na gestão dos recursos, sem resolver os problemas de integralidade da atenção. A maioria dos estados não conseguiu exercer a coordenação do processo e liderar a criação de subsistemas de atenção à saúde, nas regiões (VASCONCELOS; PASCHE, 2009, p. 549).

Em outro sentido, ainda que também apontando entraves à descentralização, Cohn assevera que esta possui várias especificidades e enfrenta diversas circunstâncias institucionais que nem sempre lhe são favoráveis. A primeira delas é a tradição brasileira de um Estado nacional altamente centralizado, o que se associa à tradição de políticas de saúde igualmente concentradas e verticalizadas, cabendo aos municípios a mera execução das prioridades e das ações ditadas pelo nível central e, depois, pelo nível estadual, não se podendo esquecer que os fundos de participação estadual e municipal, por meio dos quais o governo federal é obrigado a repassar aos demais entes federados um percentual dos recursos que arrecada, acabam por reforçar a autonomia relativa destes ante o governo central (COHN, 2009, p. 242).

Sinteticamente falando, a descentralização se manifesta no SUS sob duas formas: 1) através da descentralização política, que estabelece os níveis de competência da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, organizando a divisão de tarefas para o exercício da competência comum prevista no art. 23 do texto constitucional e, 2) através da regionalização, onde se organiza a atuação regional dos entes federados, de modo a garantir uma maior eficácia no desenvolvimento das ações e serviços públicos de Saúde (AITH, 2006, p. 355).

Todos estes apontamentos e análises objetivam fazer reconhecer o federalismo sanitário, criado e expressado pela estrutura normativa do SUS, cuja natureza cooperativa admite um compartilhamento de responsabilidades entre os entes federados, garantindo, a cada um, a autonomia que caracteriza cada um dos componentes de um Estado Federal, assentado que está no compartilhamento de

recursos, espaços decisórios, competências e atribuições.

O próximo item tem por objetivo demonstrar a atuação do SUS, a partir das suas práticas operacionais; portanto, trabalhar-se-á os principais instrumentos normativos infralegais, criados com a finalidade de operacionalizar o sistema desde o seu início.

4.2 Práticas Operacionais do SUS

Observou-se, no capítulo anterior, a estrutura normativa (legal) do SUS. Já sabe-se que o federalismo sanitário é a própria estrutura normativa do Sistema Único de Saúde. Agora, necessário se faz conhecer de que forma o SUS operacionaliza suas atribuições para promover, proteger e recuperar a saúde do cidadão, em cumprimento ao mandamento constitucional constante do art. 196.

Todavia, a fim de respeitar-se os limites propostos neste trabalho, serão abordadas questões operacionais que se relacionam com seu objeto, qual seja, definir a natureza das responsabilidades dos entes federados em matéria de saúde a partir do reconhecimento do federalismo sanitário, com o fito de apresentar um novo paradigma para as decisões judiciais.

Primeiramente deve-se ter em mente a evolução normativa pós promulgação da CRFB/88 e edição da LOS, normatização esta baseada nos princípios e diretrizes estabelecidos constitucional e infraconstitucionalmente.

A descentralização das ações e serviços de saúde se orienta pelo princípio da regionalização. É também este princípio que conduz os processos de negociação e pactuação entre os gestores do SUS, com conseqüente elaboração e aperfeiçoamento das políticas públicas para a área de saúde.

A LOS atribuiu aos municípios a responsabilidade pela execução e prestação direta dos serviços de saúde, em acordo com a determinação constitucional segundo a qual compete aos municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII, CRFB/88).

As normas (infralegais) que operacionalizam as diretrizes e fundamentos constitucionais e legais do SUS começaram a ser elaboradas a partir de 1991. Seu objetivo, como dito acima, foi e é concretizar o estabelecido na Constituição e na LOS, ou seja, garantir o direito à saúde.

Assim, tratar-se-á da operacionalização do SUS a partir (1) das atribuições da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, na garantia do direito à saúde; (2) dos instrumentos de gestão do SUS e, (3) da organização da atenção à saúde. Para tanto, será apresentado um levantamento envolvendo ditames constitucionais, legais (LOS) e operacionais (normas operacionais básicas – NOBs) sobre as competências de cada uma das esferas de governo.

Determina o art. 23, inciso segundo da CRFB/88 ser competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Essa competência comum significa que todos os entes federados possuem atribuições relacionadas à promoção, recuperação e proteção da saúde. Aith (2006, p. 359) muito acertadamente fala que as ações e serviços de saúde situam-se no conjunto de deveres públicos dos entes federativos. Em suas palavras:

[...] As ações e serviços públicos de sa[ude se situam dentro do “plexo de deveres públicos” da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não é por outra razão que a C.F. também estabelece a competência legislativa concorrente entre todos os entes federativos em matéria de proteção e defesa da saúde. (AITH, 2006, p. 359)

Feitas tais considerações, veja-se, em resumo, um histórico da normatização operacional do SUS, inicialmente definindo o conceito de gestão adotado atualmente na área de saúde, como bem explicitado pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, conforme segue:

Gestão – a atividade e a responsabilidade de comandar um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), exercendo para isso funções tais como as de coordenação, articulação, negociação, planejamento, programação, financiamento, regulação, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. (CONASS, 2011, p.18)

Definidos tal conceito, vejamos as normas operacionais básicas desde a criação do SUS, editadas a partir das definições constitucionais e legais, ou seja, da CRFB/88 e da LOS. O processo de implantação do SUS iniciou-se por meio de Normas Operacionais Básicas (NOB), instituídas por meio de portarias, inicialmente do INAMPS³⁹ e depois do Ministério da Saúde.

As normas operacionais emanadas pelo INAMPS (primeiro) e pelo Ministério da Saúde (depois), definiram as competências de cada esfera governamental na implantação do SUS, assim como estabeleceram as condições necessárias para que Estados e Municípios pudessem assumir as condições de gestão que lhe foram constitucionalmente atribuídas.

A primeira NOB (NOB/1991⁴⁰) foi editada pelo INAMPS e, de acordo com o CONASS (2011, p. 18) tinha por característica o cunho centralista, de modo que (1) equiparou prestadores públicos e privados; (2) determinou a gestão de fato a um único órgão, o INAMPS; (3) fez com que os estados continuassem essencialmente prestadores; (4) iniciou o processo de municipalização com transferências de Unidades Básicas Estaduais (UBE) (e até mesmo federais) para a gerência dos municípios. Às unidades básicas estaduais e federais somaram-se às municipais, mas não houve, entre elas, constituição de rede; (5) manteve os municípios como gerentes de unidades ou seja, como prestadores, tal qual os estados; ao reconhecer estados e municípios como prestadores, fez com que estes se alinhassem aos prestadores privados a fim de negociar com o INAMPS (único gestor) questões de interesse comum, como valores de tabelas e, (6) criou a Unidade de Cobertura Ambulatorial (UCA), valor unitário que, multiplicado pela população, definia o teto financeiro anual a ser transferido fundo a fundo.

Neste primeiro momento, pouco mais de dois anos da promulgação da Constituição, verifica-se a imensa dificuldade de concretizar seus ditames no que tange ao SUS, já que a própria constituição determinava (e determina) direção única

³⁹ O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência e Assistência Social (INAMPS) foi transferido para o Ministério da Saúde em 1990 (Decreto n. 99.060, de 07 de março de 199), mas continuou por um triênio com sua estrutura sobreposta à Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde.

⁴⁰ Resolução n. 258, de 7 de janeiro de 1991, do Inamps, reeditada com alterações em 17 de janeiro de 1991, por meio da Resolução 273, do mesmo Inamps.

em cada esfera e, nunca, um único gestor, como acontecia com o INAMPS. Além disso, não reconheceu o papel absolutamente relevante dos demais órgãos de gestão (estados e municípios), tratando-os como meros prestadores. O ponto positivo foi o primeiro passo para a municipalização, iniciada com a transferência das Unidades Básicas para os municípios.

Logo no ano seguinte, 1992, seguiu-se outra NOB (NOB/1992), ainda editada pelo INAMPS⁴¹, resultado de consenso entre o Ministério da Saúde, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS). Seus objetivos, conforme Conass (2011, p. 19) foram (1) normatizar a assistência à saúde no SUS; (2) estimular a implantação, o desenvolvimento e o funcionamento do sistema; e, (3) dar forma concreta e fornecer instrumentos operacionais à efetivação dos preceitos constitucionais da saúde.

Para cumprir com os objetivos elencados, a NOB/92, instituiu dois indicadores: o Índice de Valorização de Qualidade (IVQ) e o Fator de Estímulo à Gestão Estadual (FEGE). O primeiro destinava-se aos hospitais integrantes da rede SUS e o último tinha por escopo definir e reajustar os valores repassados mensalmente aos estados habilitados ao repasse de recursos de forma regular e automática, a fim de repor e modernizar tecnologicamente os equipamentos das redes pública, estadual e municipal.

Além disso, esta NOB criou o Prosaúde, um programa de governo que visava à reorganização dos serviços de saúde, contando com a participação das três esferas do governo. Manteve o INAMPS como órgão responsável pelo repasse dos recursos financeiros aos demais entes federados.

Esta normativa apresenta uma evolução em relação à primeira, já que criou indicadores importantes para o início da estruturação do SUS mas, principalmente, por entender que os serviços públicos precisavam ser reorganizados e que, para tanto, indispensável a participação das três esferas governamentais. Entretanto, a manutenção do INAMPS como único órgão responsável pelos repasses financeiros ainda era um empecilho ser afastado.

O INAMPS permaneceu como órgão regulador no sistema de saúde até 1993, quando a Lei 8.689, de 27 de julho de 1993, o extinguiu, incorporando sua estrutura

⁴¹ Portaria da Secretaria Nacional de Assistência à Saúde/MS n. 234, de 7 de fevereiro de 1992.

à do SUS. Sobre este fato, interessante observar como o CONASS (2011, p. 19), enxergava o órgão:

O SUS pôs fim, em pouco tempo, a essa figura iníqua dos indigentes sanitários, promovendo a integração do Inamps ao sistema público de saúde [...] Dessa forma, o SUS rompeu com a trajetória de formação do Estado brasileiro assentada na centralização e com uma concepção de cidadania que vinculava os direitos sociais à inserção no mercado de trabalho, a cidadania regulada. CONASS (2011, p. 19)

Dada a extinção do INAMPS, o Ministério da Saúde transforma-se na única autoridade sanitária em nível federal, as Secretarias Estaduais de Saúde em nível Estadual e as Secretarias Municipais de Saúde no âmbito municipal. Finalmente alcançava-se a direção única em cada esfera de governo, ainda que somente cinco anos depois do mandamento constitucional de 1988.

No mesmo ano em que o INAMPS foi extinto, editou-se outra NOB, a NOB/1993⁴², a primeira exclusivamente do Ministério da Saúde. Esta NOB formalizou os princípios aprovados na IX Conferência Nacional de Saúde⁴³ e institucionalizou as Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite. Desse modo, criou-se um sistema decisório compartilhado pelos gestores federados, havendo, ainda, o estímulo à municipalização.

Outras características da NOB/93 merecem ser apontadas, como, por exemplo: (1) desencadeamento do processo de municipalização da gestão, permitindo aos municípios habilitarem-se em três modos de gestão: incipiente, parcial e semiplena e, conseqüente (2) habilitação dos municípios como gestores, criando a terceira instância do SUS e, o mais importante (3) a criação de

⁴² Portaria GM/MS n. 545, de 20 de maio de 1993

⁴³ O documento aprovado nesta Conferência recebeu o nome de “Descentralização das Ações e Serviços de Saúde: a ousadia de cumprir e fazer cumprir a Lei”, tendo sido aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde em 15 de abril de 1993. Na parte destinada à “introdução” desta Portaria, lê-se: Esta Norma Operacional Básica, do Ministério da Saúde, tem como objetivo disciplinar o processo de descentralização da gestão das ações e serviços de saúde na perspectiva de construção do Sistema Único de Saúde. Fundamenta-se para tanto, no texto constitucional, leis que regulamentam o SUS - a Lei 8.080 de 19/09/90 e a Lei 8.142 de 28/12/90 - e no documento Descentralização das Ações e Serviços de Saúde: A Ousadia de Cumprir a Fazer Cumprir a Lei, aprovação pelo Conselho Nacional de Saúde, em 15 de abril de 1993.

transferência regular e automática fundo a fundo do teto global da assistência para municípios em gestão semiplena.

Em 1994 criou-se o que é considerado um dos mais importantes instrumentos de gestão do SUS: o repasse fundo a fundo. Com efeito, o Decreto n. 1.232, de 30 de agosto de 1994, dispôs sobre as condições e a forma de repasse regular e automático de recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) para os fundos estaduais, municipais e do Distrito Federal. Seu art. 1º assim determina:

Art. 1º Os recursos do Orçamento da Seguridade Social alocados ao Fundo Nacional de Saúde e destinados à cobertura dos serviços e ações de saúde a serem implementados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios serão a estes transferidos, obedecida a programação financeira do Tesouro Nacional, independentemente de convênio ou instrumento congênere e segundo critérios, valores e parâmetros de cobertura assistencial, de acordo com a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e exigências contidas neste Decreto.

§ 1º Enquanto não forem estabelecidas, com base nas características epidemiológicas e de organização dos serviços assistenciais previstas no art. 35 da Lei nº 8.080, de 1990, as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, a distribuição dos recursos será feita exclusivamente segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, segundo estimativas populacionais fornecidas pelo IBGE, obedecidas as exigências deste decreto.

§ 2º Fica estabelecido o prazo de 180 dias, a partir da data de publicação deste Decreto, para que o Ministério da Saúde defina as características epidemiológicas e de organização dos serviços assistenciais referidas no parágrafo anterior.

Concorda-se com o CONASS (2011, p. 20) quando este reconhece que sem o instrumento de repasse automático fundo a fundo⁴⁴ seria impossível a implementação do SUS com uma parceria entre gestores iguais das três esferas governamentais. Portanto, depois das leis que criaram o SUS, este foi o ato normativo mais importante para a operacionalização do sistema de saúde brasileiro. Se não, confira-se:

Depois das leis que o criaram [SUS], esse decreto foi o ato normativo mais importante para a operacionalização do SUS. Esse modelo de transferência intergovernamental de recursos financeiros confere a agilidade necessária aos sistema e caracteriza-se por uma solução peculiar do setor saúde. (CONASS, 2011, p. 20)

⁴⁴ Uma análise sobre os repasses fundo a fundo no setor saúde pode ser encontrada em Favero (2009).

Se o Decreto 1.232/94 é um dos mais importantes instrumentos de gestão do SUS, a NOB-SUS/96 – Norma Operacional Básica do SUS, criada pela Portaria GM/MS n. 2.203, de 5 de novembro de 2006, é um principais instrumentos estruturantes do SUS. É por meio desta NOB que a política de municipalização foi consolidada, garantindo o pleno exercício do poder municipal na função de gestor da saúde. Se na NOB/93 os municípios categorizavam-se quanto à gestão em incipiente, parcial e semiplena, agora poderiam estar em gestão plena do sistema municipal e/ou em gestão plena da atenção básica. Por meio dela, houve a redefinição das responsabilidades da União e dos Estados.

A portaria especifica qual a finalidade da NOB apresentada, sendo bastante interessante sua transcrição:

A presente Norma Operacional Básica tem por finalidade primordial promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes (Artigo 30, incisos V e VII, e Artigo 32, Parágrafo 1º, da Constituição Federal), com a conseqüente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, avançando na consolidação dos princípios do SUS.

Esse exercício, viabilizado com a imprescindível cooperação técnica e financeira dos poderes públicos estadual e federal, compreende, portanto, não só a responsabilidade por algum tipo de prestação de serviços de saúde (Artigo 30, inciso VII), como, da mesma forma, a responsabilidade pela gestão de um sistema que atenda, com integralidade, à demanda das pessoas pela assistência à saúde e às exigências sanitárias ambientais (Artigo 30, inciso V).

