



**Curso de Pós-Graduação Lato Sensu
Direito Constitucional**

JOSÉ AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO

**O DIREITO À SAÚDE NO FEDERALISMO:
REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA NA
ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA**

BRASÍLIA

2010

JOSÉ AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO

**O DIREITO À SAÚDE NO FEDERALISMO:
REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA NA
ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes

BRASÍLIA
2010

RESUMO

Este trabalho tem como propósito abordar as implicações do federalismo brasileiro no processo de garantia do direito à saúde na assistência farmacêutica. A idéia nuclear é que, em razão do direito à saúde estar dentro de uma estrutura federativa, cada ente possui uma atribuição na garantia do direito à saúde, sendo responsável pela efetivação dos programas de saúde para prestação da assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde (SUS). Ao se exigir que os entes cumpram suas atribuições, garante-se a assistência integral à saúde de todas as pessoas e se implementa o modelo de descentralização previsto pelo Constituinte de 1988. No entanto, a jurisprudência brasileira tem entendido pela responsabilização solidária dos entes federados, indo de encontro ao modelo adotado pelo Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, o ponto central do trabalho é demonstrar que a solidariedade coloca em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, pois desorganiza a atividade administrativa e impede a alocação racional dos escassos recursos públicos.

Palavras-chave: Direito Fundamental; Efetivação; Direito à Saúde, Sistema Único de Saúde; Assistência Farmacêutica; Federalismo; Repartição de Competência; Judicialização; Solidariedade.

ABSTRACT

This work objectives to evaluate the Brazilian federalism in the process about the health right to pharmaceutical care. The main idea is that each federal member has an award in guaranteeing the health right because this right is within a federal structure. Thus, because this distribution of powers, each federal entity is responsible for the effectiveness of health programs for the provision of pharmaceutical services in the Sistema Único de Saúde (SUS). To ensure the comprehensive health care for all people and implements the decentralization model provided by the Brazilian Constitution of 1988, it is necessary that the entities implements their responsibilities. However, the Brazilian jurisprudence has understood the joint responsibility of federal entities, what go against the model adopted by the SUS. In this sense, the focus of work is to demonstrate that solidarity puts at risk the own continuity of the health politics public because it disturbs the administrative activity and prevents the rational allocation of scarce public resources.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DIREITO À SAÚDE	8
1.1 Conteúdo Normativo do Direito à Saúde	8
1.2 Sistemas de Saúde	9
1.3 Efetivação do Direito à Saúde no Brasil	11
2 FEDERALISMO NO BRASIL	18
2.1 Conceito de federalismo	18
2.2 Histórico	20
2.3 Federalismo na Constituição de 1988	23
3 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA E PRESTAÇÃO DE AÇÕES EM SERVIÇOS DE SAÚDE	26
3.1 Repartição de Competência	26
3.2 Repartição de Competência na garantia do direito à saúde	28
3.3 Repartição de competência na Assistência Farmacêutica e os Programas de Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde	33
3.3.1 Componente Básico da Assistência Farmacêutica	36
3.3.2 Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica	37
3.3.3 Componente Especializado da Assistência Farmacêutica	38
3.4 Direito à saúde na jurisprudência: solidariedade	41
CONCLUSÃO	45
BIBLIOGRAFIA	47

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proclamou a saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"¹. Adotou um conceito amplo de saúde, concebendo-a como o bem-estar físico e mental do indivíduo e a sua adequação na vida em sociedade. Para a realização desse dever estatal, a Constituição instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS, integrado por todos os entes federativos, e fixou os princípios e regras a ele aplicáveis.

No entanto, apesar do direito à saúde ter sido expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, o seu reconhecimento não foi imediato, pois a própria Carta Magna inicialmente não possuía força normativa e nem efetividade. Com o decorrer do tempo, as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político e passaram a ter aplicabilidade direta e imediata.

Diante de tal contexto, os direitos sociais foram se efetivando e os cidadãos passaram a exigir os seus direitos. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo de tal realidade. Sucede, que essa intervenção do judiciário, para realizar a promessa constitucional de prestação universalizada dos serviços de saúde deve ser utilizada com ressalvas, uma vez que há diversos critérios impostos pelo Constituinte para a consecução da garantia do direito à saúde.

O principal critério a ser observado é a divisão das atribuições dos entes federados na garantia à saúde. Em razão de o Brasil ser um Estado Federal, houve uma concomitante divisão do exercício das funções legislativa, executiva e jurisdicional entre os entes federados. Desse modo, não obstante todos os entes terem a obrigação de garantir a saúde, a Carta Magna disciplinou regras próprias para que cada ente federado ficasse responsável por uma atribuição, com o objetivo de não haver gasto irregular (duplicidade no cumprimento de determinada tarefa) ou inércia dos entes na implementação do direito. Com tal sistemática, além de se evitar a duplicidade de competência, garante-se uma melhor assistência aos cidadãos.

¹ Artigo 196 da Constituição Federal

Destarte, propõe-se com este trabalho discorrer sobre a responsabilidade solidária na garantia do direito à saúde, bem como sobre as atribuições de cada ente federado na garantia do direito à saúde, especificamente na assistência farmacêutica.

1 DIREITO À SAÚDE

Objetivando-se estudar o funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS, este capítulo abordará a origem e os motivos que levaram o Constituinte de 1988 a instituir um programa público descentralizado que garantisse o direito à saúde a todos os cidadãos.

1.1 Conteúdo Normativo do Direito à Saúde

Com a evolução histórica, o conceito de saúde vem sofrendo constante adequação aos novos tempos e aos inúmeros fatores que levaram ao progresso dos povos. O termo *saúde* permitiu diversas concepções, iniciando como ausência de doenças e, posteriormente, a expressão se tornou mais complexas aderindo ao conceito o meio ambiente e às condições de vida dos homens.