A NOB-SUS/96 aperfeiçou a gestão do SUS, apontando para uma reordenação do modelo de atenção à saúde, haja vista ter redefinido (1) os papéis de cada esfera de governo e, em especial, no tocante à direção única; (2) os instrumentos gerenciais para que os municípios e estados superem o papel exclusive de prestadores de serviços e assumam seus respectivos papéis de gestores do SUS; (3) os mecanismos e fluxos de financiamento, reduzindo progressiva e continuamente a remuneração por produção de serviços e ampliando transferências de caráter global, fundo a fundo, com base em programações ascendentes, pactuadas e integradas; (4) a prática do acompanhamento, controle e avaliação no SUS, superando os mecanismos

tradicionais, centrados no faturamento de serviços produzidos, e valorizando os resultados advindos de programações com critérios epidemiológicos e desempenho com qualidade e, finalmente (5) os vínculos dos serviços com os seus usuários, privilegiando os núcleos familiares e comunitários, criando, assim, condições para uma efetiva participação e controle social.

Também é mérito da desta NOB a determinação de fóruns de negociação, integrados pelos gestores municipal, estadual e federal – a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), e pelos gestores estadual e municipal – a Comissão Intergestores Bipartite (CIB), sendo estes, com os Conselhos de Saúde de cada unidade federada, os viabilizadores dos princípios de unicidade e equidade do SUS.

Assim, é nas CIB's e CIT que seriam apreciadas as composições dos sistemas municipais de saúde e pactuadas as programações entre gestores, com integração entre as esferas de governo. Nestes mesmos fóruns seriam pactuados os tetos financeiros possíveis – dentro das disponibilidades orçamentárias conjunturais – oriundos dos recursos das três esferas de governo, capazes de viabilizar a atenção às necessidades assistenciais e às exigências ambientais. O pacto e a integração das programações constituem, fundamentalmente, a consequência prática da relação entre os gestores do SUS. Este instrumento formalizador das relações é a Programação Pactuada e Integrada (PPI) , instituída pela NOB-SUS/96, item 4.

Os anos 2000 deram início a uma nova nomenclatura para as normas operacionais do SUS: as Normas Operacionais da Assistência à Saúde (NOAS), editadas em 2001 e 2002. A NOAS/2001⁴⁵ instituiu os planos diretores de regionalização e de investimentos e apresentou a ideia de redes de assistência, criando, portanto, mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde, além de anteceder os critérios de habilitação de estados e municípios.

A NOAS/2002 foi resultado dos encaminhamentos estabelecidos na reunião da CIT de 22 de novembro de 2001, quando foi firmado um acordo entre o CONASS e o CONASEMS considerando propostas sobre o comando único dos prestadores de serviços de média e alta complexidade e o fortalecimento da gestão

⁴⁵ Portaria GM/MS n. 95, de 26 de janeiro de 2001

dos estados especialmente sobre a explicitação de mecanismos de acompanhamento de recursos federais referentes ao atendimento da população referenciada.

A fim de garantir maior equidade na alocação de recursos e no acesso da população às ações de saúde, foram articuladas três estratégias: (1) regionalização e organização da assistência; (2) fortalecimento da capacidade de gestão do SUS; e, (3) revisão de critérios de habilitação de municípios e estados.

Dessa forma, com a edição da NOAS/2002, associa-se a descentralização com a regionalização da assistência, o que requer articulação dos gestores municipais para a negociação e a pactuação de referências intermunicipais, sob coordenação e regulação estadual, por meio da PPI.

A NOAS/2002 sofreu alterações, sendo as mais relevantes aquelas determinadas pelas Portarias GM/MS 399, de 22 de fevereiro de 2006 e GM/MS 699, de 30 de março de 2006, que tratam do Pacto pela Saúde, sobre o qual se passa a tratar.

A justificativa para a realização de um novo modelo de regulamentação da organização e funcionamento do SUS, o que o Pacto pela Saúde pretende ser, foi bem definida por Santos e Andrade (2009, p. 79), merecendo ser transcrita:

Com o esgotamento de todos os modelos de regulamentação da organização e funcionamento do SUS pautado por financiamento fracionado e fortemente regulado, em seus mínimos detalhes, pelo Ministério da Saúde, transformando estados e municípios em gestores de projetos e programas federais, e diante das frequentes críticas a esse modelo, todos os entes federativos passaram a discutir a necessidade de novos vases para a gestão compartilhada do SUS para as transferências de recursos da União para estados e municípios (SANTOS; ANDRADE, 2009, p. 79)

De início é preciso salientar que o Pacto pela Saúde não é uma norma operacional, mas um acordo interfederativo⁴⁶. Este acordo articula-se em três componentes: o Pacto pela Vida, o Pacto em Defesa do SUS e o Pacto de Gestão.

Importante consignar que este Pacto pela Saúde é consequência, dentre outras coisas, da aprovação de suas diretrizes na Reunião do Conselho Nacional

⁴⁶ A Portaria 399/2006 fala em Diretrizes Operacionais.

de Saúde, realizada em 9 de fevereiro de 2006, referência expressamente contida na Portaria 399/2006. O destaque a este fato se dá em face do controle social, uma das diretrizes do SUS. Haja vista os Conselhos de Saúde serem compostos por usuários do sistema, profissionais e trabalhadores de saúde, gestores e prestadores de serviços de saúde⁴⁷, sua legitimidade na tomada da decisão relativa ao Pacto se torna indiscutível.

Por este instrumento, as três esferas de gestão do SUS representadas pelo Ministério da Saúde (gestor federal), CONASS (gestores estaduais) e CONASEMS (gestores municipais), pactuaram responsabilidades na gestão e na atenção à saúde, a partir de uma unidade de princípios. O CONASS (2011, p. 26) afirma que esta unidade principiológica (1) respeita diferenças locais, (2) agrega pactos existentes anteriormente, (3) reforça a organização das regiões sanitárias instituindo mecanismos de cogestão e planejamento regional, (4) fortalece espaços e mecanismos de controle social, (5) qualifica o acesso da população à atenção integral à saúde, (6) redefine os instrumentos de regulação, programação e avaliação, (7) valoriza a macrofunção de cooperação técnica entre os gestores e, (8) propõe um financiamento tripartite que estimula critérios de equidade nas transferências fundo a fundo.

Para o Ministério da Saúde o Pacto pela Saúde apresenta significativas mudanças para a execução do SUS, dentre as quais ressalta (1) a substituição do atual procedimento de habilitação pela adesão solidária aos Termos de Compromisso de Gestão; (2) a Regionalização solidária e cooperativa como eixo estruturante do processo de descentralização; (3) a integração de várias formas de repasse de recursos federais e, (4) a unificação dos vários pactos existentes à época de sua edição (MINISTÉRIO DA SAÚDE, PACTO PELA SAÚDE, 2006, apresentação).

O Pacto pela Saúde, portanto, possibilita a efetivação de acordos entre as três esferas de gestão para a reforma de aspectos institucionais, além de promover inovações nos processos e instrumentos de controle e administração e redefinir responsabilidades coletivas por resultados sanitários que levem em consideração

⁴⁷ Convém lembrar que a composição dos conselhos de saúde deve ser paritária em relação aos usuários, ou seja, o número de representantes do segmento dos usuários deve ser igual à soma dos demais representantes dos outros segmentos.

as necessidades de saúde da população e da equidade social.

Já foi dito que o Pacto pela Saúde possui três componentes: Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e o Pacto de Gestão. Examine-se cada um deles, iniciando pelo Pacto pela Vida.

O Pacto pela Vida é o compromisso entre os gestores do SUS em torno de prioridades que apresentam impacto sobre a situação de saúde da população brasileira. Em 2006 foram pactuadas seis prioridades: (1) saúde do idoso; (2) controle do câncer do colo de útero e da mama; (3) redução da mortalidade infantil e materna; (4) fortalecimento da capacidade de resposta às doenças emergentes e endemias, com ênfase na dengue, hanseníase, tuberculose, malária e influenza; (5) promoção da saúde e, (6) fortalecimento da atenção básica.

Cada uma destas prioridades se estabelece através de diretrizes (saúde do idoso), metas a serem atingidas (controle do câncer do colo do útero e da mama, fortalecimento da capacidade de respostas às doenças emergentes e endemias), ações estratégicas a serem adotadas pelos signatários do pacto (saúde do idoso), tendo claro o que se pretende alcançar em cada uma destas questões estratégicas.

No fortalecimento da atenção básica tem-se, entre seus objetivos, os seguintes: (1) consolidação e qualificação da Estratégia Saúde da Família nos pequenos e médios municípios; (2) ampliação e qualificação desta mesma estratégia nos grandes centros urbanos, (3) implantação do processo de monitoramento e avaliação da Atenção Básica nas três esferas de governo, com vistas à qualificação da gestão descentralizada, entre outras.

O Pacto em Defesa do SUS refere-se ao trabalho da administração pública das três esferas governamentais e de outros atores envolvidos no Pacto (CIT e CIBs, por exemplo) e deve basear-se em duas diretrizes: (1) enfatizar os compromissos entre os gestores SUS para a consolidação da Reforma Sanitária, ou seja, defender os princípios do SUS de acordo com a CRFB/88 e, (2) desenvolver e articular ações, no seu âmbito de competência e em conjunto com os demais gestores, que visem qualificar e assegurar o SUS como política pública.

O Pacto em Defesa do SUS é firmado por meio de iniciativas que busquem a repolitização da saúde (retomando a Reforma Sanitária), promovam a cidadania

como estratégia de mobilização social a questão da saúde como um direito e, por fim, garantam o financiamento de acordo com as necessidades do SUS.

A ação mais importante para o Pacto em Defesa do SUS se assenta na aprovação do “Orçamento do SUS”, composto pelos orçamentos das três esferas de gestão, explicitando o compromisso de cada uma delas em ações e serviços de saúde, de acordo com a Constituição Federal.

Ora, isto é a expressão do reconhecimento do federalismo sanitário, com sua natureza cooperativa, tornando indene de dúvidas um compartilhamento de competências para promoção, proteção e recuperação da saúde, sem ferir a autonomia dos entes e impedindo a duplicidade de meios para fins idênticos. Cada um assume o que pode fazer, de acordo com o seu orçamento, bem como qual ação será realizada em conjunto e qual será a contribuição financeira de cada ente para concretização de determinada ação.

Portanto, cabe aos entes, exclusivamente, decidir quais ações e serviços serão feitos/prestados individualmente ou em conjunto e, em sendo conjuntamente, qual sua contribuição financeira. Qualquer imposição em contrário fere, frontalmente, o federalismo sanitário e deve ser evitada, sob pena de incorrer em violação ao pacto federativo sendo, portanto, inconstitucional.

Caso a ação ou serviço de saúde não tenha sido pactuada, caberá seu cumprimento ao ente cuja responsabilidade foi determinada pela Constituição e pela LOS ou, ainda, convencionada pela NOB/1996 e pela NOAS/2002.

O Pacto de Gestão estabelece diretrizes para a gestão do sistema nos aspectos da descentralização, regionalização, financiamento, planejamento, programação pactuada e integrada – PPI, regulação, participação e controle social e gestão do trabalho e educação na Saúde. É o mais importante para este estudo, já que se refere à parte operacional do sistema.

No que tange à descentralização, os signatários do pacto orientam-se para uma descentralização compartilhada, assumindo, o Ministério da Saúde e as Comissões Intergestores, papéis específicos. Ao Ministério da Saúde cabe a proposição de políticas, participação no co-financiamento, cooperação técnica, avaliação, regulação, controle e fiscalização, atuando ainda como mediador de

conflitos, bem como, em conjunto com a Tripartite, promover e apoiar o processo de qualificação permanente para as Bipartite.

Às Comissões Intergestores Bipartite devem ser descentralizados os processos administrativos relativos à gestão, sendo elas instâncias de pactuação e deliberação para a realização de pactos intraestaduais e a definição de modelos organizacionais. Suas deliberações devem dar-se por consenso, o que demonstra a ênfase conferida à necessidade de discussões profundas e complexas sobre a operacionalidade do SUS.

Às Comissões Intergestores Tripartite compete (1) definir diretrizes e normas para definição dos modelos organizacionais a serem pactuados nas CIBs, em conjunto com o Ministério da Saúde (2) promover e apoiar o processo de qualificação permanente para as CIB. Igualmente ao que ocorre no âmbito da Bipartite, as deliberações da Comissão Intergestores Tripartite deve ocorrer por consenso.

A descentralização de ações realizadas até então pelo Ministério da Saúde será objeto de portaria específica editada pelo Ministério da Saúde. Nada mais justo, já que é preciso possibilitar aos novos executores que elejam as ações que, a partir de então, serão de sua responsabilidade.

O Pacto de Gestão indica os principais instrumentos de planejamento da Regionalização, que são o Plano Diretor de Regionalização (PDR), o Plano Diretor de Investimento (PDI) e a Programação Pactuada e Integrada da Atenção à Saúde (PPI).

O PDR deve reconhecer e identificar as regiões de saúde, em cada estado e no Distrito Federal. O PDR conterà, então, o desenho final das redes regionalizadas de atenção à saúde, organizadas dentro dos territórios das regiões e macrorregiões⁴⁸ de saúde, em articulação com o PPI.

⁴⁸ “Regiões de Saúde são recortes territoriais inseridos em um espaço geográfico contínuo, identificadas pelos gestores municipais e estaduais a partir de identidades culturais, econômicas e sociais, de redes de comunicação e infra-estrutura de transportes compartilhados do território [...] e podem ter os seguintes formatos: Regiões Intraestaduais, compostas por mais de um município, dentro de um mesmo estado; Regiões Intramunicipais, organizadas dentro de um mesmo município de grande extensão territorial e densidade populacional; Regiões Interestaduais, conformadas a partir de municípios limítrofes em diferentes estados; e Regiões Fronteiriças, conformadas a partir de municípios limítrofes com países vizinhos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, PACTO PELA SAÚDE, pp. 19-21).

O PDI deve explicitar os recursos de investimentos para atender às necessidades pactuadas no processo de planejamento regional e estadual e, em âmbito regional, refletir as necessidades para o alcance da suficiência na atenção básica⁴⁹ e parte da média complexidade⁵⁰ da assistência, conforme desenho regional, e na macrorregião⁵¹ no que se refere à alta complexidade⁵².

⁴⁹A portaria do Ministério da Saúde n. 648/2006 assim define a atenção básica: A atenção básica caracteriza-se por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde. É desenvolvida por meio do exercício de práticas gerenciais e sanitárias, democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, e dirigidas a populações de territórios bem delimitados, pelas quais assume a responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Utiliza tecnologias de elevada complexidade e baixa densidade, que devem resolver os problemas de saúde de maior frequência e relevância em seu território. É o contato preferencial dos usuários com os sistemas de saúde. Orienta-se pelos princípios da universalidade, da acessibilidade e da coordenação do cuidado, do vínculo e da continuidade, da integralidade, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social. [...]. A atenção básica tem a Saúde da Família como estratégia prioritária para sua organização de acordo com os preceitos do Sistema Único de Saúde.

⁵⁰ É um dos três níveis de atenção à saúde, considerados no âmbito do SUS. Compõe-se por ações e serviços que visam a atender aos principais problemas de saúde e agravos da população, cuja prática clínica demande disponibilidade de profissionais especializados e o uso de recursos tecnológicos de apoio diagnóstico e terapêutico. A atenção média foi instituída pelo Decreto no 4.726, de 2003, que aprovou a estrutura regimental do Ministério da Saúde. Suas atribuições estão descritas no Artigo 12 da proposta de regimento interno da Secretaria de Assistência à Saúde. Os grupos que compõem os procedimentos de média complexidade do Sistema de Informações Ambulatoriais são os seguintes: 1) procedimentos especializados realizados por profissionais médicos, outros de nível superior e nível médio; 2) cirurgias ambulatoriais especializadas; 3) procedimentos traumatológicos; 4) ações especializadas em odontologia; 5) patologia clínica; 6) anatomopatologia e citopatologia; 7) radiodiagnóstico; 8) exames ultra-sonográficos; 9) diagnóstico; 10) fisioterapia; 11) terapias especializadas; 12) próteses e órteses; 13) anestesia. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, SUS de A a Z, 2009, p. 207)

⁵¹ A definição do que seja considerada uma macrorregião de saúde (bem como uma microrregião ou polo de saúde) está prevista no Plano Diretor de Regionalização de cada Estado e do Distrito Federal e poderá levar em consideração critérios de acessibilidade geográfica, espaço territorial, cooperação e complementaridade entre parceiros para solução dos problemas territoriais, cultura intersetorial regional, número de habitantes, capacidade de atendimento para média e/ou alta complexidade. Um bom exemplo de PDR é o do Estado do Paraná, datado de 2009, disponível no seguinte endereço: http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/PDR_atualizado_Edson.pdf

⁵² Conjunto de procedimentos que, no contexto do SUS, envolve alta tecnologia e alto custo, objetivando propiciar à população acesso a serviços qualificados, integrando-os aos demais níveis de atenção à saúde (atenção básica e de média complexidade). As principais áreas que compõem a alta complexidade do SUS, e que estão organizadas em "redes", são: assistência ao paciente portador de doença renal crônica (por meio dos procedimentos de diálise); assistência ao paciente oncológico; cirurgia cardiovascular; cirurgia vascular; cirurgia cardiovascular pediátrica; procedimentos da cardiologia intervencionista; procedimentos endovasculares extracardíacos; laboratório de eletrofisiologia; assistência em traumatologia; procedimentos de neurocirurgia; assistência em otologia; cirurgia de implante coclear; cirurgia das vias aéreas superiores e da região cervical; cirurgia da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; procedimentos em fissuras lábio palatais; reabilitação protética e funcional das doenças da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; procedimentos para a avaliação e tratamento dos transtornos respiratórios do sono; assistência aos pacientes portadores de queimaduras; assistência aos pacientes portadores de obesidade (cirurgia bariátrica); cirurgia reprodutiva; genética clínica; terapia nutricional; distrofia muscular progressiva; osteogênese imperfeita; fibrose cística e reprodução assistida (MINISTÉRIO DA SAÚDE, SUS de A a Z, 2009, pp.32-33)

Segundo o Pacto pela Saúde (2006, p. 33) a PPI é um processo que visa definir a programação das ações de saúde em cada território e nortear a alocação dos recursos financeiros para a saúde, a partir de critérios e parâmetros estabelecidos entre os gestores. Nela devem estar explicitados os pactos de referência entre municípios, gerando a parcela de recursos destinados à própria população e à população referenciada⁵³.

O processo de programação pactuada deve estar inserido no processo de planejamento e deve considerar as prioridades definidas nos planos de saúde de cada esfera de gestão, sendo realizada prioritariamente por áreas de atuação, a partir das ações básicas de saúde, para compor o rol de ações de maior complexidade.

Os recursos das três esferas de gestão devem ser visualizados na programação que deve ser realizada a cada gestão e periodicamente revisada e sempre que necessário, caso haja mudanças no fluxo de atendimento ao usuário; na oferta de serviços; na tabela de procedimentos e no teto financeiro, dentre outras.

O Pacto de Gestão, por fim, se debruça sobre a responsabilidade sanitária das instâncias gestoras do SUS. A responsabilidade sanitária é questão de suma importância e está intimamente ligada ao objeto deste estudo por referir-se às atribuições de cada órgão gestor do SUS (federalismo sanitário cooperativo), de modo a possibilitar a assunção de responsabilidades de acordo com as reais capacidades dos entes, observados e mantidos os limites legais e constitucionais, por óbvio. Diz o documento:

Este capítulo define as responsabilidades sanitárias e atribuições dos gestores municipais, estaduais, do Distrito Federal e do gestor federal. A gestão do Sistema Único de Saúde é construída de forma solidária e cooperada, com apoio mútuo através de compromissos assumidos nas Comissões Intergestores Bipartite (CIB) e Tripartite (CIT). Algumas responsabilidades atribuídas aos municípios devem ser assumidas por todos os municípios. As outras responsabilidades serão atribuídas de acordo com o pactuado e/ou com a complexidade da rede de serviços localizada no território municipal. No que se refere às responsabilidades atribuídas aos estados devem

⁵³ Entende-se por população referenciada aquela que é encaminhada para outros municípios para realização de procedimentos especializados. Sobre o tema, veja-se “sistemas de referências” e contra referências, neste mesmo capítulo, abaixo.

ser assumidas por todos eles. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, PACTO PELA SAÚDE, p. 40)

Como o objetivo aqui não é particularizar cada uma das atribuições dos entes para operacionalização do SUS, mas, simplesmente, demonstrar de forma inequívoca que existe um compartilhamento de atribuições, competências e responsabilidades e que este compartilhamento ocorre respeitados os ditames constitucional, legal e infralegal, basta afirmar que responsabilidades não constantes nestes instrumentos serão negociadas e pactuadas, e somente então poderão ser exigidas daquele que as assumiu.

Em que pese toda a boa intenção dos gestores na criação do Pacto pela Saúde, apontam acertadamente Santos e Andrade (2009, p. 87) que nele resiste ainda uma parte das normas operacionais anteriores, o que seria um problema, se considerada que dentro dos blocos de financiamento estão contidas quase todas as “caixinhas” de transferência de recursos. É verdade que diferentemente das normas anteriores, o Pacto permite agora que a sobra destas verbas seja utilizada em outra atividade. Claro que só poderá haver “sobra” se a atividade original houver sido integralmente cumprida. Apontam os autores:

O que não podemos deixar de demonstrar como um ponto crítico é que, dentro dos blocos de financiamento, estão contidas quase todas as denominadas “caixinhas de transferências de recursos, com a única vantagem de que as *sobras* de recursos de uma caixinha podem ser utilizadas em uma outra atividade, desde a atividade com *superávit* tenha sido integralmente cumprida e o serviço esteja previsto no mesmo bloco de financiamento. Na realidade, o Pacto pela Saúde 2006, a despeito de ser uma forma eficiente de definir consensualmente a organização, o funcionamento e o financiamento do SUS, traz em seu bojo um tanto do DNA das normas operacionais anteriores, uma vez que mantém todas as modalidades de transferência de recursos da União para os demais entes, vinculadas ao atendimento de determinados programas. (SANTOS; ANDRADE, 2009, p. 87 – destaques (e estilos) constantes do original.

Ainda é preciso, neste tópico, explicitar quais das normas citadas estão efetivamente em vigor. O Pacto pela Saúde (Portaria 399/2006) diz, em seu art. 3º que

Art. 3º - Ficam mantidas, até a assinatura do Termo de Compromisso de Gestão constante nas Diretrizes Operacionais do Pacto pela Saúde 2006, as mesmas prerrogativas e responsabilidades dos municípios e estados que estão habilitados em Gestão Plena do Sistema, conforme estabelecido na Norma Operacional Básica - NOB SUS 01/96 e na Norma Operacional da Assistência à Saúde - NOAS SUS 2002.

Portanto, desde a edição das normas operacionais que estão em vigor, tanto a NOB/96 quanto a NOAS 01/2002, as demais, por óbvio, estão revogadas. A vigência destas normas operacionais perdurará enquanto os entes federados não firmarem o Termo de Compromisso de Gestão, ato formalizador de sua aderência ao Pacto pela Saúde. Quem for signatário do Pacto não fica submetido às normas operacionais NOB/96 e NOAS 01/2002 que, no que diz respeito a eles, ficam revogadas. É no mesmo sentido o entendimento de Santos e Andrade (2009, p. 90) para quem “firmado esse termo [de compromisso de gestão], ambas as normas operacionais ficarão revogadas para seus signatários.”

Por fim, importa lembrar que diante da expressa delegação legislativa prevista no art. 5º da Lei n. 8.142/90, são as portarias os instrumentos normativos legítimos para disciplinar a transferência de recursos da União/Ministério da Saúde para estados e municípios, estabelecendo critério para recebimento de tais verbas, bem como a responsabilidade de cada ente federado na gestão do sistema.

O que impõe uma gestão interfederalista, já que é preciso manter a autonomia dos entes federados, sem comprometer a soberania do Estado. Do mesmo modo, o direito sanitário. É preciso gerir interfederalmente o SUS, sem ferir seus princípios e diretrizes, nem a autonomia dos gestores. A próxima seção trata justamente desta gestão interfederativa, expressada pelas CIBs e pela CIT.

4.3 Gestão interfederativa: a legitimidade das CIBs e da CIT

Na seção anterior vimos quais normas operacionais organizaram o SUS até sua atual estrutura. A gestão interfederativa através das CIBs e da CIT também foi criada por meio de uma destas normas operacionais básicas: a NOB-01/93, instituída pela Portaria do MS n. 545, de 20 de maio de 1993⁵⁴.

⁵⁴ A Resolução n. 2, de 26 de abril de 1991, publicada em 12 de dezembro recomendou ao Ministério da Saúde a “criação de uma Comissão Especial visando discutir e elaborar propostas para a implementação e operacionalização do SUS constituída pelas três instâncias gestoras públicas. Como decorrência, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria n. 1.1280, de 22 de julho de 1991, criou a Comissão Intergestores Tripartite. Mas somente com a edição da NOB 01/92 as comissões foram implementadas.

Viu-se que esta NOB tinha por objetivo disciplinar o processo de descentralização da gestão das ações e serviços de saúde na perspectiva da construção do SUS. A NOB/93 está fundamentada no texto constitucional, na LOS e no documento resultante da 11ª Conferência Nacional de Saúde, denominado “Descentralização das Ações e Serviços de Saúde: a ousadia de cumprir e fazer cumprir a lei”, aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, em 15 de abril de 1993.

Determinava o item 2 do Anexo Único à Portaria n. 545/93 (NOB/93) que o gerenciamento do processo de descentralização no SUS teria como eixo a prática do planejamento integrado em cada esfera de governo, tendo como foros de negociação e deliberação as Comissões Intergestores e os Conselhos de Saúde, respectivamente, de modo a estruturar funcionalmente a articulação entre os entes.

Assim, a articulação intergestores se daria, em âmbito nacional, por meio da,

Comissão Intergestores Tripartite - integrada paritariamente por representantes do Ministério da Saúde e dos órgãos de representação do conjunto dos Secretários Estaduais de Saúde/CONASS e do conjunto dos Secretários Municipais de Saúde/CONASEMS, tem por finalidade assistir o Ministério da Saúde na elaboração de propostas para a implantação e operacionalização do SUS, submetendo-se ao poder deliberativo e fiscalizador do Conselho Nacional de Saúde. (BRASIL, Portaria 545/90, item 2.2.1)

Também deveria haver articulação em nível estadual, mas ante a inexistência de qualquer instância de discussão, determinou-se a criação de uma Comissão Intergestores Bipartite, integrada paritariamente por dirigentes da Secretaria Estadual de Saúde e do órgão de representação dos Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS). A Comissão Bipartite deveria, então, ser criada e formalizada pelo Secretário Estadual de Saúde, mediante edição de portaria específica, sendo reconhecida como instância privilegiada de negociação e decisão quanto aos aspectos operacionais do SUS. De igual modo à Tripartite, suas definições e propostas deveriam ser referendadas ou aprovadas pelo respectivo Conselho Estadual de Saúde, submetendo-se ao seu poder deliberativo e fiscalizador. (BRASIL, Portaria 545/93, itens 2.1.1, 2.1.1.1 e 2.1.1.2)

A articulação em nível municipal dar-se-ia pelo próprio Conselho Municipal de Saúde (CMS), instância permanente e deliberativa, com atribuição e composição previstas em lei municipal, observados os requisitos da Lei 8.142/80 (composição

paritária entre usuários e demais segmentos: gestores, profissionais e trabalhadores da saúde e prestadores de serviço).

Os Conselhos Nacional e Estaduais de saúde, não foram excluídos pela NOB/93, fazendo parte da articulação em cada esfera, respectivamente.

Cada um destes foros atuaria de modo a cumprir sua destinação, com algumas particularidades. Assim, os aspectos operacionais do processo descentralizador em âmbito estadual seriam objeto de regulamentação pela Comissão Bipartite. Em caso de divergências não superadas neste foro, a questão seria levada à deliberação do Conselho Estadual de Saúde. Caso ainda não existisse solução⁵⁵, a questão deveria ser levada à Comissão Tripartite.

Caso uma das partes se sentisse lesada pela decisão, seja do Conselho Estadual (se existente), seja da Tripartite, poderia levar a questão ao Conselho Nacional de Saúde, onde então a questão seria resolvida. Aliás, o Conselho de Saúde poderia ser tomado como instância recursal em qualquer tempo, ficando a seu critério a consulta ou a delegação à Tripartite para resolução do problema. (BRASIL, Portaria MS 545/93 (NOB/93), itens 2.4.1 e 2.5)

Ressalte-se que os acordos firmados pela Bipartite e aprovados pelo Conselho Estadual de Saúde prevaleceriam sobre as disposições desta norma, desde que não contrariassem os dispositivos legais e considerassem as diretrizes aprovadas no documento decorrente da 11ª Conferência Nacional de Saúde, nominado, como já mencionado, de “Descentralização das Ações e Serviços de Saúde: a ousadia de cumprir e fazer cumprir a lei”.

Em outras palavras, a partir da NOB 01/93, constituíram-se comissões intergestores. No âmbito nacional, a Comissão Intergestores Tripartite e, no âmbito dos Estados, as Comissões Intergestores Bipartite. A Comissão Tripartite é integrada, paritariamente, por representantes do Ministério ds Saúde e pelo

⁵⁵ A norma é de 1993. Atualmente todos os estados e o Distrito Federal contam com um Conselho de Saúde.

CONASS e CONASEMS⁵⁶. A Comissão Bipartite é composta pela Secretaria de Estado da Saúde e pelos municípios, representados pelo COSEMS⁵⁷.

Essa representação por órgãos resulta da solução de uma questão prática, como bem asseverado por Santos e Andrade:

Como esses consensos não podem ser obtidos com a participação da União, dos 5.562 municípios e dos 27 estados brasileiros, por inviável operacionalmente, os municípios passaram a ser representados pelo CONASEMS, o estado pelo CONASS e, no âmbito do estado, os municípios são representados pelo COSEMS. (SANTOS; ANDRADE, 2009, p. 119).

Vargas (1999, p. 1629), lembra que a NOB 01/93, elaborada no início do Governo do então presidente Itamar Franco, foi construída em um ambiente político favorável, já que os novos dirigentes federais na área eram claramente identificados com o movimento sanitário, portanto, mais sensíveis às propostas de aprofundamento da municipalização e da descentralização do sistema. Assim, “estabeleceu-se o desenho institucional do planejamento e de gestão do SUS até hoje vigente, caracterizando-se pela descentralização e pela existência de fóruns permanentes de coordenação vertical.”

Os colegiados interfederativos são um arranjo criativo, congêneres aos arranjos existentes na Itália: “Na Itália existem arranjos administrativos semelhantes que preveem a participação dos *sindaci* (prefeitos) em conferências com a finalidade de discutir os planos regionais de saúde e sua execução” (SANTOS; ANDRADE, 2009, p. 119).

Nascimento e Zioni (2002) fizeram um estudo de caso visando aferir o grau de autonomia nas relações intergovernamentais nas comissões intergestores, utilizando para o estudo empírico a Comissão Intergestores Bipartite de São Paulo

⁵⁶ O Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) foram reconhecidos como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, por meio da inclusão do art. 14-B à Lei 8.080/90, por meio da Lei n. 12.466/2011.