O conceito de saúde mais abrangente e objetivo foi dado no preâmbulo da constituição de 1946 da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão integrante da Organização das Nações Unidas (ONU). A OMS considerou a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Sobre a conceituação da saúde pela Organização Mundial de Saúde, ensina Dallari que

A aceitação da influência decisiva do meio sobre a saúde, porém, não impediu o exercício da crítica da conceituação proposta pela OMS. Especialmente os trabalhadores sanitários a questionaram, afirmando que ela corresponde à definição de felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar e que, além disso, ela não é operacional. Curiosamente, os trabalhos de crítica dessa conceituação terminam concluindo que, embora o estado de completo bem-estar não exista, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado, uma vez que qualquer redução na definição desse objeto o deformará irremediavelmente.²

Apesar das críticas, essa nova conceituação de saúde ganhou maior abrangência e passou a ser reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, tendo consolidado a compreensão no sentido de que a pessoa saudável é aquela

² DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Alexandre Bernardino Costa... [et al.] (organizadores) – Brasília: CEAD/UND, 2008. p.94.

que, além de apresentar-se em perfeitas condições de higidez física e mental, se encontra convenientemente integrada na vida em sociedade, desfrutando dos meios necessários ao seu bem-estar. Reconhece-se a saúde como indispensável à dignidade humana, assim como a estreita e recíproca relação da saúde do homem com as condições socioambientais e econômicas em que vive.³

Esse reconhecimento da saúde como um direito fundamental passou a ser previsto pelos organismos internacionais⁴ no empenho de consolidá-lo e difundi-lo para as normas constitucionais dos países. Nesse sentido Dallari⁵ argumenta que, quando o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, enumerou a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, ele reconheceu a saúde como um direito humano fundamental.

1.2 Sistemas de Saúde

Segundo ensinamentos de Saldanha, os sistemas de saúde

são compostos por numerosos elementos setoriais e inter-setoriais que têm como objetivo conseguir mais saúde, através da organização e funcionamento integrado de serviços estruturados. Os sistemas de saúde visam à prestação generalizada de cuidados na doença e na promoção da saúde. Mais ou menos recentes, dependem, em parte, dos sistemas políticos, administrativos, sociais e econômicos dominantes em que se inserem.⁶

Os sistemas de saúde foram idealizados no mundo em dois grandes modelos: o *bismarckiano* e o *beveridgeano*.

³ SILVA, Beatrice Maria Pedroso da. O sistema único de saúde: o descompasso entre a realidade normativa e a realidade fática. 2007. 376 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p.24.

⁴ O artigo 12 da Resolução 2.200-A (XXI) de 16 de dezembro de 1966, da Assembléia geral das Nações Unidas impõe aos Estados medidas necessárias para garantia da saúde. Veja-se:

1. *Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.*

2. *As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:*

a) *A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança;*

b) *O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;*

c) *A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras;*

d) *A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.*

⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 22, n. 1, fev. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 14 abr. 2010.

⁶ SALDANHA, Paula. Geografias da saúde e do desenvolvimento. Coimbra: Almedina, 2005, p.341.

O modelo bismarkiano foi criado por Otto Von Bismarck, na Alemanha, para os seguros sociais e instrumentalizado pela Lei de 15 de julho de 1883.⁷ Esta lei instituiu um Plano de Seguro-doença em favor, primeiramente, dos trabalhadores mais pobres e, posteriormente, dos que percebiam salários superiores. Esse plano foi a primeira edição de um modelo de segurança social imposto pelo Estado. O referido modelo foi aperfeiçoado e criou-se um sistema de seguros obrigatórios, que cobria os riscos de doença temporária, invalidez permanente, velhice e morte prematura, mas para isso era necessária a contribuição dos empregadores e empregados.⁸

Para contrapor o modelo *bismarckiano*, William Henry Beveridge criou, no início da década de 40, o modelo *beveridgeano*, em que idealizou um sistema universal de proteção social. Beveridge criticou o sistema bismarkiano quanto ao modelo de contribuição, que era feito exclusivamente com os rendimentos do trabalho, sendo um tipo de imposto sobre o trabalho. Assim, propôs que o financiamento dos cuidados de saúde fosse efetuado a partir da totalidade da riqueza do país, com base nas receitas recolhidas pelo Estado, refletidas no Orçamento Geral do Estado. Nesse modelo, o Estado financiador não se limitaria a assegurar o acesso aos serviços de saúde existentes, mas teria a obrigação de intervir e criar os serviços de saúde necessários ao atendimento de toda a população.⁹

O modelo *beveridgeano* inspirou outros sistemas de saúde, em que se basearam em cinco características determinantes: 1) *responsabilidade do Estado* pela saúde dos cidadãos, no qual o Estado deve proporcionar cuidados gratuitos aos cidadãos; 2) *integralidade*, que impõe ao Estado os encargos referentes a prevenção, diagnóstico e tratamento das doenças; 3) *universalidade*, pelo qual o Estado se responsabiliza pelos cuidados de saúde para toda a população; 4) *igualdade*, que exige a existência de um mesmo padrão de qualidade dos serviços para todos os cidadãos, sem qualquer discriminação econômica, social ou geográfica; e 5) *autonomia profissional*.¹⁰

⁷ MARTINS, Wall. Direito à saúde: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.33

⁸ SIMÕES, Jorge. Retrato político da saúde. Dependência do processo e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho. Coimbra: Almedina, 2004. p.30.

⁹ SILVA, Beatrice Maria Pedroso da. O sistema único de saúde: o descompasso entre a realidade normativa e a realidade fática. 2007. 376 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p.42.

¹⁰ SIMÕES, Jorge. *Retrato político da saúde*. Dependência do processo e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho. Coimbra: Almedina, 2004. p. 33-34.

Tendo em vista que os sistemas de saúde atuais tiveram como base os modelos bismarckiano e o beveridgeano, estes ainda apresentam algumas características desses modelos, como nos casos em que os empregadores e empregados estão sujeitos às contribuições de “seguro de doença” (modelo bismarckiano) ou quando o sistema é baseado essencialmente em receitas fiscais e em serviços públicos (modelo beveridgeano).

1.3 Efetivação do Direito à Saúde no Brasil

A trajetória da saúde pública no Brasil iniciou-se no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa^{11,12} e, desde o referido período, o direito à saúde vem paulatinamente se concretizando ao ponto da Constituição Federal de 1988 reconhecer a saúde como um direito fundamental¹³ e universal.¹⁴

A implantação de um sistema público de saúde no Brasil efetivamente teve início a partir da ditadura militar de 1964, com um modelo concebido na lógica do seguro (*bismarckiano*). Tal sistema se concretizou com a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social – INAMPS, uma autarquia federal, que concentrou todas as atribuições de prestar diretamente, ou através de serviços contratados, o atendimento à saúde da população que contribuísse para a Previdência Social.¹⁵ Assim, o referido sistema não era universal, pois só atendia os contribuintes da previdência. Conforme ensinamentos de Weichert

A centralização das ações na mão do INAMPS, obviamente, era acompanhada da concentração da renda tributária no ente federal, que, então, arrecadava e gastava (mal) os recursos. Com efeito, não é difícil imaginar o enorme grau de burocratização exigido para administrar, centralizadamente, o sistema de saúde de um país como o Brasil, bem como a distância que se mantinha entre as autoridades com o poder de

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.883.

¹² BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Coleção Progestores - Para entender a gestão do SUS. vol. 1. Brasília: CONASS, 2007. p.16-17.

¹³ AITH, Fernando. Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil – São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.83.

¹⁴ Art. 196 da CF/88: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

¹⁵ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.144.

tomada de decisão e as carências e problemas vividos nos Municípios.¹⁶

O referido autor, citando João Yunes, Secretário de Estado da Saúde de São Paulo no primeiro governo democrático pós-1964, diz que “durante todos esses anos, ele [o INAMPS] era um imenso fantasma inoperante que só produzia longas filas de espera e quase nenhum atendimento efetivo.”¹⁷

Com o fim do regime autoritário, alimentou-se no Brasil um sentimento que associava a democracia à descentralização e, esta descentralização foi vista como instrumento de universalização do acesso e do aumento do controle dos beneficiários sobre os serviços sociais.¹⁸

Assim, a partir do movimento de descentralização, iniciado em 1983, a Constituição Federal de 1988 consagrou o Sistema Único de Saúde (SUS) e elevou a saúde à condição de “*direito de todos e dever do Estado*”, cujo acesso deixou de ser limitado aos trabalhadores formais e vinculado a contribuições, para ser universal, igualitário e gratuito.

Nesse período de transição, de um modelo centralizador para um descentralizado, foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS)¹⁹,

¹⁶ Ibidem. p. 146.

¹⁷ Ibidem. p. 146.

¹⁸ Ibidem. p.147.

¹⁹ O SUDS foi instituído pelo Decreto 94.657, de 20.07.1987, foi implantado na época dos debates na Assembléia Nacional Constituinte. Naquele momento havia uma confluência de forças políticas positivas que permitiram a execução de parte da Reforma Sanitária, uma vez que estava à frente do Ministério da Previdência e Assistência Social o Ministro Raphael de Almeida Magalhães e era presidente do INAMPS, o médico Hésio Cordeiro, participante e defensor da implantação imediata da *Reforma Sanitária*. Os SUDS foram criados em 1987, tendo como marco legal a Constituição vigente à época, que permitia à União delegar a execução de serviços federais para Estados e Municípios, por meio de convênio. O INAMPS era responsável pela prestação, ao trabalhador contribuinte da Previdência Social, de um dos benefícios previdenciários, a assistência ambulatorial e hospitalar. Essa delegação de competência se consubstanciou na celebração dos convênios SUDS, firmados entre Estados e a União, representada, na ocasião, por todos os Ministérios que, de alguma forma, integravam o vigente Sistema Nacional de Saúde segundo a Lei 6.229/75. O primeiro convênio foi firmado entre o Estado de São Paulo e a União em 1987, com o objetivo de somar as ações e serviços de saúde do Estado – e dos municípios que aderissem ao convênio – aos serviços de saúde da União, em especial os executados pelo INAMPS. O Secretário de Saúde no Estado passou a acumular as funções de Superintendente do INAMPS, com as de Secretário, e os hospitais do INAMPS existentes no Estado passaram a ser geridos pela Secretaria. Seus serviços foram universalizados, ou seja, não seriam atendidos apenas os trabalhadores beneficiários da previdência social, mas todos os que procurassem tais serviços. Essa foi a primeira revolução na saúde ocorrida na prática: a unificação de ações e serviços de saúde, com comando único no Estado, com a conjugação de recursos financeiros e a universalização do atendimento. Havia uma Comissão Interinstitucional de Saúde (CIS), composta por representantes das três esferas de governo e por algumas entidades da sociedade civil, que era a gestora do convênio. Todas as decisões tomadas pelo Secretário da Saúde – que acumulava as funções de Superintendente do INAMPS – deveriam ser referendadas pela CIS. A preocupação do *movimento sanitário* era não perder esse direito – *universalização, descentralização, unificação das ações e*

fruto das diretrizes traçadas pela VIII Conferência Nacional de Saúde realizada em março de 1986 e promovida pelo Ministério da Saúde, que pôs em debate os principais problemas de direção, controle e administração de setor saúde no âmbito nacional e envolveu todos os setores organizados da sociedade.

Com o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde realizou-se um efetivo processo de transferência de recursos materiais, humanos e financeiros para os Estados-membros e destes para os Municípios, para os quais foi também transferida a responsabilidade de dar uma maior ordenação funcional ao sistema.

Todo esse processo culminou com a promulgação da nova Constituição brasileira em 1988, que criou o Sistema Único de Saúde - SUS, tendo como substrato uma rede básica pública de serviços de saúde, que, a rigor, deve exercer suas ações de forma divorciada da lógica de mercado.

Nesse contexto, diante desse processo de descentralização, o constituinte originário, influenciado²⁰ pela VIII Conferência Nacional de Saúde²¹, estabeleceu no artigo 198 da Constituição que as ações e serviços públicos de saúde integrariam uma rede pública regionalizada e hierarquizada e constituídas de um sistema baseado no princípio da universalidade, tendo como diretrizes organizativas a descentralização, com comando único em cada esfera governamental, a integralidade do atendimento e a participação da comunidade. Veja a referida norma constitucional:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Analisando os modelos de saúde do “item 1.2.”, verifica-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) adotado na Constituição de 1988 se baseou nas

serviços de saúde e comissões tripartites – nas deliberações que iriam ocorrer no âmbito da Assembléia Nacional Constituinte. A nova Constituição deverá ir além dos avanços já conquistados. Havia necessidade de consagrar no texto constitucional que estava sendo escrito as propostas de democratização da saúde (RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Saúde: promessas e limites da Constituição, Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003. p. 93).

²⁰ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.148.

²¹ Na VIII Conferência Nacional de Saúde concluiu-se que “a reestruturação do Sistema Nacional de Saúde deve resultar na criação de um Sistema Único de Saúde que efetivamente represente a construção de um novo arcabouço institucional separando totalmente saúde de previdência, através de uma ampla reforma sanitária.”

características do modelo beveridgeano, uma vez que consagrou no sistema a responsabilidade do Estado pela saúde dos cidadãos (gratuidade), a integralidade, a universalidade e a igualdade.