⁵⁷ Os Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems) foram reconhecidos como entidades que representam os entes municipais, no âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao Conasems, por meio da inclusão do art. 14-D à Lei 8.080/90, por meio da Lei n. 12.466/2011.

(CIB-SP), utilizando-se de registros em atas a partir dos quais se poderia apurar o grau de discussão sobre cada rubrica federal de transferência de recursos apurando-o com o grau de aprofundamento técnico e político das discussões.

Mesmo para as relações interfederativas a repartição de competência tem grande importância, dado relacionar-se diretamente não só com a qualidade das relações nas comissões intergestores, mas também com a autonomia dos entes federados. É o que asseveram os autores, conforme segue.

O tema da repartição de competências tem implicações imediatas para a pretendida qualificação das relações nas comissões intergestores do SUS. Os entes federativos que ali se fazem representar transportam o peso jurídico de suas competências para o plano das referidas comissões. [...] na construção legal dos modelos de gestão descentralizada, os referidos instrumentos legais primam por listar funções e atribuições dos gestores, de forma a operacionalizar a implementação do sistema, mediante a identificação de responsabilidades, tanto exclusivas quanto complementares, sem prejuízo da autonomia dos níveis federativos. (NASCIMENTO; ZIONI, 2002, p. 15)

A conclusão do estudo foi o reconhecimento da CIB-SP como um espaço de interlocução bastante eficaz, capaz de influenciar as relações federativas, mantendo sua autonomia na disputa por recursos e na indução de um modelo de gestão. Em suas palavras,

[...] os entes se portam de maneira autônoma [...]. A CIB, como espaço de interlocução entre gestores, apresenta elevado grau de institucionalização dos conflitos; contribui para a elaboração das regras de partilha; interfere na definição do modelo de atenção; intervém na distribuição de recursos mediante procedimentos de pactuação e tem procurado com insistência soluções para a regionalização da atenção, o que significa compartilhamento de atribuições. Esses mecanismos de relacionamento evidenciam os principais componentes do [...] federalismo cooperativo [...] a qualidade autônoma das relações entre os gestores, demonstrada na CIB-SP, revela capacidade de influenciar as relações federativas no País, através da busca pactuada dos conflitos. (NASCIMENTO; ZIONI, 2002, p. 29).

Entretanto, a atenção à segurança jurídica sempre foi uma preocupação, de modo a garantir que as decisões consensuais tomadas pelas comissões intergestores pudessem ter legitimidade jurídica e ser reconhecidas externamente. Neste sentido já haviam se posicionado Santos e Andrade

Exatamente por serem os municípios e os estados representados por esses entes privados associativos, estes, ainda que tenham adquirido legitimidade política, precisam ser reconhecidos juridicamente para que suas decisões tenham validade perante terceiros e os próprios entes federativos [...] Por não terem um substrato legal próprio, essas comissões não estão cobertas da necessária legitimidade para definir ou decidir certas questões e responsabilidades, principalmente competências; e quando, perante o Judiciário, se alegam essas decisões nas demandas contra o SUS, elas não são consideradas. Nesse campo, não há um ambiente de segurança jurídica para os municípios nas comissões bipartites (estaduais) e para os municípios e estados na comissão tripartite (nacional), fato indispensável nas relações públicas ou privadas. (SANTOS; ANDRADE, 2009, pp. 119-120)

Assim, embora legitimadas politicamente, tais comissões intergestores careciam de reconhecimento jurídico, pelo menos na opinião dos autores acima mencionados. Felizmente essa situação foi corrigida, contando tais comissões com um instrumento legal apto a garantir sua legitimidade jurídica, como explanado em capítulo anterior, no item “a Lei 8.080/90”.

Vimos que com a edição da Lei 12.466/2011, as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite foram reconhecidas como foros de negociação e pactuação no que tange à operacionalização do SUS. Assim, não há qualquer razão para questionar a legitimidade jurídica destes foros, cuja regulamentação também se verifica no já explicitado Decreto 7.508/2011.

O objetivo das Comissões Intergestores também já foi definido quando da análise estrutural do SUS, cabendo agora falar de sua regulamentação constante da seção primeira do Capítulo quinto do Decreto 7.508, nomeado justamente de “Das Comissões Intergestores”.

Desta maneira, tem-se que as Comissões Intergestores pactuarão a organização e o funcionamento das ações e serviços de saúde integrados em redes de atenção à saúde, ou seja, reunidos em um conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência.

Esses níveis de complexidade são a Atenção Básica, a Média Complexidade e a Alta Complexidade, conforme já referido neste mesmo capítulo em seção anterior. Nível crescente de complexidade significa que se encaminha da Atenção Básica para a Alta Complexidade, ou seja, do menos complexo para o mais complexo.

Para se compreender melhor esta questão é preciso entender os sistemas de Referência e Contrarreferência. Segundo o Ministério da Saúde (DIREITO SANITÁRIO E SAÚDE PÚBLICA, 2003, p. 114), um sistema de referência corresponde aos procedimentos, mecanismos e locais definidos para a transferência de usuários de uma unidade ou serviço de saúde para outro, no SUS. Dado o princípio da regionalização, esse serviço deve ser disponibilizado o mais próximo possível daquele que realizou o primeiro atendimento, normalmente o município. Em razão disso, se entende a referência como a derivação do usuário entre um serviço de atenção à saúde de menor complexidade para outro de maior complexidade e, via de consequência, a contrarreferência como esta mesma derivação de usuários, só que em sentido inverso. Veja-se:

O atendimento usuário em um serviço de *referência* é um ação que deve ser coordenada e executada pelo próprio sistema de saúde, que faz o *encaminhamento* do usuário acompanhado de *relatório do atendimento* realizado, com hipótese diagnóstica ou com diagnóstico conforme o caso e com o *pedido* ao serviço de referência. Além disso, providencia acompanhantes, conforme o caso (pais, no caso de criança ou trabalhadores do próprio sistema, conforme a necessidade), transporte e hospedagem, se necessário. Ao mesmo tempo que a *contra-referência*, ao final do atendimento realizado, deve retornar o usuário ao sentido inverso, com as informações sobre os atendimentos realizados nos serviços para o devido acompanhamento no nível local. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, DIREITO SANITÁRIO E SAÚDE PÚBLICA, p. 152).

A importância deste sistema é ímpar, já que ele é o principal elemento para a integração das redes de saúde, sendo ele um mecanismo de encaminhamento mútuo de pacientes entre os diferentes níveis de complexidade dos serviços. (SERRA; RODRIGUES, 2010, p. 3580).

Então, operacionalizando os níveis de complexidade e os sistemas de referência e contrarreferência, as Comissões Intergestores pactuarão (1) aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, de acordo com a definição da política de saúde dos entes federativos, consubstanciada nos seus planos de saúde, aprovados pelos respectivos conselhos; (2) diretrizes gerais sobre Regiões de Saúde, integração de limites geográficos, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federativos; (3) diretrizes de âmbito nacional, estadual,

regional e interestadual, a respeito da organização das redes de atenção à saúde, principalmente no tocante à gestão institucional e à integração das ações e serviços dos entes federativos; (4) responsabilidades dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, de acordo com o seu porte demográfico e seu desenvolvimento econômico-financeiro, estabelecendo as responsabilidades individuais e as solidárias; e, (5) referências das regiões intraestaduais e interestaduais de atenção à saúde para o atendimento da integralidade da assistência.

À Comissão Tripartite compete exclusivamente a pactuação (1) das diretrizes gerais para a composição da RENASES; (2) dos critérios para o planejamento integrado das ações e serviços de Saúde da Região de Saúde, em razão do compartilhamento da gestão e; (3) das diretrizes nacionais, do financiamento e das questões operacionais das Regiões de Saúde situadas em fronteiras com outros países, respeitadas, em todos os casos, as normas que regem as relações internacionais.

No que pertine às regiões de saúde, é preciso lembrar que juntamente com as Comissões Intergestores Bipartite e a Comissão Intergestores Tripartites, o Decreto 7.508 também estrutura a Comissão Intergestores Regional (CIR), de âmbito nacional e vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais, tendo o dever de observar as diretrizes da Comissão Bipartite de sua(s) unidade(s) federativa(s).

Relacionadas às Comissões Intergestores está o Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde (COAPS), talvez a maior inovação do Decreto 7.508/2011. De acordo com o artigo 33 deste Decreto, o COAPS é instrumento pelo qual será firmado o acordo de colaboração entre os entes federativos para a organização da rede interfederativa de atenção à saúde. Seu objetivo é, portanto, a organização e a integração das ações e dos serviços de saúde, sob a responsabilidade dos entes federativos em uma Região de Saúde, tendo por finalidade garantir a integralidade da assistência aos usuários. O COAPS decorre da integração dos planos de saúde dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, tendo como fundamento as pactuações estabelecidas pela CIT.

Por meio deste Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde (COAPS) serão definidas as responsabilidades individuais e solidárias dos entes federativos com relação às ações e serviços de saúde, os indicadores e as metas, os critérios

de avaliação de desempenho, os recursos financeiros que serão disponibilizados, a forma de controle e a fiscalização da sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

O COAPS deverá conter as seguintes disposições essenciais: (1) identificação das necessidades de saúde locais e regionais; (2) oferta de ações e serviços de vigilância em saúde, promoção, proteção e recuperação da saúde em âmbito regional e inter-regional; (3) responsabilidades assumidas pelos entes federativos perante a população no processo de regionalização, as quais serão estabelecidas de forma individualizada, de acordo com o perfil, a organização e a capacidade de prestação das ações e dos serviços cada ente federativo da Região de Saúde; (4) indicadores e metas de saúde; (5) estratégias para a melhoria das ações e serviços de saúde; (6) critérios de avaliação dos resultados e forma de monitoramento permanente; (7) adequação das ações e dos serviços dos entes federativos em relação às atualizações realizadas na RENASES; (8) investimentos na rede de serviços e as respectivas responsabilidades e, (9) recursos financeiros que serão disponibilizados por cada um dos partícipes para sua execução.

Também existem diretrizes básicas que devem ser observadas pelo COAPS, para fins de garantia da gestão participativa. São elas: (1) estabelecimento de estratégias que incorporem a avaliação do usuário das ações e dos serviços, como ferramenta de sua melhoria; (2) apuração permanente das necessidades e interesses do usuário e, (3) publicidade dos direitos e deveres do usuário na saúde em todas as unidades de saúde do SUS, inclusive nas unidades privadas que dele participem de forma complementar.

As normas de elaboração e fluxos do COAPS serão pactuados pela CIT, cabendo à Secretaria de Saúde Estadual coordenar sua implementação, e ao Sistema Nacional de Auditoria e Avaliação do SUS, por meio de serviço especializado, seu controle e fiscalização. Além disso, compete aos partícipes monitorar e avaliar sua execução, em relação ao cumprimento das metas estabelecidas, ao seu desempenho e à aplicação dos recursos disponibilizados, sendo também de sua responsabilidade a inclusão de dados sobre o COAPS no sistema de informações em saúde organizado pelo Ministério da Saúde, encaminhando-os ao respectivo Conselho de Saúde para monitoramento.

Santos (2013, p. 119) aponta a vantagem dos contratos organizativos como

uma soma de esforços para melhorar o desempenho público, os serviços, obrigações e responsabilidades, além de se autorregularem:

O contrato organizativo persegue um fim único, e as partes reunidas não repetendem tirar nenhum proveito para si. O ganho é a soma de esforços de todos os implicados para melhorar seu desempenho público, organizar serviços comuns ou definir melhor suas obrigações, responsabilidades, financiamento. É uma forma de os entes se autorregularem quanto às responsabilidades em relação a determinados serviços comuns. (SANTOS, 2013, p. 157).

Além disso, garante a autora (SANTOS, 2013, p. 157) que ante sua força jurídica, o contrato organizativo permite que seus participantes definam regras que os vinculem. Neste sentido, o art. 37, § 8º da CRFB/88⁵⁸ previu acordos organizatórios objetivando ampliar a autonomia dos entes e órgãos públicos, em nome da maior eficiência dos princípios públicos.

Campos (2007) propõe sete estratégias para assegurar o prosseguimento da reforma sanitária brasileira e facilitar a consolidação do SUS. Dentre estas estratégias, duas, pelo menos, estão intimamente ligadas à gestão interfederativa. São elas: (1) O estímulo à criação de um multifacetado (e poderoso) movimento social e de opinião em defesa do bem-estar e da instituição de políticas públicas de proteção social; (2) distribuição de renda imediata e saúde para todos; (3) sustentabilidade política e econômica e legitimidade sanitária do SUS; (4) criação de mecanismos operacionais para especificar responsabilidade sanitária dos entes federados; (5) Estratégia Saúde da Família; (6) revisão do modelo de gestão do SUS, em âmbito próprio e na relação com prestadores privados ou filantrópicos; e, (7) desenvolvimento científico e a incorporação de tecnologia em saúde.

É relativamente fácil verificar-se que a Lei 12.466/2011, alteradora da 8.080/90 adotou várias destas estratégias como, por exemplo, quando reconhece a legitimidade e a legalidade das Comissões Intergestores, do que decorre a especificação da responsabilidade sanitária dos entes federados, de acordo com sua

⁵⁸ Diz o aludido § 8º: “A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – remuneração do pessoal.

realidade e capacidade ou, então, quando cria a CONITEC.

Especificamente sobre as propostas 2 e 4, diz Campos que,

[...] haveria [...] que se reformoular com rapidez o modelo de repasse de recursos aos estados, municípios e serviços. [...] O contrato de gestão é uma modalidade de relação interinstitucional com grande potencialidade. Primeiro, porque explicita os programas concretos de cada gestor; segundo, introduz em alguma medida uma modalidade real de co-gestão sem diminuir a autonomia e a responsabilidade do encarregado pela execução da atenção à saúde; terceiro, define com clareza a responsabilidade sanitária de cada ente federado; e, ainda, institui um sistema regular de avaliação de resultados bastante vinculado à dinâmica da própria gestão. [...] Instituir arranjos, que garantam clareza na responsabilização, implicará uma verdadeira revolução cultural e uma real alteração dos padrões de gestão contemporânea, balizando com dados concretos o planejamento, os contratos de gestão e o acompanhamento permanente de sistemas locais e de serviços de saúde. (CAMPOS, 2007, pp. 302-303).

Não há como negar o esforço do Executivo brasileiro em cada vez mais fortalecer o federalismo sanitário, criando uma estrutura e uma organizativividade em que se sabe exatamente o que e quem vai fazer, e também como e em que condições, garantindo a autonomia dos entes e a busca de uma maior efetivação do direito à saúde. Não reconhecer esse esforço, ignorando as regras próprias do SUS reduz a eficiência do sistema e causa um abismo cada vez maior entre o direito à saúde e sua efetivação.

Estando assentada indubitavelmente, não só a legitimidade, mas também a legalidade das Comissões Intergestores e de suas pactuações, passa-se à seção própria, na qual se abordará a natureza cooperativa das competências dos entes federados em saúde, de acordo com o que a doutrina sanitária tem entendido.

4.4 Sobre a natureza cooperativa das competências dos entes federados em matéria de saúde: responsabilidade solidária ou compartilhada? Solidariedade como instituto de direito civil ou solidariedade federativa?

Firmou-se o entendimento segundo o qual o estabelecimento de três esferas autônomas de gestão sanitária, correspondente à União, estados, Distrito Federal e municípios, determina a forma organizativa reconhecida como federalismo sanitário.

De igual modo, definiu-se que este deriva do espírito descentralizador da Constituição e que, sendo a repartição de competências em matéria de saúde a base político-administrativa do federalismo sanitário, este deve desenvolver-se de acordo com o federalismo cooperativo.

Neste item, portanto, partindo do pressuposto firmado acerca do federalismo sanitário vejamos se, de fato, pode haver o entendimento segundo o qual a responsabilidade das três esferas de governo pode ou não ser considerada solidária nos termos do que determina a lei civil, e não em termos da solidariedade que define o federalismo do tipo cooperativo.