Apesar de o Brasil optar pelo acesso universal às ações e serviços de saúde, o Texto Constitucional de 1988 trouxe para aqueles que detêm condições financeiras a opção do direito de escolher a assistência terapêutica ministrada pela medicina privada. Portanto, foi criada no sistema de saúde brasileiro a coexistência de dois sistemas: o *sistema público*, constituído pelo SUS, que integra as ações e serviços públicos de saúde, conforme estabelece o art. 198, e o *sistema privado*, que diz respeito à assistência à saúde prestada pela iniciativa privada, como faculta o art. 199²², observada a vedação constitucional de destinação de recursos públicos da saúde para auxílios e subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

No entanto, apesar do direito à saúde ter sido expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, o seu reconhecimento não foi imediato, pois a própria Carta Magna inicialmente não possuía força normativa e nem efetividade.

A promulgação da Constituição de 1988 não levou à imediata realização fática dos seus elementos normativos, pois no início ainda havia a transição de um modelo de estado autoritário, indiferente às pretensões populares, por um modelo de Estado inclusivo, o qual assume obrigações e/ou prestações em face dos cidadãos. Assim, frente à realidade social absolutamente diversa, o texto Constitucional foi taxado de prolixo e ineficaz. Nessa linha, ainda, não faltaram movimentos teóricos que alegavam a insinceridade normativa do texto pátrio. Nesse sentido diz Gustavo Amaral que:

A Constituição de 1988 foi o ponto culminante de um longo processo de distensão, a transição de um regime autoritário para a democracia. [...] Como bem destaca Raymundo Faoro, sob a égide da constituição anterior ‘a força não se qualificou juridicamente para confessar seu status de poder’, ou, nas palavras de Miguel Seabra Fagundes, ‘o poder não havia sido convertido em autoridade’. A constituição não

²² Art. 199. *A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*

§ 1º - *As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*

§ 2º - *É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.*

§ 3º - *É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.*

§ 4º - *A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.*

organizava o Estado nem lhe impunha limites rígidos, pois sobre ela pairava a força dos atos institucionais, em especial o de número 5, tristemente célebre.²³

Apesar de inicialmente a Constituição de 1988 não ter adquirido sua plena aplicabilidade, esta foi ganhando força no decorrer do tempo e, com o movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade^{24,25,26}, as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político e passaram a ter aplicabilidade direta e imediata.

Destarte, com o reconhecimento da força normativa da constituição²⁷, as normas constitucionais ganharam *status* de norma e o direito à saúde deixou de ser uma norma programática, passando a ser um direito público subjetivo. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº271.286-RS, afastou o caráter programático do artigo 196 da CF. Veja parte do voto do Relator Ministro Celso de Mello:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que

²³ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: Critério Jurídico para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.01.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.877.

²⁵ Barroso resume a doutrina da efetividade de seguinte forma: “todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via de ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.” (BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidade da Constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.304)

²⁶ “O movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremecendo-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.” (BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidade da Constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.305-306)

²⁷ “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 25 abr. 2010.)

compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, 'Comentários à Constituição de 1988', vol. VIII/4332-4334, item n.181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

(...)

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que represente, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Com o desenvolvimento da normatividade do direito à saúde e com o movimento sanitarista²⁸, foram criadas duas leis: 1) a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde), que regulamentou as normas constitucionais e estabeleceu no artigo 2º que *a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e é dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e 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 para a sua promoção, proteção e recuperação* (§ 1.º) e; 2) a Lei Federal nº 8142, de 28 de dezembro de 1990, que previu a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, bem como estabeleceu normas de transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Através da nova Constituição e das referidas leis foram constituídas as bases jurídicas para o amparo do direito à saúde e foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema público criado para garantir a saúde a todas as pessoas. Nesse sentido:

“A instituição do SUS produziu resultados imediatos. O mais importante foi o fim da separação que havia no sistema público de saúde brasileiro entre os incluídos e os não incluídos economicamente. Para os incluídos havia a Saúde Previdenciária a que tinham direitos os portadores da ‘carteirinha’ do Inamps; para os não incluídos restavam a atenção ambulatorial provida por unidades de medicina

²⁸ Movimento de reforma do sistema de saúde iniciado no final dos anos 70, a partir da mobilização de médicos, autoridades locais e especialistas do setor de saúde.

simplificada e a atenção hospitalar prestada por entidades filantrópicas aos indigentes.

O SUS pôs fim, em pouco tempo, a essa figura iníqua dos indigentes sanitários, promovendo 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”.²⁹

Assim sendo, com o reconhecimento do direito subjetivo à saúde e com a implementação do Sistema Único de Saúde - SUS, o Estado passou ter a obrigação de garantir o acesso universal as ações e serviços de saúde. Para dar uma maior ordenação funcional ao referido sistema, a Constituição Federal de 1988 e as normas do SUS previram um modelo de saúde descentralizado, com atribuições divididas entre os entes federados.

²⁹ Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. SUS: avanços e desafios. Brasília: CONASS, 2006. p.26.

2 FEDERALISMO NO BRASIL

No Estado Federal há uma concomitante divisão do exercício das funções legislativa, executiva e jurisdicional entre os entes federados.³⁰ Cada um dos membros da federação exerce sua parcela de poder para garantir o equilíbrio federativo. Nessa divisão de poder, a cada membro é instituída uma responsabilidade na garantia do direito à saúde. Desse modo, o presente capítulo tem por escopo analisar o federalismo e sua divisão de atribuições entre os entes federados, dando ênfase ao direito à saúde.

2.1 Conceito de federalismo

A definição de federalismo não é pacífica, pois cada autor produz sua própria definição. Barroso³¹, citando a definição clássica de Themístocles Brandão Cavalcanti, afirma que “federação é a forma de Estado em que a unidade do todo, soberano, se concilia com uma multiplicidade de unidades territoriais que gozam de autonomia política e administrativa.” Já o referido autor diz que o Estado Federal

é uma modalidade de Estado composto, onde se verifica a superposição de duas ordens jurídicas – federal, representada pela União, e federada, representada pelos Estados membros -, coordenadas por um processo de repartição de competências determinado pela Constituição Federal, em que a União titulariza a soberania e os Estados-membros detêm autonomia, participando, por um critério de representação, na formação da vontade federal.³²

Apesar de haver vários conceitos sobre federalismo a idéia base é uma descentralização política com um poder central soberano e diversas unidades autônomas.