É sempre bom lembrar que o direito à saúde possui uma dupla dimensão (individual e coletiva) e, por isso, uma titularidade individual e transindividual. Sarlet (2012, p. 115), sobre o assunto, manifesta-se no sentido de que a tutela judicial individual não pode ter o condão de afastar a efetivação dos direitos sociais, sendo certo que se o indivíduo concretamente considerado permanece em primeira linha, é preciso empreender ajustes e minorar os efeitos negativos da litigância individual, seja por meio de rigoroso controle sobre a necessidade real da litigância individual, seja através de um aumento de racionalidade capaz de efetivar o direito à saúde.

Voltando ao tema do compartilhamento de competências, restou consignado inicialmente ser o federalismo brasileiro do tipo cooperativo. Neste sentido, interessante mencionar recente julgado do STF onde se pode verificar, por meio do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 586.224/S, o reconhecimento do federalismo brasileiro como sendo do tipo cooperativo:

Eu queria registrar também, de forma muito breve, sem querer teorizar, porque todos aqui conhecem muito bem essa matéria, o Brasil, e o federalismo de um modo geral, há muito tempo ingressou naquilo que se chama de federalismo de cooperação ou de integração, onde há um entrelaçamento de competências e um compartilhamento de rendas. É o caso do Brasil tipicamente. Nós saímos de um federalismo dual, inspirado no federalismo norte-americano, com duas esferas estanques de competências e rendas, e hoje nós temos, como dizia o professor Miguel Reale nas aulas que eu assistia, um federalismo *sui generis* com três níveis político-administrativos. (BRASIL, STF, RE 586.224, p. 68).

Por conseguinte, desnecessário discorrer-se (mais uma vez) sobre o federalismo cooperativo brasileiro, sendo mais relevante centrar esforços em trazer ao presente trabalho posicionamentos doutrinários cuja análise acerca da competência dos entes federados em matéria de saúde centra-se no federalismo

sanitário, ou seja, na repartição de competências constitucional e legalmente constituída entre os entes federados.

Consigne-se que atualmente tem prevelacido perante o Poder Judiciário brasileiro e em grande parte da doutrina, o entendimento segundo o qual são os entes federados solidariamente responsáveis em matéria de saúde, tendo o Supremo Tribunal Federal já fixado *leading cases* sobre a temática, reconhecida que foi a repercussão geral do tema.

Aliás, o próximo capítulo tratará justamente destes *leading cases* que serão analisados à luz da teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein, bem como será demonstrada a ausência de real fundamentação e debate sobre o tema. Bem, de todo o modo, neste momento, importa referir entendimentos diversos daquele atualmente esposado pelos tribunais, notadamente pelo STF, porque baseados justamente no reconhecimento de um compartilhamento de competências e atribuições entre entes federados autônomos.

É o caso do posicionamento defendido por Sarmento e Telles (2010), o qual, contrariamente ao asseverado pelo STF, conclui tratar-se a responsabilidade dos entes em matéria de saúde do tipo subsidiária e nunca solidária, sendo bastante relevante explicitar os fundamentos que sustentam este entendimento.

O primeiro ponto a ser destacado por Sarmento e Telles refere-se justamente à interpretação dada pelo Poder Judiciário brasileiro ao inciso segundo do art. 23 da CRFB/88. Como bem salientam os autores, ao determinar que certas atividades e serviços públicos fossem fomentados e executados através de atuação conjunta de todas as esferas federativas, o legislador constituinte somente seguiu o modelo cooperativo. Entretanto, por meio de um tipo de interpretação dada a esta competência comum, é que tem se firmado o entendimento que os entes da Federação responderiam solidariamente pelas mais distintas ações e serviços de saúde demandadas em juízo.

Segundo os autores (SARMENTO; TELLES, 2012, p. 120) afirma-se simplesmente que a saúde é competência comum de todas as esferas federativas e, a partir daí, conclui-se que a responsabilidade dos entes é solidária. Entretanto, tal

raciocínio é desacertado e denunciado, de imediato, pelo fato de nenhuma outra hipótese de competência comum receber tal interpretação, nem pela doutrina ou mesmo pela jurisprudência. Assim, dizem os autores “competência comum, em nenhum outro caso, significa ou importa, por si só, responsabilidade solidária dos entes federativos” (SARMENTO; TELLES, 2012, p. 121).

Defendem os autores – e com eles se concorda – que a adoção das chamadas competências comuns pela CRFB/88 se dá, principalmente, como um instrumento de implementação ou concretização do federalismo cooperativo no País, visando à criação de políticas nacionais para execução de determinadas atividades e serviços estatais. Assim, segundo sua dicção

As competências comuns não exigem qualquer tipo de atuação sobreposta dos entes federativos. Ao revés, elas ensejam [...] a elaboração de políticas cooperativas, com o estabelecimento de campos preferenciais de atuação para cada esfera da Federação [...] A Constituição não define, diretamente, quais são os campos ou as tarefas preferenciais de atuação para cada esfera federativa em cada uma das hipóteses de competência comum [...] De qualquer modo fica a cargo do legislador infraconstitucional minudenciar a política pública a ser seguida, esclarecendo quais serão as atribuições prioritárias de cada esfera federativa em sua execução. (SARMENTO; TELLES, 2012, p. 121).

No caso do SUS foi exatamente isso que o legislador infraconstitucional fez, já que esmiuçou as competências de cada ente federado em matéria de saúde por meio da LOS. Além disso, quando da operacionalização do sistema, os gestores, seja por meio das NOBs, NOAS ou pelo Pacto pela Saúde, deixam cada vez mais detalhadas as competências de cada ente federado, que é o gestor de saúde em cada nível de governo. Portanto, nunca poderia haver atuação sobreposta, eventual cooperação para o cumprimento das atribuições próprias de cada ente.

Aith (2006, p. 359) tem interessante argumento que merece ser repisado, o qual se coaduna com o conceito segundo o qual as competências comuns não são e não podem ser sobrepostas, porque, caso fossem, aconteceria a duplicidade de meios para fins idênticos. Nas exatas palavras do autor:

A fim de evitar a duplicidade de meios para fins idênticos, a Lei 8.080/90 organiza a forma como será feita a distribuição, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, das atribuições comuns estabelecidas pela C.F. para defesa e proteção da saúde. O círculo de

atribuições do SUS encontra-se, inicialmente, definido pela própria Constituição Federal, que em seu Art. 200, incisos I a VIII, define algumas das competências do Sistema Único de Saúde (que podem ser ampliadas pela Lei): [...] Além das competências expressamente previstas na Lei Maior, existem as competências delineadas pela Lei 8.080/90, que dispõe logo em seu art. 6º, incisos I a XI, que também estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): [...] A própria Lei 8.080/90 trata de definir alguns conceitos importantes para o Direito Sanitário, sobretudo para a delimitação da área de competência do SUS. É nessa linha que o § 1º do mesmo art. 6º define a vigilância sanitária como [...] (AITH, 2006, p. 359-361)

Encerrando sua argumentação respeitante à competência comum constante do art. 23, inciso segundo da CRFB/88, Sarmiento e Telles (2012, p. 122) afirmam que embora seja certo que este dispositivo torna os entes federativos corresponsáveis pelas atividades e serviços ali numerados, disto não decorre a imposição à corresponsabilidade estabelecida o regime obrigatório da solidariedade. A própria ideia de cooperação, consagrada no dispositivo constitucional, remeteria a uma divisão de atribuições e, conseqüentemente responsabilidades preferenciais entre os entes, para aumento da eficiência e da democratização da ação ou serviço de saúde a ser prestado. Lembram também que no caso específico da competência comum a própria constituição traçou diretrizes que norteiam a divisão de atribuições entre os entes, demonstrando claramente que não deve existir uma imposição a todos das exatas mesmas tarefas e responsabilidades.

Também o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, em estudo recente, demonstra sua contrariedade ao reconhecimento da tese da responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde, conforme segue:

No que tange ao aspecto administrativo (i.e. à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde. Como todas as esferas de governo são competentes, impõem-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realiar as mesmas tarefas. (BARROSO, 2014, p. 35).

Ve-se que da mesma forma que Sarmento e Telles (2012), também para Barroso a competência comum estabelecida no art. 23, inciso segundo, da CRFB/88 não impõe o reconhecimento de responsabilidade solidária. O reconhecimento da estrutura e do modelo operacional do SUS determinada pela LOS também é mencionada pelos autores (2014, p. 35), do que decorre seu reconhecimento quanto ao respeito pela fixação de competências de cada ente, nos limites e termos disciplinados em lei.

Para materializar seu entendimento sobre a posição equivocada do judiciário no que tange à responsabilidade sanitária, Barroso (2014, p. 39) trata do controle jurisdicional em matéria de fornecimento de medicamentos. Para o autor, esta matéria deve ter por fundamento uma norma jurídica, fruto de deliberação democrática. O fornecimento de medicamentos envolve princípios e direitos fundamentais, que não só comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis, como podem ser realizados por meio de distintos atos concretivos, sendo possível que colidam entre si. Por esta razão, a extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve se dar nas hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação contrária à Constituição. Em suas palavras,

[...] onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo leis e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. (BARROSO, 2014, p. 43).

Outro ponto que merece destaque no posicionamento defendido pelo autor – e com que se está de acordo – reside na problemática decorrente do papel protagonista do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas de saúde, ponto que igualmente merece transcrição:

[...] quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuito de medicamentos mais serviria à classe

média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média. (BARROSO, 2014, p. 44)

Por fim, Barroso (2014, p. 49) esclarece que o entendimento segundo o qual a responsabilidade solidária decorre da competência comum estabelecida no art. 23, inciso segundo da CRFB/88, em nada auxilia na organização do sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos.

Neste ponto, merece ênfase a concepção de Dallari (2014, p. 29) quanto à necessidade de os profissionais do campo jurídico não se contentem com a simples existência de textos legais regulando a matéria, exigindo a verificação de um legítimo controle social na implementação das políticas públicas.

É inadequado, desta forma, considerar o poder normativo do Estado como pertencendo exclusivamente aos poderes consagrados na teoria da tripartição de poderes do Estado. A construção de órgãos e mecanismos que asseguram a participação popular direta na definição e o contínuo controle social dos atos de implementação de políticas públicas autorizam ao menos a identificação de outra esfera de poder normativo, que “talvez possa ser denominada de eminentemente pública”. (DALLARI, 2014, p. 30)

Viu-se nos capítulos antecedentes que o SUS e sua regulamentação são decorrência direta do Movimento de Reforma Sanitário, movimento social de amplíssimo alcance e imensa efetividade. Depois, comprovou-se o fato de que toda a operacionalização do SUS, desde as normas operacionais até o pacto pela saúde, passou por processo deliberativo junto às instâncias colegiadas, onde não só cada gestor estava representando, mas também usuários, profissionais e trabalhadores da área de saúde, bem como os prestadores, já que todas tiveram aprovação pelos conselhos de saúde respectivos quando não resultantes diretamente das Conferências de Saúde, como é o caso da NOB 01/93.

A última norma operacionalizadora do SUS – o Pacto pela Saúde – teve suas diretrizes aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde, órgão permanente, deliberativa e cuja composição é paritária entre usuários e demais membros.

Em se dando à legitimidade a preponderância que de fato tem, sendo ela a verdadeira expressão da democracia, desconhecer suas determinações e escolhas no que respeita às políticas públicas, é um modo de recusa à concretização de direitos fundamentais. Interessante pensar que com a audiência pública de saúde, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, este órgão, então presidido pelo ministro Gilmar Mendes, buscou justamente a legitimação de suas decisões no tocante ao direito à saúde. No entanto, em sua prática decisional, sequer faz referências à estas normativas eivadas de legitimidade.

Reconhecer o poder normativo da Administração e dos que se fundamentam no poder normativo propriamente público, derivado da efetiva participação das pessoas na definição e na realização do direito à saúde, é admitir verdadeiramente a legitimidade das normas (DALLARI, 2014, p. 30). Portanto,

O jurista, cuidando de uma política pública, está obrigado a encontrar o ato normativo que formaliza a tradução do direito gerado da participação popular [...] o que implica [...] que o legislador/administrador deve formalizar tal tradução. [...] deve-se [...], determinado o quadro geral em que ela [política pública] atua, identificar o conjunto de medidas concretas em objetivo e públicos certos. Todas essas medidas devem ter uma tradução jurídica. Elas estarão contidas em decretos, portarias, resoluções, legislação orçamentária e financeira, contratos e convênios, licenças e autorizações. (DALLARI, 2014, p. 30).

À vista disso, quando se ignora a repartição de competências e o compartilhamento de atribuições dos entes federados em saúde, impondo-lhes uma responsabilidade solidária no sentido de cada qual responder pelo todo, não se está somente infringindo o pacto federativo e o pacto sanitário, mas, mais grave ainda, se está negando a legitimidade destes atos; se está negando o controle social em saúde; se está negando a democracia; se está ferindo de maneira indelével a própria Constituição e seus princípios mais fundamentais.

5 O FEDERALISMO SANITÁRIO E OS *LEADING CASES* DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO MINIMALISMO JUDICIAL E A NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DO PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

O objetivo deste capítulo consiste na análise de *leading cases* do Supremo Tribunal Federal que, considerados de repercussão geral, determinam a solidariedade passiva entre os entes federados nas ações judiciais objetivando o fornecimento de medicamentos. A questão principal a ser analisada se assenta na imposição da responsabilidade solidária, já que esta, em termos gerais, pode ocorrer se a política de saúde for judicializada.

Para a análise dos *leading cases* foi adotada a teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein. Ao final, o que se pretende é demonstrar que as políticas de saúde não comportam uma atuação excessiva do Judiciário e que é imperativa a alteração do paradigma da responsabilidade solidária, reconhecendo a existência de uma responsabilidade compartilhada, nos termos constitucional, legal e infralegal.

5.1 A teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein

O jurista de formação Cass R. Sunstein é Professor Universitário em Harvard. Ao contrário do que o primeiro pensamento indica, ser um “professor universitário” em Harvard significa receber uma homenagem em reconhecimento ao desenvolvimento de um trabalho inovador que atravessa as fronteiras de várias disciplinas. O homenageado pode trabalhar em qualquer das escolas de Harvard. Atualmente Sunstein é professor na Universidade Harvard, tendo sido professor na Escola de Direito de Harvard, na Universidade de Chicago e na Universidade de Columbia. Entre os anos de 2009 e 2012, Sunstein chefiou o Gabinete de Informações e Assuntos Regulatórios da Casa Branca, além de ser o fundador e o diretor do Programa de Economia Comportamental e Políticas Públicas na Escola de Direito de Harvard.

Em 1999, Sunstein apresentou sua teoria de minimalismo judicial, no livro

One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. A construção teórica do minimalismo judicial se vincula ao argumento de que a constituição assegura uma forma democrática de governo, anunciando a ideia de um debate público, amplo e aberto, impondo, por isso, que os problemas da sociedade sejam resolvidos através de decisões democraticamente legitimadas. (DESTRI, 2009, p. 113).

Baseado neste pressuposto, a grande questão residiria, então, em saber como as instituições constitucionais, notadamente os tribunais, poderiam promover tal aspiração. Segundo Destri (2009), Sunstein responde a esta questão por meio do minimalismo judicial, que opera através de acordos parcialmente teorizados (DESTRI, 2009, p. 115 e nota 196).

Nesta perspectiva, Sunstein sugere uma forma minimalista de atuação dos juízes, utilizando acordos parcialmente teorizados como recurso de argumentação legal e que poderiam dar ao Direito, condições de possibilidade em uma sociedade heterogênea e composta por pessoas que possuem profundos desacordos acerca de valores fundamentais (DESTRI, 2009, p. 116).

Sunstein (1999, p. 3) introduz o minimalismo judicial lembrando que a Constituição fala de forma ampla e abstrata sobre algumas aspirações, já que muitas das grandes questões constitucionais envolvem o significado de conceitos como igualdade e liberdade. Assim, quando estes conceitos precisam ser resignificados em juízo, os juízes deliberadamente decidem o que deve deixar de ser dito.⁵⁹ Sunstein descreve tal ato como “the phenomenon of saying no more than necessary to justify an outcome, and leaving as much as possible undecided, as ‘decisional minimalism’” (SUNSTEIN, 1999, pp. 3-4).

Portanto, esse fenômeno de dizer não mais do que o necessário para justificar uma decisão é o que se entende por minimalismo judicial. Nos dizeres de Sarriá (2009, p. 282) “el minimalismo judicial consiste entonces en decir lo menos posible para justificar la decisión, en dejar sin decidir lo que más se pueda.” Portanto, não responde a uma teoria elaborada pelos juízes, nem é um programa determinado, simplesmente correspondendo ao comportamento dos juízes ao decidir, de maneira real, os casos.

⁵⁹ The Constitution speaks broadly and abstractly and about some of our highest aspirations. Many of the great constitutional issues involve the meaning of the basic ideas of “equality” and “liberty” [...] frequently judges decide very little.[...] This is a pervasive practice: doing and saying as little as is little as is necessary in order to justify an outcome”

Aponta Sunstein (1999, p. 4) duas características do minimalismo que considera bastante atrativas: (1) ser capaz de reduzir os encargos da decisão judicial e, (2) principalmente, possibilitar que os erros judiciais sejam menos frequentes e, sobretudo, menos prejudiciais⁶⁰.

Sunstein, então, é favorável ao minimalismo pelas seguintes razões, englobadas as características acima:

- (1) O minimalismo permite que as Cortes respeitem seus precedentes ao considerar casos sobre os quais podem realmente decidir, fazendo um uso construtivo do silêncio⁶¹ ;
- (2) Os âmbitos de decisão de um caso concreto são reduzidos, já que são deixados espaços abertos, de forma a permitir a tomada de decisão sem considerar aspectos onde não se obteriam acordos entre os juízes colegiados de um tribunal, ou ainda quando seja impossível obter a informação necessária, que não estaria disponível sequer para outros atores políticos ou mesmo jurídicos;
- (3) O minimalismo reduz os erros judiciais e torna seus efeitos menos prejudiciais, já que é muito difícil prever as consequências futuras de um precedente;
- (4) Favorece a democracia deliberativa ao permitir um debate amplo em todos os níveis. (SUNSTEIN, 1999, pp. 4-6)

Esta última razão nos deixa saber, portanto, de uma clara relação entre o minimalismo judicial e a democracia deliberativa, porque decisões minimalistas tendem a aumentar o espaço para a reflexão e o debate em nível local, estadual e nacional, simplesmente pelo fato de não encerrarem decisões subsequentes. Assim, se é intenção da Corte (Tribunal ou Juiz), promover mais democracia e mais deliberação, certas formas de minimalismo a ajudarão⁶². (SUNSTEIN, 1999, p. 4).

Destri (2009, p. 117) lembra que o minimalismo judicial sunsteiniano é em parte descritivo e em parte procedimental. Descritivo porque Sunstein reconhece a abordagem minimalista como uma prática usual no contexto judicial, e procedimental porque se trata de um modo de ação correto e coerente com as exigências de um sistema deliberativo e democrático. A teoria minimalista manifesta-se como a

⁶⁰ [...] Decisional minimalism has two attractive features. First, it is likely to reduce the burdens of judicial decision [...] Second, and more fundamentally, minimalism is likely to make judicial errors less frequent and (above all) less damaging.

⁶¹ O autor usa exatamente a expressão *constructive use of silence* (SUNSTEIN, 1999, p. 5), o que significa em não se pronunciar sobre aspectos de difícil consenso.

⁶² There is a relationship between judicial minimalism and democratic deliberation. Of course minimalist rulings increase the space for further reflection and debate at the local, state, and national levels, simply because they do not foreclose subsequent decisions. And if the Courts want to promote more democracy and more deliberation, certain forms of minimalism will help it to do so.

abordagem que, dentro do possível, deverá ser preferida pelos tribunais no exercício da jurisdição.

A justificativa para uma abordagem minimalista, reside, segundo Destri (2009, p. 177) nas seguintes questões:

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que os juízes, em geral, não dominam teorias filosóficas complexas, ou seja, carecem de conhecimentos necessários que lhes permitiriam solucionar divergências morais e teóricas em um grau de profundidade [...] exigido por outros métodos de abordagem. Além disso, [...] os juízes diariamente se deparam com a necessidade de decidir um grande número de casos em curto espaço de tempo, o que torna ainda mais difícil sua atuação [...]. Nos tribunais também existe divergência acerca de questões fundamentais, o que é de todo desejável, mas que representa uma dificuldade a mais na tarefa de julgar casos concretos. A diversidade de opiniões entre juízes impõe que [...] se adote uma atitude cautelosa com relação às convicções do outro, como forma de convivência respeitosa [...] Os juízes também estão sujeitos aos efeitos das pressões sociais. (DESTRI, 2009, pp. 117-118)

As decisões minimalistas se traduzem em acordos parcialmente teorizados, onde o que se quer é decidir o caso concreto e não estabelecer regras amplas e gerais que possam solucionar casos futuros. É o conflito trazido à apreciação que se quer resolver, de modo que a solução apresentada considere as especificidades do caso concreto, sem querer atingir qualquer outra situação jurídica.

Pelas razões apresentadas e em vista da importância da legitimidade das decisões em saúde, a teoria minimalista sunsteiniana será utilizada como método de análise dos *leading cases* selecionados para discutir a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde.

5.2 *Leading cases*

Para este trabalho foram selecionados três *leading cases* do Supremo Tribunal Federal: A Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE e os Recursos Extraordinários (RE) 566.471/RN e 855.178/SE. A justificativa para seleção dos recursos indicados é bastante simples. A decisão da STA 175/CE foi proferida após a convocação, pelo STF, da Audiência Pública de Saúde, ocorrida em 2009. O RE 544.471/RN sobrestou, por ordem da Ministra Ellen Gracie, todas as ações onde se

discutia a responsabilidade solidária, e o RE 855.178/SE foi considerado, pelo próprio STF, como o leading case onde se reafirmou a jurisprudência da corte no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária das esferas federativas.

Entretanto, embora o Supremo siga dizendo que a questão da responsabilidade solidária já esteja firmada e que a discussão a seu respeito não seja mais necessária, a simples leitura das decisões exaradas no julgamento destes três recursos mostram não só a ausência de qualquer discussão real e efetiva sobre a matéria, mas uma completa confusão entre o que se decidiu e o que se pensa que se decidiu.

Inicie-se, então, a análise.

5.2.1 STA 175/CE

Considerando demandas específicas, cujos objetivos consistiam na suspensão de medidas cautelares que determinavam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelos SUS, convocou-se audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria do Sistema Único de Saúde. Naquela oportunidade, foram ouvidos cinquenta especialistas entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde.

Quando da realização da Audiência Pública, estavam sob a competência da presidência do STF diversos recursos, entre eles a STA 175/CE, que serviu de parâmetros para os demais. Assim, por exemplo, a Suspensão de Tutela Antecipada 278 e as Suspensões de Segurança 2361, 2944, 3345 e 3355 tem julgamento idêntico à decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 175, contando, todas, com julgamento realizado em 17 de março de 2010, cujos resultados foram publicados pelo Diário da Justiça Eletrônico (DJe) 076 em 30 de abril de 2010. A decisão em todos estes julgamentos foi unânime e nos termos do voto do senhor relator – Ministro Gilmar Mendes

A Relatoria de todos esses processos, já dito, coube ao Ministro Gilmar

Mendes, tendo sido de sua lavra os votos condutores das decisões proferidas. Neles, o Ministro propõe uma análise pormenorizada do artigo 196 da CRFB/88, dividindo-o em seis elementos: (1) saúde entendida como direito de todos; (2), e dever do Estado; (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas; (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e aos serviços para a sua promoção, a proteção e a recuperação.

Identificando-se o recurso, temos tratar-se, na verdade, de Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, onde era Agravante a União e Agravados o Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, o Município de Fortaleza e o Estado do Ceará. Do relatório depreende-se tratar-se de agravo interposto contra decisão da presidência do STF que indeferiu o pedido de suspensão de tutela contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível n. 408729/CE.

A questão toda limitava-se ao fornecimento de medicamento para tratamento de doença neurodegenerativa rara, denominado Zavesca (princípio ativo miglustate). O Agravo foi conhecido, mas não provido. Como a presente análise restringe-se à responsabilidade solidária, somente serão mencionados e discutidos os pontos da decisão que se refiram a esta temática.

Assim, aponta o voto ministerial (BRASIL, STF, 2009, p. 24) que o Agravante reiterou fundamentos no sentido de que a decisão objeto da STA invadia a competência administrativa dos entes. Sobre o assunto, asservou o Relator que “após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública – Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária”.

Para basear e fundamentar seu entendimento, cita o RE 195.192/RS, oportunidade em que a 2ª Turma do STF consignou entendimento ementado da seguinte maneira:

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O

Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Min. Marco Aurélio, DJ 22.02.2000). (STF, STA 175, p. 100)

Note-se que a ementa fala em responsabilidade linear, não em solidária. Além disso, não há nenhuma análise fática que pudesse, de fato, justificar a escolha daquela decisão como precedente, posto que não há qualquer descrição de fatos que pudessem comprovar a verossimilhança entre as ações, a não ser no que tange ao objeto – fornecimento de medicamento.

O segundo acórdão utilizado para justificativa para o reconhecimento da responsabilidade solidária foi o RE 255.627-1, onde restou afastada a alegação do município de que não seria responsável pelos serviços de saúde de alto custo.

Entretanto, do corpo do acórdão colacionado pelo relator assim consta:

[...] Afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município – RE-AgR 255.627-1/RS, 2ª Turma, Min. Nelson Jobim, DJ 21.11.2000. (STF, STA 175, pp. 100-101).

Note-se que a decisão reconhece a existência de lei obrigando o município de Porto Alegre a fornecer o medicamento, restando ausente somente sua regulamentação. É verdade que reconhece que o preceito Estado mostra-se abrangente, mas a justificativa para a decisão está assentada na questão do financiamento da saúde (todos os entes) e na existência de lei. Sequer é mencionado o art. 23, inciso segundo da CRFB/88 ou mesmo qualquer outro dispositivo constitucional.

O Ministro Gilmar Mendes (STF, STA 175, p. 101) assevera ter sido muito enfatizada a responsabilidade dos entes da federação durante os debates na Audiência Pública, oportunidade em que ele externou os seguintes entendimentos:

O poder judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na sua

responsabilidade solidária para responder pelas demandas de saúde. Muitos dos pedidos de suspensão de tutela antecipada, suspensão de segurança e suspensão de liminar fundamentam a ocorrência de lesão à ordem pública na desconsideração, pela decisão judicial, dessa divisão de responsabilidades estabelecidas pela legislação do SUS, alegando que a ação deveria ter sido proposta contra outro ente da Federação. Não temos dúvida de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação de serviços de saúde. Importa aqui reforçar o entendimento de que cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios agirem em conjunto no cumprimento do mandamento constitucional. A Constituição incorpora o princípio da lealdade à Federação por parte da União, dos Estados e Municípios no cumprimento de suas tarefas comuns. (STF, STA 175, p. 101).

Mais uma vez se pode perceber que o entendimento do senhor Ministro de onde decorre que a responsabilidade solidária decorre da competência comum do artigo 23, II, da CRFB/88 não foi objeto de deliberação, visto tratar-se de posicionamento por ele externado e não compartilhado efetivamente pelo Plenário da Corte.

Ainda, menciona o Ministro Gilmar Mendes (STF, STA 175, p. 101) que “parece certo que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos”.

Ora, esse modelo de cooperação e coordenação já foi construído. Ele se expressa pela regulamentação do SUS advinda da LOS, por sua operacionalização por meio de normas operacionais e, ao fim, pelo Pacto pela Saúde, onde estão previstas justamente as ações a serem desenvolvidas em conjunto ou isoladamente pelos entes. Essa já é a coordenação entre os entes. O federalismo sanitário, com o seu compartilhamento de competências, é a própria cooperação. O seu não reconhecimento é que é problemático.

Depois desta argumentação, o Ministro Gilmar Mendes ressalta que “o tema da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde poderá ser apreciado pelo Tribunal no RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio, o qual tem repercussão geral reconhecida nos termos da seguinte ementa⁶³.” (STF, STA 175, p. 102)

⁶³ Diz a ementa: SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

É certo, assim, que a questão da responsabilidade solidária não estava encerrada, haja vista que a questão seria apreciada quando do julgamento do RE 566.471. O que é curioso é que, o último *leading case* selecionado rejeita sumariamente este apontamento, dizendo não tratar-se o RE 566.471 de responsabilidade solidária.

Na época do julgamento da STA 175, tramitava na corte Proposta de Súmula Vinculante (de n. 4) que propunha tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes federados. Entretanto, esta PSV teve sua tramitação sobrestada por decisão da Ministra Ellen Gracie, Presidente da Comissão de Jurisprudência, e está no aguardo da apreciação do mérito do mencionado RE 566.471, conforme publicação no DJe de 26.08.09. (STF, STA 175, p. 102).

Assim, se houve o sobrestamento de uma PSV e se tal foi reconhecido no corpo do voto do relator Min. Gilmar Mendes na decisão da STA 175/CE, como se pode falar em entendimento pacificado? Sequer houve verdadeira discussão.

De toda forma, reconhece o Min. Gilmar Mendes que a responsabilidade dos entes federados em matéria de direito à saúde suscita questões delicadas. Ao decidir pelo reconhecimento da responsabilidade da União ao fornecimento do ZAVASCA, portanto, indeferindo seu recurso, admite que este pode não ser um posicionamento acertado. Em suas palavras:

A correção ou não deste posicionamento, entretanto, não é passível de ampla cognição nos estritos limites deste juízo de contracautela, como quer fazer valer a agravante. Da mesma forma, as alegações referentes à ilegitimidade passiva da União, à violação do sistema de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e à desconsideração da lei do SUS, não são passíveis de ampla delibação no juízo do pedido de suspensão de segurança, pois constituem o mérito da ação, a ser debatido de forma exaustiva no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a tutela antecipada [...].

Então, o Ministro Gilmar Mendes, numa decisão que tem sido utilizada como paradigma para a fixação da competência solidária dos entes, alega que no âmbito do recurso em análise não havia como se debater efetivamente as questões

levantadas pela Agravante, quais sejam, ilegitimidade passiva, violação ao sistema de repartição de competência, necessidade de se figurar no pólo passivo da demanda somente o ente responsável pela deliberação mas, mesmo assim, o paradigma da responsabilidade solidária se firma.

Então, nesta decisão temos (1) fundamentação jurisprudencial que fala em responsabilidade linear (e não solidária), existência de lei prevendo a dispensação de medicamento requerido; (2) posicionamento pessoal externado em audiência pública; (3) reconhecimento de que deve haver um desenvolvimento prático de uma responsabilidade solidária (ou seja, cooperativa); (4) reconhecimento de que o assunto seria debatido no RE 566.471/RN; (5) Sobrestamento de Pedido de Súmula Vinculante para reconhecimento da responsabilidade solidária até o julgamento do recurso referido; (6) espaço reduzido para cognição ampla sobre o assunto, dado tratar-se de uma decisão exarada numa Suspensão de Tutela Antecipada.

Acredita-se que só por isso não se poderia considerar o entendimento jurisprudencial da responsabilidade solidária verdadeiramente firmado, porque inclusive vislumbrado o desacerto do posicionamento pelo próprio relator.