Quanto à formação de um Estado Federal, Raul Machado Horta³³ ensina que este é formado por uma associação de Estados e essa agregação tanto poderá decorrer de aglutinação histórica e real, quando Estados preexistentes criam o Estado

³⁰ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.81

³¹ BARROSO, Luis Roberto. Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p.18.

³² Ibidem. p.27.

³³ HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.231.

Federal, como de imputação normativa, mediante a criação Jurídica dos Estados no documento de fundação de Estado Federal. Tanto por aglutinação ou por imputação jurídica, o instrumento de criação jurídico-positiva do Estado Federal é a Constituição Federal.

Assim, esse movimento de formação de Estados Federais pode ocorrer pela união de Estados soberanos, ou pela divisão interna de um Estado originariamente unitário, acompanhada de descentralização das competências. No primeiro caso, a criação do Estado poderá conduzir a adoção de um federalismo centrípeto ou federalismo por agregação ou associação, já que os Estados-membros perdem competências para União, o que demonstra o fortalecimento do poder federal. No segundo caso, o movimento de competências é em favor dos Estados-membros, ou seja, competências antes exercidas de forma exclusiva pelo Estado unitário são entregues aos Estados-membros que foram formados, esse tipo de federalismo é conhecido como centrífugo ou por segregação.

No federalismo centrípeto os Estados soberanos perdem soberania ao ingressarem no Estado Federal, desaparecendo do cenário internacional. A reunião em torno de uma única Constituição é feita por meio de adesão dos Estados soberanos, que firmam o pacto federativo. Geralmente, esse federalismo surge a partir de um movimento confederativo, que evolui para uma união definitiva. Neste sentido, o federalismo centrípeto é originário da vontade dos Estados.

Na formação da federação por meio da união de Estados soberanos, os ordenamentos jurídicos primitivos dos Estados-membros são recepcionados, mantendo-se válidos dentro do território daqueles, desde que não confrontem com a Constituição Federal.

O processo de formação de uma federação a partir de um Estado unitário, é uma transformação estrutural desse Estado, que concede autonomia à regiões internas, que passam a ter status de Estados-membros. Na verdade, o processo é uma imposição do poder central, não havendo espaço, salvo ruptura total do Estado unitário anterior, para opção de fazer ou não parte do Estado Federal. Os Estados membros ganham competências para criar o próprio ordenamento jurídico, inaugurando uma nova ordem jurídica parcial.

Conforme veremos no item abaixo, no Brasil, a Constituição de 1891 emancipou as antigas Províncias do Império à condição de Estados-membros da federação, afirmando a união indissolúvel.

2.2Histórico

O federalismo originou-se nos Estados Unidos em 1787 com o movimento centrípeto, que aglutinou os treze Estados americanos ao se libertarem da dominação inglesa. Com essa união, os estados se abdicaram de sua soberania, delegando-a a um Poder Central e se tornaram autônomos.

Essa nova forma de Estado possibilitava a manutenção da autonomia das colônias e assegurava o controle das competências deferidas à União. Além disso, questões relacionadas à segurança, aos vínculos de ligação dos povos e ao desenvolvimento de um Estado forte, foram fundamentais para a união das citadas colônias em torno de um único Estado que foi formado por meio de uma Constituição.

Nesse sentido Velloso³⁴ diz que

O Estado Federal, que é forma de organização política, surgiu com a Constituição americana de 1787, mediante a agregação dos 13 Estados independentes em que se transformaram, vitoriosa a Revolução de 1776, as colônias inglesas, os quais, cedendo à União, assim à organização total, a sua soberania, e reservando para si a autonomia, se constituíram nos Estados Unidos da América do Norte. A agregação de Estados, aliás, constitui processo de formação do estado Federal. É o ‘federalismo por agregação’.

A partir da experiência positivada na Constituição dos Estados Unidos da América, muitos Estados nacionais inspiraram-se no modelo norte-americano e adotaram a organização federativa no decorrer dos séculos XIX e XX. A estrutura federalista original, no entanto, jamais foi inteiramente reproduzida, pois cada novo Estado Federal constituído empregou o princípio federativo com adaptações particulares, conforme as circunstâncias históricas, sociais, econômicas e políticas em que se formou.

Por isso, como explica Dallari “a noção de federalismo será sempre inevitavelmente fluida, vaga e imprecisa”³⁵, pois a delimitação de tal conceito passa necessariamente pelo exame das especificidades de cada Estado Federal, em cada momento de sua história. Mesmo assim, o autor conclui que

existe a possibilidade de uma teorização do federalismo em que, apesar da variedade de concepções, a discussão teórica do tema é de grande utilidade, tanto para a compreensão dos fenômenos quanto

³⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de direito público – Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.381.

³⁵ DALLARI. Dalmo de Abreu. O estado federal. São Paulo: Ática.1986. p.77.

para a identificação de pontos comuns e de relações entre certas práticas determinadas conseqüências.³⁶

Inspirado pelo modelo norte-americano, o federalismo no Brasil surgiu em 1889 com o Decreto nº 01³⁷ de 15 de novembro de 1889. As antigas províncias foram convertidas em Estados-membros que, reunidos pelo laço da federação, constituíram os Estados Unidos do Brasil. O nome adotado pela República evidenciava a inspiração no modelo norte-americano de 1787.

Cumprido ressaltar que este federalismo somente ganhou feição e regime jurídico com o advento da primeira constituição republicana de 1891³⁸. Com efeito, a Constituição de 1891, além de seguir a tripartição dos poderes, o sistema presidencialista e o regime representativo vigentes nos Estados Unidos da América, perfilhou o federalismo dualista e afirmou a autonomia dos Estados-membros. O poder político foi descentralizado para as antigas províncias, com mínima interferência do poder central, de modo que o auxílio da União aos estados foi limitado aos casos excepcionais³⁹.

Havia, entretanto, uma diferença fundamental: enquanto o federalismo norte-americano originou-se da união de estruturas políticas autônomas, o nascimento do Estado Federal brasileiro deu-se exatamente o oposto, pois iniciou-se com o descontentamento dos poderes locais com a centralização imperial.

Esse descontentamento com o Império é demonstrado por Barroso na citação do manifesto do Partido Republicano em 1870. Veja o trecho:

No Brasil, antes ainda da idéia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. A topologia do nosso território, as zonas diversas em que se divide, os climas vários e as produções diferentes, as cordilheiras e as águas estavam indicando a necessidade de se modelar a administração e o governo local, acompanhando e respeitando as próprias divisões, criadas pela natureza física e imposta

³⁶ Ibidem. p.78.

³⁷ “O Governo Provisório da República dos estados Unidos do Brasil decreta:

Art. 1º Fica proclamada provisoriamente e declarada como forma de governo da nação brasileira – a República Federativa.

Art.2º As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.

Art.3º Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais.”

³⁸ O artigo 1º da Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891 dispunha que a República Federativa e os Estados Unidos do Brasil decorriam da “União perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias” e o artigo 2º previu que “cada uma das antigas Províncias formará um Estado”.

³⁹ Diz o art. 5º da Constituição de 1891 que “*Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.*”

pela imensa superfície do nosso território. Foi a necessidade que demonstrou, desde a origem, a eficácia do grande princípio que, embalado a força compressora do regime centralizador tem procurado contrafazer e destruir. Enquanto colônia, nenhum receio salteava o ânimo da monarquia portuguesa por assim repartir o poder que delegava aos vassallos diletos ou preferidos. Longe disso, era esse o meio de manter, com a metrópole, a unidade severa do mando absoluto.⁴⁰

Assim, o modo da transformação do federalismo se deu de um Estado unitário, no período do Império, que era altamente centralizado, com províncias presas ao Poder Central por intensos elos de subordinação, para um Estado federal, no qual concedeu ampla autonomia às ex-províncias, transformando-as em Estados-membros.⁴¹ Isso fez do Brasil um caso típico de federalismo por segregação, o que atrelou, desde o princípio da história republicana brasileira, os conceitos de federalismo e descentralização⁴².

Esse processo de criação do Estado Federal brasileiro decorreu da associação normativa dos Estados, operada pela Constituição, que gerou um simultâneo nascimento jurídico da União e dos Estados componentes, que passaram a integrar a República Federativa.⁴³

No entanto, apesar da transformação do Brasil decorrer de um modelo de Estado Unitário para um Estado Federal (movimento centrífugo), Manoel Gonçalves Ferreira Filho resume a evolução do federalismo no Brasil, no período anterior a Constituição atual, como uma crescente concentração de poder em favor da União.⁴⁴

Essa concentração de poder é destacada no regime militar, uma vez que neste período autoritário houve grande centralização das decisões na esfera federal, retirando a maior parte da autonomia e das competências dos estados e municípios. A centralização imposta fez com que, na prática, os Estados-membros funcionassem como meros representantes administrativos do Governo Federal.

Na época, na tentativa de fundamentar a política centralizadora, elaborou-se o conceito de “federalismo de integração”, que seria uma modalidade

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p.31.

⁴¹ Ibidem. p.29.

⁴² Maria Helena Ferreira da Câmara entende que essa descentralização político-administrativo ocorreu em razão das dimensões continentais do País, das divergências regionais e da natureza geográfica (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de direito público – Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.387.)

⁴³ HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.321.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional – São Paulo: Saraiva, 2009. p.288.

“além” do federalismo cooperativo, em que, para garantir o desenvolvimento econômico nacional, as competências deveriam ser retiradas das esferas subnacionais e atribuídas ao Governo Federal, como forma de evitar o conflito federativo. A respeito dessa teoria, Bercovici consigna conclusão precisa:

Realmente, o ‘federalismo de integração’ foi tão além do federalismo cooperativo que praticamente extinguiu o sistema federativo brasileiro, sempre com a justificativa da ‘segurança nacional’. Em síntese, sob a denominação ‘federalismo de integração’, procuraram os juristas ligados à ditadura militar esconder a supressão do federalismo naquele período.⁴⁵

O processo de transição do regime militar para o democrático implicou em uma série de transformações, dentre elas, na descentralização de poder. Nesse sentido, ensina Mario Lúcio, que a Constituição de 1988

consciente da crise que abalava os pilares do Estado Federal Brasileiro, quase transformado em unitário nos períodos ditatórios, resgatou o federalismo semelhante à Constituição de 1946, restabelecendo a relação entre a Federação e os princípios e regras que individualizam essa forma de Estado no conjunto das formas políticas.⁴⁶

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se o processo de descentralização do poder, garantindo o equilíbrio de poder entre a União, os Estados e os Municípios.

2.3 Federalismo na Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 marcou a volta dos fundamentos do federalismo brasileiro abandonados durante os anos do regime autoritário, expandindo a autonomia dos Estados-membros e estabelecendo dispositivos do federalismo cooperativo, na busca do equilíbrio federativo. Este federalismo cooperativo caracteriza-se pelo desenvolvimento de atividades nacionais em que a União e os Estados Federados colaboram entre si, planejando conjuntamente a solução para os problemas econômicos e sociais.⁴⁷

⁴⁵ BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do estado federal brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.51.

⁴⁶ SOARES, Mario Lucio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.463.

⁴⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de direito público – Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.381.

O federalismo instituído pela Constituição Federal de 1988 estabeleceu, além das duas ordens governamentais tradicionais do federalismo (União e Estados), a inclusão dos Municípios como entes federais.⁴⁸

Nesse sentido, Ferreira Filho constata que

Há em nossa Constituição três ordens e não duas, como é normal no Estado federal. Em primeiro lugar, a ordem central – a União – em segundo lugar, ordens regionais – os Estados – e em terceiro lugar, ordens locais – os Municípios.

A Constituição, com efeito, afora organizar a União, prevê e reconhece os Estados, dando-lhes competências e rendas, prevê e reconhece os Municípios, entidades intra-estaduais, conferindo-lhes competências e rendas.⁴⁹

Segundo José Afonso da Silva⁵⁰ houve um verdadeiro equívoco do constituinte ao incluir o Município como componente da federação, pois se trata de divisão política do Estado-membro. Segundo o autor, a solução é considerar o Município como componente da federação, mas não como entidade federativa.

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁵¹ o Município é integrante da Federação, tendo em vista que recebe competências próprias, tem autonomia e pode auto organizar-se através de lei orgânica. Dessa forma, o Município só não possui representação junto ao Senado Federal, o que não é suficiente para afastá-lo da condição de ente federado.

Para Paulo Bonavides⁵² não existe uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto ao que foi apresentado na Constituição Federal de 1988. Segundo o autor, nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – chamada *pouvoir municipal* – quanto na Constituição brasileira, o que era almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX.

Realmente, é inegável a importância adquirida pelos Municípios dentro da estrutura política adotada pela Constituição Federal. Assim, o Município é

⁴⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.58.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.101.