Não bastasse tudo isso, nos apartes, a Ministra Ellen Gracie que, ao acrescentar o seu voto ao voto do relator, pondera sua preocupação quanto à possibilidade de ser possível um julgamento de repercussão geral que sirva a toda coletividade. Diz ela:

[...] E faço, desde logo, uma ponderação aos colegas: Se efetivamente será possível extrair um julgamento em repercussão geral que sirva a toda essa miríade de casos tão diversos entre si, em que as circunstâncias fáticas são muitas vezes únicas. Talvez, se nós cuidarmos de uma categoria geral, por exemplo, os portadores de diabetes que pleiteiam os reagentes e as fitas para fazerem exames – essa seria uma categoria homogênea passível de solução idêntica. Porém, as moléstias que são trazidas ao Judiciário, e os medicamentos requisitados são os mais variados possíveis. Faço, portanto, essa indagação ao Tribunal: Seria efetivamente viável darmos repercussão geral a essa matéria? (STF, STA 175, p. 105)

O próprio Ministro Gilmar Mendes a tranquiliza dizendo: “No caso do Ministro Marco Aurélio, pelo que percebi, inclusive li a ementa da repercussão geral, o recurso foca exatamente a questão da responsabilidade solidária” (STF, STA 175, p.

105).

E sua fala é avalizada pelo Min. Marco Aurélio que assegura ter o recurso extraordinário sob sua relatoria (566.471/RN) balizas próprias, de modo que a decisão da Corte as levará em consideração bem como ao conflito de interesses envolvidos. Estando já decidida a questão da repercussão geral não cabe mais ao Tribunal rever o que foi assentado (STF, STA 175, pp. 105-106).

A ministra não parece convencida e assim se manifesta:

Eu, sinceramente, continuo colocando aos colegas essas dúvidas, essa indagação, essa perplexidade diante de um sistema novo que estamos inaugurando, o da repercussão geral. Se acaso, não nessa hipótese específica, chegássemos à conclusão, em um outro caso, de que não há repercussão geral, essa decisão poderá ser revista? (STF, STA 175, p. 106).

A preocupação da Ministra é legítima e merece larga consideração. A partir dos pressupostos minimalistas sunsteinianos, vemos tratar-se de decisão cuja consequência prejudicial parece ser inevitável. Caso tivesse a corte decido de forma minimalista, a questão relativa à responsabilidade sanitária dos entes federados seria discutida e avençada nos foros adequados, sem violação ao pacto federativo, ao pacto sanitário, sem ofensa à Constituição e, mais ainda, plenamente legitimada pelo controle social.

De todo modo, o que se pode depreender da análise oposta é que o reconhecimento da responsabilidade solidária na STA 175 não pode ser tido como precedente jurisprudencial a ser levado aplicado indiscriminadamente nos casos de judicialização da saúde. Ainda, que não se trata de decisão minimalista o que tem causado graves consequências à estrutura e operacionalização do SUS.

5.2.2 RE 566.471/RN

Como visto acima, o Recurso Extraordinário 566. 471/RN teve repercussão geral reconhecida, pendente ainda de julgamento. Em decisão publicada em 10 de setembro, o Min. Marco Aurélio pediu fossem providenciadas informações, a fim de que o processo seja inserido na pauta do Plenário.

Bem trata-se de Recurso originário do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Norte, autuado em 09 de outubro de 2007. Ainda que sua repercussão geral tenha sido reconhecida como sendo sobre controvérsia acerca da obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamentos de alto custo, a expectativa gerada desde o julgamento da STA 175 girava em torno do reconhecimento ou não de responsabilidade solidária dos entes federados. Gize-se que a responsabilidade solidária em questão não é a mesma solidariedade decorrente do federalismo cooperativo, mas aquela do direito civil, onde o credor pode escolher quem executar, se em conjunto ou separadamente).

Pois bem, o fato é que por conta da expectativa criada na STA 175, bem como no sobrestamento do Pedido da Súmula Vinculante n. 4, que trata da responsabilidade solidária, todos os entes federados manifestaram-se como interessados na causa. O Relator, Min. Marco Aurélio, acolheu ao pedido de todos os Estados-Membros, negando, entretanto, os pedidos dos municípios neste respeitante, visto tratar-se de mais de 5 mil municípios.

Então, ainda que a repercussão geral tenha sido consignada como fornecimento de medicamento de alto custo, é a questão da responsabilidade solidária que deve ser debatida, seja por tudo o que se propugnou no julgamento da STA 175, seja por força das expectativas existentes.

O fato é que embora julgamentos posteriores, do que é exemplo o *leading case* da próxima seção, tenham se recusado a entender tratar-se o RE 566.471 como sendo um caso de responsabilidade solidária, assinalando que esta era já uma questão pacificada, porque embasada em jurisprudência dominante, não é verdade.

Já se sabe que devido ao reconhecimento de repercussão geral deste recurso, não vai ser possível uma decisão minimalista, somente aplicável ao caso concreto.

De todo modo, por tudo o que foi defendido até agora, o que se espera é o reconhecimento de que não existe responsabilidade solidária em termos civil dos entes federados em matéria de saúde. O que existe é uma responsabilidade compartilhada, decorrente do federalismo sanitário e legitimada nas Comissões Intergestores e nos Conselhos de Saúde.

A responsabilidade sanitária compartilhada é a verdadeira responsabilidade solidária, porque explicita a solidariedade do sistema de saúde brasileiro, solidariedade que se concretiza com o compartilhamento de recursos, com os repasses diretos (fundo a fundo), com a possibilidade de assumir atribuições com base nas reais possibilidades de cada um dos entes federados.

Ainda que não possa ser esta uma decisão minimalista, que possa causar os menores prejuízos aos SUS possíveis.

5.2.3 RE 855.178/SE

Esta é uma decisão *sui generis* porque ao mesmo tempo em que reconhece repercussão geral ao recurso impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, confirma, por maioria, no mérito, a jurisprudência dominante na corte.

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União contra Maria Augusta da Cruz Santos, interpondo-se contra decisão que determinou o fornecimento do medicamento BOSENTANA (princípio ativo TRACLEER 62.5mg/125mg), vindo do Estado de Sergipe.

A ementa do acórdão foi lavrada nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. Não se manifestou a ministra Carmem Lúcia. (STF, RE 855.178, p. 1)

Do que se depreende da ementa, houve decisão unânime do Tribunal no que tange ao reconhecimento de questão constitucional e da existência de repercussão geral. Entretanto, no mérito – ou seja, no reconhecimento ou não de

responsabilidade solidária entre os entes federados – houve divergência por parte dos Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio.

Ao ser detectada a divergência, procurou-se obter os votos para leitura, dado que não há nenhum aparte no acórdão. Diligenciando no sentido de obtê-los, contactou-se telefonicamente os gabinetes dos três ministros divergentes, Min. Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. Conforme instruções recebidas pelos assessores, procedeu-se ao pedido dos votos por e-mail.

O Gabinete do Ministro Roberto Barroso ainda não enviou qualquer comunicação, mas os Gabinetes dos Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki, sim. Em ambos os casos confirmou-se a inexistência de voto escrito sobre a divergência. Inicialmente todos os assessores afirmaram que a divergência havia sido em relação ao reconhecimento de repercussão geral, mas, tendo sido enviada cópia do acórdão, manifestaram estranheza.

O Gabinete do Ministro Marco Aurélio se desculpou, dizendo que não havia o voto em sistema, enquanto a assessoria do Ministro Teori Zavascki, ao ser confrontada com cópia do acórdão, disse que o Ministro simplesmente divergiu, não tendo formalizado sua contrariedade.

De toda forma, em não tendo sido unânime o entendimento do mérito recursal há que se investigar os motivos pelos quais divergiram os Ministros seja explicitado futuramente. De toda forma, ainda que tendo havido manifestação quanto ao mérito recursal, foram opostos embargos de declaração, indeferidos pelo Relator Min. Luiz Fuz. Quando de seu indeferimento houve pedido de vistas, do que resulta que agora o processo está sobrestado.

De todo modo, nas razões recursais a Recorrente sustentou, no mérito, violação aos artigos 2º e 198 da CRFB/88, argumentando, sinteticamente, sua ilegitimidade passiva, baseando-se no princípio da descentralização, do que decorreria, no caso, a obrigação do Município ao fornecimento do medicamento requerido.

Inicialmente o Relator destaca que a discussão posta aos autos não se confunde com a do RE 566.471, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, o mesmo a que se refere o item anterior e é citado pela STA 175, como aquele onde a questão da responsabilidade solidária seria discutida. Aqui, ao contrário do que firmado na STA

175, diz-se textualmente que se refere ao fornecimento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

Entretanto, prossegue o Relator, a discussão jurídica deste RE 855.178 diz respeito, justamente, à responsabilidade solidária. Prossegue o Relator assentando que o Tribunal de Origem (SE) não contrariou a jurisprudência firmada pelo Plenário da Corte no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e, como se sabe, com conteúdo decisório idêntico ao da STA 175, tratada anteriormente.

O Relator extrai do voto condutor da SS 3.355 os exatos elementos do voto proferido na STA 175, o que só confirma a identidade das decisões exaradas em ambas as ações.

Assim, entendendo demonstrado que o tema constitucional transcende interesse das partes envolvidas, manifesta-se pela existência de repercussão geral e pela reafirmação de jurisprudência sobre o tema, ou seja, pela reafirmação da responsabilidade solidária.

Do exposto, resta claro que o STF não tem dado o devido valor às questões envolvendo a responsabilidade solidária, reafirmando jurisprudência que não só não está devidamente consolidada, como, em verdade, ainda necessita de decisão meritória, o que só vai ocorrer, em verdade, com o julgamento do RE 566.471/RN, momento após o qual poderia voltar a ativa, inclusive, proposta de súmula vinculante.

Na prática, o que se vê é o que o Judiciário tem, nestes últimos anos, fazendo de conta que houve uma decisão sobre a responsabilidade solidária quando de fato não houve.

A consequência deste “equivoco” vem causando sérios prejuízos aos entes federados que veem todos os seus esforços de pactuação jogados por terra, sem contar que induz em erro todas as demais esferas do judiciário, além dos demais operadores jurídicos.

Acaso tivesse sido esta uma decisão do tipo minimalista, este tipo de dano não teria o efeito cascata que tem, impactando orçamentos públicos e, pior, deslegitimando decisões governamentais tomadas com o aval do controle social em saúde.

Deste modo, é imperioso que o Judiciário tome ciência da situação equivocada em que se encontra e, verdadeiramente, se debruce sobre a questão do compartilhamento de responsabilidades entre os entes federados, reconhecendo a força e a vinculação do federalismo sanitário, alterando o paradigma falacioso da responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde.

6 CONCLUSÃO

O Estado Federal contemporâneo foi criado em 1787, com a Constituição dos Estados Unidos e foi desenvolvido para fazer frente às necessidades e circunstâncias da época, visando, assim, resolver as deficiências da antiga Confederação sem, contudo, transformar-se num Estado unitário, de modo a permitir que os membros da federação pudessem ser autônomos e independentes em todos os sentidos que dissessem respeito somente aos interesses circunscritos ao seu território ou à sua população.

Por ser o Estado Federal uma resposta à problemas circunstanciais, não existe mais um único federalismo. Cada Estado Federal tem suas peculiaridades e idiossincrasias. Entretanto, é possível, sem qualquer sombra de dúvidas, estabelecer critérios para sua identificação, considerando-se que a simples descentralização não faz de um Estado um Estado Federal. O que torna um Estado Federal é a existência de duas ou mais ordens de governo distintas; repartição de competências entre os entes federados; soberania da União e autonomia dos membros federados, tanto em relação à União, quanto em relação aos demais.

Existem vários modelos de federalismo, reputando-se os mais importantes os citados e, entre estes, o cooperativo e assimétrico, dado que possuem estreita relação com o Estado federal brasileiro. O Brasil se constitui em Estado Federal somente em 1889 e sua evolução não é linear, tendo havido momentos em que o federalismo parecia mais voltado ao fortalecimento da União e outros, ao fortalecimento dos Estados.

Com a elevação do municípios ao *status* de membros federados, em 1988 o Brasil inaugura um federalismo inédito: com três ordens de governo distintas e, ainda que durante quase uma década, tenha tido um federalismo estadualista, hoje é possível falar na grande concentração de poderes da União, ainda que dotado de uma confusa distribuição de competências.

No Brasil o processo de reconhecimento da saúde em seu conceito mais amplo e como um direito fundamental deve ser compreendido a partir da democratização do Estado, iniciada a partir da segunda metade da década de 1970, quando principiou o movimento de reforma sanitária. O movimento objetivava a

instituição de um sistema regionalizado, unificado e descentralizado de ações e serviços de saúde, contando com a universalização do atendimento e da cobertura, a hierarquização e a integralidade do sistema, o qual devia instituir mecanismos participativos, visando a afiançar o controle social da política.

Esse movimento culminou com a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde e apresentou uma nova proposta de estrutura e política de saúde para o Brasil, a partir de questões cruciais: (1) saúde como dever do Estado e direito do cidadão; (2) reformulação do sistema nacional de saúde e (3) financiamento setorial. Em que pese grande adesão ao movimento por organizações da sociedade civil e alguns movimentos populares, pode-se ponderar que este foi um movimento muito mais de adesão do que de deliberação, na medida em que não houve uma discussão de âmbito nacional da qual foram extraídas as propostas de reforma, mas a apresentação das propostas feitas pelo grupo de atores centrais do movimento, constituído por profissionais, intelectuais e burocratas da área de saúde, ocupantes de cargos nos governos estaduais e municipais, vinculados a certas universidades, centros de pesquisa e instituições governamentais, tendo por principal referência a Fundação Oswaldo Cruz.

As propostas do movimento de Reforma Sanitária constituíram as bases do sistema de saúde nacional vigente, qual seja o Sistema Único de Saúde, organizado mediante as diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera de governo; do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas; e da participação da comunidade, desenvolvidas sempre com a observância de certos princípios entre os quais se sobressaem o da universalidade de acesso; da regionalização e da hierarquização dos serviços e das ações de saúde; da unicidade do sistema; da igualdade; e o da alocação de recursos e orientação programática com base no perfil epidemiológico. O Sistema Único de Saúde está regulamentado pelas Leis 8.080/90 e 8.142/90 que, em seu conjunto, formam a Lei Orgânica da Saúde, merecendo destaque, em sua configuração atual, o Decreto 7.508/2011 e a Lei Complementar 141/2012.

Assim, por meio deste conjunto normativo, encabeçado pela Constituição Federal, espera-se ter sido possível descrever o modo pelo qual vem estruturado o sistema de saúde brasileiro, além de ter demonstrado o reconhecimento inequívoco da saúde como um direito fundamental.

No que diz com o federalismo sanitário, deve-se entendê-lo como o modelo institucional que estrutura e operacionaliza o SUS, assentado que está na definição de três esferas autônomas de gestão sanitária do que decorre as bases político-administrativas deste que é um federalismo cooperativo.

O reconhecimento do federalismo sanitário demanda o reconhecimento de responsabilidades compartilhadas, onde ocorrem pactuações que permitem com que a solidariedade sistêmica do SUS se manifeste: cada ente, garantida sua autonomia, inclusive no tange aos repasses obrigatórios fundo a fundo, pode determinar quais responsabilidades, além das determinadas constitucional e legalmente, pode assumir, contribuindo para o fortalecimento de sua função de gestor de saúde.

Nesta senda, de Judiciário tem de entender que suas decisões quando inadvertidamente e sem qualquer fundamentação real, determinam a solidariedade de direito civil entre os entes federados, não impactam só o ente(s) demandado(s), mas também a sociedade, já que todo aquele que não acessou o judiciário para requerer a concretização do que julga seu direito à saúde, será em alguma medida prejudicado, especialmente se a verba orçamentária do ente demandado sofrer uma brusca diminuição em função do cumprimento de ordem judicial, intervindo em desacordo com o minimalismo judicial sunsteiniano.