⁵¹ ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p.169

⁵² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.314.

chamado a cumprir seu papel de poder pré-estatal, portanto, se é verdade que os Municípios estão inseridos dentro do contexto dos Estados-membros, também é verdade que antes desses existirem, a legitimação do poder do Estado brasileiro era realizada com base nos Municípios.

Em que pese a discussão de o Município ter ou não status de Federação, o importante é que no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas.

Para regular essas ordens jurídicas, a Constituição atua como fundamento de validade, conferindo equilíbrio entre os entes ao impor mecanismos que favoreçam a eficácia da ação estatal. A repartição de competência foi o instrumento utilizado pela Constituição Federal de 1988 para dividir as atribuições de cada ente e garantir as aspirações de cada região, bem como evitar conflitos de desperdício de esforços e recursos.

3 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA E PRESTAÇÃO DE AÇÕES E SERVIÇOS EM SAÚDE

Para evitar duplicidade financeira e superposição da “máquina” pública, a responsabilidade pela garantia do direito à saúde foi dividida entre a União, os Estados e os Municípios.

Com a finalidade de entender essa divisão, o presente capítulo analisará as repartições de competência delineadas pela Constituição e o funcionamento do Sistema Único de Saúde na prestação de ações e serviços em saúde, especificamente na assistência farmacêutica. Por fim, será abordado o modo de responsabilização dos entes federados pela jurisprudência brasileira.

3.1 Repartição de Competência

Para concretizar o federalismo, a Constituição de 1988 buscou o equilíbrio entre os entes federados e definiu suas competências, atribuindo a cada ente uma parcela de poder e diferentes atribuições. Essa distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da concepção do Estado federal, pressuposto da autonomia dos entes federados.⁵³ Raul Machado Horta⁵⁴ ensina que

a importância da repartição de competência reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo edifício constitucional do Estado Federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação constitucional de cada um.

Nosso sistema contempla competências atribuídas de forma exclusiva, indelegáveis a outros entes federativos, e privativa, que podem ser delegáveis. A indelegabilidade das competências constitucionais é a regra, frente à divisão de competências. Em princípio, as competências atribuídas são sempre indelegáveis, salvo expressa autorização constitucional. O artigo 22, que disciplina competências legislativas privativas da União, por exemplo, traz em seu parágrafo único⁵⁵ a possibilidade de delegação de competências aos Estados, por meio de lei complementar,

⁵³ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.477.

⁵⁴ HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.311.

⁵⁵ Parágrafo único. *Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*

para legislar sobre questões específicas relacionadas às matérias tratadas no referido artigo.

Além desse aspecto, as competências estabelecidas pela Constituição de 1988 foram divididas em dois grupos: *materiais e legislativas*.

As *competências materiais* previstas na Constituição Federal foram divididas em dois grupos (exclusivas e comuns), levando-se em consideração o exercício partilhado ou não.⁵⁶

As exclusivas atribuem a uma entidade o exercício da competência excluindo-se qualquer outra. O art. 21 da Constituição estabelece a competência material exclusiva da União.

A Constituição, expressamente, enumerou as competências exclusivas materiais da União (art. 21) e a dos Municípios (art. 30), deixando as residuais (reservadas ou remanescentes) aos Estados, de acordo com o art. 25, § 1º.

Cabe observar, porém que a Constituição reservou aos Estados uma competência exclusiva e expressa, descrita no artigo 25, § 2º, que trata da possibilidade de exploração, direta ou indireta, dos serviços de gás canalizado.

As competências comuns também são conhecidas como cumulativas ou paralelas⁵⁷, já que podem ser exercitadas conjuntamente pelos entes federais, estando previstas no artigo 23 da Constituição. Neste grupo, a atuação de um não exclui a dos demais entes, no entanto, para evitar duplicidade de atuação, foi previsto a realização de uma regra de cooperação (parágrafo único do art.23).

Com relação às *competências legislativas*, a Constituição utilizou um critério de divisão horizontal, onde ficaram enumeradas as competências da União (art. 22) e dos Municípios (art. 30, inciso I). Ainda no plano horizontal, os Estados ficaram com as competências remanescentes (art. 25, § 2º da CF).⁵⁸

No plano vertical, as competências foram distribuídas de forma concorrente. Essa espécie de competência importa em reconhecer que a União exercitará a atividade legislativa estabelecendo normas gerais, cabendo aos Estados exercer a competência de suplementar a legislação, levando-se em consideração as particularidades de cada um.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.480.

⁵⁷ Ibidem. p.480.

⁵⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p.172.

Sempre que a União não exercitar a competência de editar normas gerais, o Estado poderá exercitar a competência de forma plena. Havendo a edição de norma geral superveniente pela União, a norma editada pelo Estado ficará suspensa se contrariá-la.

Dentro do âmbito da competência concorrente, as normas gerais, estabelecidas pela União, devem conter princípios fundamentais, o que indica que essas normas não podem especificar situações, pois tal tarefa foi reservada aos Estados, de acordo com o que dispõe o artigo 24, e seus parágrafos.

O Município recebeu a possibilidade de suplementar a legislação federal e estadual, levando-se em consideração o interesse local (art.30).

No campo da competência legislativa tributária, a Constituição estabeleceu no art. 145 a competência comum para União, Estados, Distrito Federal e Municípios criarem impostos, taxas e contribuições de melhoria. Nos artigos 153, 155 e 156, ficaram expressos os impostos que cada ente da federação pode criar.

3.2 Repartição de Competência na garantia do direito à saúde

Tendo em vista que o princípio geral que norteou o Constituinte na repartição de competências foi a predominância de interesses⁵⁹, na competência material comum (art.23 da CF), onde está prevista a saúde, foram atribuídas tarefas cujo cumprimento deve incumbir a todos os entes, tendo em vista a relevância dos temas elencados.

Cumprir ressaltar que essa competência comum não tem por objetivo causar uma 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 realizar as mesmas tarefas.⁶⁰

Raul Machado Horta⁶¹ ensina que “a competência comum opera a listagem de obrigações e deveres indeclináveis do Poder Público em relação às

⁵⁹SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.478.

⁶⁰ BARROSO. Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p.885.