Na verdade, o Judiciário contraria não só esta teoria, mas a própria legitimidade das normas, já que todas estas avenças decorrem de apreciação e aprovação em órgão de controle social (Conselho Nacional de Saúde), dando às decisões administrativas uma legitimidade muito maior do que qualquer decisão judicial.

É preciso lembrar que o ilustre Ministro Gilmar Mendes, ao manifestar-se na STA 175 e concluir sobre a responsabilidade solidária dos entes federados sequer levou em consideração as manifestações feitas em contrário, não dando à corte conhecer de sua argumentação. Neste aspecto, até mesmo o julgamento da causa de pedir pode se considerar prejudicado, já que os argumentos contrários não foram sopesados devidamente.

É imprescindível que o judiciário, neste trabalho representado pelo Supremo Tribunal Federal, em sua dupla função: guardião da constituição e última instância decisória, reconheça que não pode ir contra o pacto federativo que, em âmbito

sanitário se expressa pelo federalismo sanitário, sob pena de ferir o que se pretende guardar: a própria constituição.

Ainda, é imperativo consignar que a expressão solidariedade em âmbito federativo não tem relação com o instituto da solidariedade de direito civil, mas refere-se a ideia de mútuo auxílio. Esse auxílio pode se dar de várias formas. No SUS essa solidariedade se expressa pela forma organizativa e estrutural, pelos repasses direto fundo a fundo, pela descentralização e regionalização da saúde, pela assunção de tarefas de acordo com sua capacidade organizativa e financeira. É esta a solidariedade que tem de ser reconhecida pelo judiciário. A única que condiz com o dever de solidariedade entre os entes federados, mas não só entre eles, mas entre eles e a sociedade, entre os entes, a sociedade e a família. Todos somos solidariamente responsáveis pelo SUS, cada um no cumprimento de suas atribuições específicas.

Por fim, a partir da análise dos *leading cases* apresentados, sob o viés do minimalismo judicial, verificou-se que as decisões judiciais no que tange ao direito sanitário não podem ser consideradas minimalistas e, neste caso específico, deveriam ser, de modo a minorar os danos que certamente causam ao SUS

7 REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. A reconstrução das funções governamentais no federalismo brasileiro. In: HOFMEISTER, Wilhelm. CARNEIRO, José Mario Brasiliense. (Orgs.) *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, série Debates n 22, vol. I, 2001.

ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FCH e os desafios do governo Lula. In: *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, pp. 41-67.

AFFONSO, Rui de Brito Álvares. A federação no Brasil: impasses e perspectivas. In: AFFONSO, Rui de Brito Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros. *A federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: Fundap, 1995. pp. 57-75.

AJA, Eliseo. *El estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2007, 1. reimpressão.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

ARRETCHE, Marta; RODRIGUEZ, Vicente. Descentralizar e universalizar a atenção à saúde. In: ARRETCHE, Marta; RODRIGUEZ, Vicente [Orgs.]. *Federalismo no Brasil: Descentralização das políticas sociais no Brasil*. São Paulo: Fundap: Fapesp; Brasília: IPEA, 1999, pp.126-144)

ARRETCHE, Marta. Relações federativas nas políticas sociais. In: *Educ. Soc.* [online]. Set. 2002, vol. 23, n. 80, disponível <http://www.scielo.br/pdf/es/v2380/12922.pdf> Acesso em 30.03.2014

BAGGIO, Roberta C. *Federalismo no contexto da nova ordem global: perspectivas de (re) formulação da Federação Brasileira*. Curitiba, Juruá Editora, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *1891*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. (Col. Constituições brasileiras; v. 2)

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. *História da saúde pública no Brasil*. 4. ed. 9. imprs. São Paulo: Ática, 2006.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.
BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). *Legislação estruturante do SUS*. Brasília: CONASS, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sistema Único de Saúde. *Descentralização das ações e serviços da saúde: a ousadia de cumprir e fazer cumprir a lei*. Ministério da Saúde. Brasília. 1993.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 2.203, de 05 de novembro de 1996.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde. *O SUS de A a Z: garantindo saúde nos Municípios*. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria Executiva. Departamento de Apoio à Descentralização. Coordenação-Geral de Apoio à Gestão Descentralizada. *Diretrizes operacionais dos Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. (série A. Normas e Manuais Técnicos – Pactos pela Saúde 2006, v. 1)

BURK, Edmund. Speech to the electors of Bristol. In: *The Works of the right honourable Edmund Burk*. The Founders' Constitution. London: Henry G. Bohn. Vol. 1. Disponível em <http://presspubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>. Acesso em 20 de julho de 2014.

CAMPOS, Gastão Wagner de Souza Campos. Reforma política e sanitária: a sustentabilidade do SUS em questão? In: *Ciência e Saúde Coletiva*. São Paulo, v. 12, n. 2, 2007, pp. 301-306.

CAMPOS, Gastão Wagner de Souza. O SUS entre a tradição dos sistemas nacionais e o modo liberal-privado para organizar o cuidado à saúde. In: *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 12, jan-nov. 2007.

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

CARVALHO, Brígida Gimenez; MARTIN, Gilberto Berguio; CARDONI JÚNIOR, Luiz. A organização do sistema de saúde no Brasil. In: ANDRADE, Seoma Maffei de; SOARES, Darli Antonio; CARDONI JÚNIOR, Luiz (Orgs.). *Bases da saúde coletiva*. Londrina: UEL, 2001.

CARVALHO, Gilson. O que são e o que não são ações e serviços de saúde no bloco de constitucionalidade [on line - 2009]. *Conasems*. [página institucional]. Disponível em: www.conasems.org.br. Acesso em 03.04.2014.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde: comentários à lei orgânica da saúde: leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90*. 4. ed. rev. e atual. Campinas : Unicamp, 2006

CARVALHO, Guido Ivan de. SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde: comentários à lei orgânica da saúde: leis n. 8.080/90 e 8.142/90*. 3. ed. Campinas: Unicamp, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995.

COHN, Amélia. Políticas de saúde: implicações e práticas. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Souza [et. al.] (Orgs). *Tratado de saúde coletiva*. São Paulo : Hucitec; Rio de Janeiro : Fiocruz, 2009

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8^a. *Anais*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987.

COOKE, Alistair. *A party of change: A brief history of the Conservatives*. London: Conservative Research Department, 2010.

COSER, Ivo. O conceito de federalismo e a ideia de interesse no Brasil do século XIX. In: *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 51, n. 4, 2008, pp. 941-981

COSTA, Elisa Maria Amorim; CARBONE, Maria Herminda. *Saúde na família: uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Rubio, 2004.

COTTA, Rosângela Minardi Mitre; MENDES, Fábio Faria; MUNIZ, José Roberto. *Descentralização das políticas públicas de saúde: do imaginário ao real*. Viçosa: UFV, 1998.

CROISAT, Maurice. *El federalism en las democracias contemporáneas*. Barcelona: Hacer Editorial, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986. Série Princípios.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e do direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DELGADO, José Augusto. Da organização do Estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.654-718.

DIMOCK, Marshall Edward. DIMOCK, Gladys Ogden. *American government in action*. 2. Reimpressão. New York: Rinehart & Company, Inc., 1947.

DOURADO, Daniel de Araújo; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. Regionalização e dinâmica política do federalismo sanitário brasileiro. In: *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, vol. 45, n. 1, fev de 2011, pp.204-211.

DOURADO, Daniel de Araújo. *Regionalização e federalismo sanitário no Brasil*. 2010. 183f. Dissertação (mestrado). Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Departamento de Medicina Preventiva, São Paulo, 2010.

ELAZAR, Daniel. *Anàlisi del federalisme i altres textos*. Estudi introductor de Ronald L. Watts. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms (Catalunya), 2011.

ELSTER, Jon. Introdução. In: ELSTER, Jon (Org.). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001.

FARIAS, Paulo José Leite. A função clássica do federalismo de proteção das liberdades individuais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138 (abr/jun 1998), pp. 155-184.

FAVERO, Eduardo. *Análise dos controles dos repasses fundo a fundo na saúde*. 2009. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso: Pós-Graduação *Lato Sensu* em Auditoria Interna e Controle Governamental. Instituto Serzedello Corrêa. Tribunal de Contas da União. Brasília, 2009.

FIORI, José Luís. O federalismo diante do desafio da globalização. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros. *A federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: Fundap, 1995. pp. 19-38.

GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo, 2002. 2. Tiragem.

GRAEFE, Peter. *The scope and limits of asymmetry in recent social policy agreements*. Ontário: Institute of Intergovernmental Relations Queen's University, 2005.

GUTIERREZ LLORET, Rosa Ana. Republicanismo federal e a insurrección cantonal en Alicante. In: *Anales de Historia Contemporânea*, v. 6, pp. 165-181, Murcia, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia : Entre Faticidade e Validade* vol. I e II

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Traduc., introduc. e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C.S. Duarte. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; ROSA, Tereza Etsuko da Costa; MENEGUZZO, Marco. *Inovação e cooperação intergovernamental: microregionalização, consórcios, parcerias e terceirização no setor saúde*. São Paulo: Annablume, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 2. Tiragem.

KINCAID, John. *Who was Publius: The Real Guy*. In: University of Kent. Link para Pesquisa. Página institucional (www.kent.ac.uk). Texto Disponível em <https://www.kent.ac.uk/politics/cfc/research/Who%20Was%20Publius1.pdf>. Acesso em 01 de setembro de 2014.

KRÜGER, Tânia Regina. O desconhecimento da reforma sanitária e da legislação do SUS na prática do conselho de saúde. In: *Revista de Planejamento e Políticas Públicas*, n. 22. Brasília: IPEA, 2000

LAFORREST, Guy. *The historical and legal origins of asymmetrical federalism in Canada's founding debates: A Brief Interpretive Note*. Ontário: Institute of Intergovernmental Relations Queen's University , 2005.

LASSANCE, Antonio. Federalismo no Brasil: trajetória institucional e alternativas para um novo patamar de construção do Estado. In: LINHARES, Paulo de Tarso Frazão; MENDES, Constantino Cronemberger; LASSANCE, Antonio. *Federalismo à brasileira: questões para discussão*. Brasília: Ipea, 2012. pp. 23-36.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LECOURS, André. *Speaking of asymmetry: Canada and the 'Belgian model'*. Ontário: Institute of Intergovernmental Relations Queen's University , 2005.

LIMA, Ruy Cirne. *Sinopse de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sulina, 1965.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005b;

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005a;

MACLURE, Jocelyn. *Beyond recognition and asymmetry*. Ontário: Institute of Intergovernmental Relations Queen's University , 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

MALUF, Said. *Teoria geral do Estado*. 23.ed. rev. e atual. por Miguel Alfredo Maluf Neto, São Paulo, Saraiva, 1993.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas: In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINHOTO, Antonio Celso Batista. Federalismo, estado federalist e a revalorização do município: um novo caminho para o século XXI? In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 3, n. 2, 2013, pp. 51-64.

MOMO, Alessandra Loio Vaz. *Uma análise crítica do federalismo cooperativo no Brasil*. 2013. 130 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/AlessandraLoioVazMono.pdf

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*. Une édition électronique réalisée à partir du livre Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758). Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. Édition établie par Laurent Versini, Paris: Éditions Gallimard, 1995.

MORETTO, Marcos Aurélio. *A política e a prática de saúde: suas consonâncias e dissonâncias*. Erechim: EDIFAPES, 2002.

MORGAN, Edmund S. *La invención del pueblo: el surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*. Traducción de Julio Sierra.

MORTON, F.L. *Equality or asymmetry? Alberta at the crossroads*. Ontário: Institute of Intergovernmental Relations Queen's University, 2005.

NASCIMENTO, Paulo Roberto do. ZIONI, Fabíola. Relações federativas no SUS: autonomia nas relações intergovernamentais da CIB-SP. In: *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, vol. 3, n. 2, jul., 2009, pp. 11-33.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JÚNIOR, Geraldo. Descentralização das políticas sociais no Brasil. In: ARRETCHE, Marta; RODRIGUEZ, Vicente [Orgs.]. *Federalismo no Brasil: Descentralização das políticas sociais no Brasil*. São Paulo: Fundap: Fapesp; Brasília: IPEA, 1999, pp. 19-60.

OLIVEIRA, Francisco. A crise da federação: da oligarquia à globalização. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Orgs.). *A federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: Fundap, 1995, pp. 77-90.

PINTO FILHO, Francisco Bilac M. *A intervenção federal e o federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PROUDHON, Pierre Joseph. *El principio federativo*. Tradução de Aníbal D'Auria. Buenos Aires: Libros de Anarres, 2008.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação e República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Orgs.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada: os sistemas do Brasil e da Espanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira. TRINDADE, Jorge. Manual de atuação jurídica em saúde pública. In: BRASIL. Ministério da saúde. Secretaria de gestão do trabalho e da educação na saúde. Departamento de gestão da educação. ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

ROCHA, Carlos Vasconcelos. Federalismo: dilemas de uma definição conceitual. In: *Civitas*. Porto Alegre, v. 11, n. 2, maio-ago 2011, pp. 323-338.

ROYO, Javier Pérez. CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. 13. ed. rev. Por DURÁN, Manuel Carrasco. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SALDANHA, Ana Claudia. Estado federal e descentralização: uma visão crítica do federalismo brasileiro. In: *Revista Seqüência*. N. 59, dez, 2009, p. 327-360.

SANTOS, Lenir. ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros*. 2. ed. Campinas: Saberes, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 27-69.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 99-115.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWARTZ, Bernard *Los poderes del gobierno: comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*. I. Poderes federales y estatales. Traducción de José Juan

Olloqui Labastida. México: Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.

SCHWARTZ, Bernard. *A commentary on the constitution of the United States: Part I: The powers of government*. New York: The Macmillan New York, London: Macmillan New York, 1963.

SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SERRA, Carlos Gonçalves; RODRIGUES, Paulo Henrique de Almeida. Avaliação da referência e contrarreferência no Programa Saúde da Família na Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RJ, Brasil). In: *Ciência e Saúde Coletiva*. São Paulo, n. 15, supl. 3, 2010, pp. 3579-3586

SILVA, Pedro Luiz Barros; COSTA, Vera Lúcia Cabral. Descentralização e crise da federação. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros. *A federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: Fundap, 1995. pp. 261-283.

SOROMENHO-MARQUES, Viriato. A filosofia constitucional do federalismo: estudo introdutório à edição portuguesa de O Federalista. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Traduc., introduc. e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C.S. Duarte. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Regimes Políticos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 555-616.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARLTON, Charles. Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation. *The Journal of Politics*, vol. 27, nº 4, nov.1965, pp. 861-874.

TARQUINI, María Castorina de. El federalismo. In: PÉREZ GUILHOU (Coord) *et al. Derecho público provincial y municipal*. 2a. ed. atual. Buenos Aires: La Ley, 2003. UNITED STATES OF AMERICA. Congress. Library of Congress. *A century of lawmaking for a new nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774-1875*. Disponível em: <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=127> > Acesso em 13 de julho de 2014.

VALDÉS, Roberto Blaco. *Los rostros del federalismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2013, 1. reimpressão.

VALLA, Victor Vincent. Participação popular e saúde: a questão da capacitação técnica no Brasil. In: VALLA, Victor Vincent; STOTZ, Eduardo Navarro (Orgs.).

Participação popular, educação e saúde: teoria e prática. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

VARGAS, Soraya Côrtes. Espaços decisórios e a arena política de saúde. In: *Caderno de Saúde Pública*. Rio de Janeiro. V. 25, n. 7, jul. 1999, pp. 1626-1633

VASCONCELOS, Cipriano Maia de. PASCHE, Dário Frederico. O sistema único de saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Souza [et. al.] (Orgs). *Tratado de saúde coletiva*. São Paulo : Hucitec; Rio de Janeiro : Fiocruz, 2009.

WHATTS, Ronald L. *A comparative perspective on asymmetry in federation*. Ontário: Institute of Intergovernmental Relations. Queen's University, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação J.J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.