⁶¹ HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.354.

instituições”. Ademais diz que

a competência comum condensa preceitos e recomendações dirigidas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, traduzindo intenções programáticas do Constituinte, reunidas em conjunto de normas não uniformes, muitas com características de fragmentos que foram reunidos na regra geral por falta de outra localização mais adequada. São regras não exclusivas, não dotadas de privatividade e que deverão constituir objeto da preocupação comum dos quatro níveis de Governo, dentro dos recursos e das peculiaridades de cada um.⁶²

Em relação à saúde, o Constituinte colocou-a como competência comum em razão de alguns problemas que poderia encontrar se colocasse em outra forma de competência. Nesse sentido Weichert diz que,

o esquema básico de repartição de competências adotado pela Constituição brasileira em 1988 conduziria ao seguinte dilema: (a) ou se previa a competência de saúde no ente federal, provocando os males do centralismo gigantesco, (b) ou se remetia essa atribuição aos Municípios ou aos Estados, que não teriam condições de, sozinhos, suportarem os ônus dos serviços, (c) ou se remetia a questão para a competência comum, assumindo-se o risco de adoção de políticas incongruentes e de desperdício de esforços e recursos, (d) ou chegava-se ao meio termo disso tudo: todos trabalhavam, mas dentro de um sistema unificado. Evidentemente, constitucionalizou-se essa última solução.⁶³

Assim, pode-se entender que na competência comum todos os entes cooperam na execução das tarefas descritas nos incisos do artigo 23 da Constituição Federal. Tal cooperação deve-se ao fato do Constituinte de 1988 adotar um modelo de federalismo cooperativo.

Cumprе ressaltar que esta cooperação adotada para a saúde é diversa da prevista no parágrafo único⁶⁴ do artigo 23, uma vez que o texto constitucional já previu regras diferentes para sua implementação, não necessitando de leis complementares para disciplinar a cooperação. Weichert citando Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos diz que,

nos casos em que a Constituição atual tenha claramente definido a competência político-institucional (Sistema Único de Saúde, com direção única em cada esfera de governo) e previsto a edição de lei orgânica sobre o assunto (lei orgânica da saúde), não há que se falar

⁶² Ibidem. p.354.

⁶³ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.209.

⁶⁴ “Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006\)](#)”

em cooperação mediante convênio, pois cada uma das entidades do Estado Federal (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) já recebeu, da Constituição, as suas atribuições básicas, cabendo apenas à lei orgânica do respectivo sistema nacional (seja ele de saúde, ou de educação ou outro qualquer) explicitar, ou definir melhor, o campo de atuação em cada esfera de governo.⁶⁵

Apesar do inciso II do artigo 23 afirmar que incumbe a todos os entes “cuidar da saúde”, para que não haja uma sobreposição de competências, o Constituinte dispôs no artigo 198 da CF que as ações e serviços de saúde obedecerão a uma rede descentralizada. Desse modo, não obstante todos os entes terem a obrigação de garantir a saúde, a Carta Magna disciplinou regras próprias para que cada ente federado ficasse responsável por uma atribuição, com o objetivo de não haver gasto irregular (duplicidade no cumprimento de determinada tarefa) ou inércia dos entes na implementação do direito. Veja o que diz o artigo 198 CF:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

Ao prever a descentralização do sistema público de saúde, o Constituinte de 1988 transferiu o poder de decisão ao ente federal local, que ficou responsável pela execução das ações e serviços de saúde⁶⁶. Com tal sistemática, além de evitar duplicidade de competência, garantiu uma melhor assistência aos cidadãos, pois em razão do Brasil possuir dimensões continentais, *ninguém melhor que o ente local para identificar e atender as necessidades da sua população*.

Ao fazer uma interpretação sistemática do texto constitucional, verifica-se que as normas constitucionais estão em harmonia no que se refere à descentralização do sistema de saúde, pois complementando o artigo 198, o inciso VII do artigo 30 dispõe que compete aos Municípios “*prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população*”.

Sobre o referido assunto, Weichert ensina que

o princípio da descentralização dos serviços e ações de saúde refere um objetivo e um vetor a serem gradativamente implementados. É um princípio que se articula com a regionalização e hierarquização, indicando que os serviços devem ser primordialmente executados pelo Município. [...] Com a descentralização, o SUS remete a execução das

⁶⁵ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.209-210.

⁶⁶ artigo 30, inciso VII, da Constituição Federal.

ações e serviços públicos de saúde para os entes locais, que, próximos da população, possuem a melhor condição de avaliar as necessidades mais prementes e desenvolver as condutas mais eficazes de prevenção e tratamento.⁶⁷

Portanto, apesar de todos os entes federados serem responsáveis pela garantia do direito à saúde⁶⁸, a Constituição delineou as atribuições de cada um para uma atuação integrada e de modo a garantir a assistência a todos os cidadãos.

Assim, de acordo com Alessandra Vieira,

a política pública de saúde passa a ser regulada pela União e executada pelos entes federados, em uma espécie de federalismo executivo que incorpora decisões participadas e atuação integrada dos serviços. A rede hierarquizada constitucionalmente moldada não implica na prevalência de um ente da federação sobre outro – o que não se compadeceria com os fundamentos de um Estado federal. O que efetivamente ocorre é o que o sistema de saúde está hierarquizado em níveis de complexidade crescente, de acordo com distintas densidades tecnológicas (art. 8º da Lei orgânica do SUS – lei nº8080/90). Há, portanto, uma hierarquia de complexidade sistêmica voltada à otimização dos recursos disponíveis e à partilha de estruturas de atendimento, sobretudo hospitais e tratamentos sofisticados.⁶⁹

Essa forma de distribuição de atribuições é um dos principais objetivos do federalismo e do Constituinte, uma vez que tornou o Estado mais eficiente ao evitar sobreposição de competências e desperdício ao erário. Desse modo, explica Branco que,

como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas, **impõe-se a adoção de mecanismos que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforço e recursos.** A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim.⁷⁰ (grifo nosso)

Assim, em obediência aos comandos constitucionais, foi regulamentado o Sistema Único de Saúde - SUS através da Lei nº8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde). Com a referida lei, o legislador organizou e

⁶⁷ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.166.

⁶⁸ Art. 196 da CF. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

⁶⁹ VIEIRA, Alessandra. Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos: Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos. Ed. Almedina. p.137.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.849.

repartiu a competência dos entes federados para uma melhor promoção e execução dos serviços e ações em saúde. Cumpre ressaltar que essa divisão de competência do modelo federativo evita uma superposição de esforços, de agentes públicos, desorganização do sistema e conseqüente desperdício de verbas públicas.

A respeito da distribuição de competências, assim versa a Lei 8.080/90:

Seção II

Da Competência

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

(...)

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

(...)

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

(...)

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios. (grifo nosso)

Portanto, verifica-se que a Lei nº8.080/90 obedeceu às diretrizes constitucionais e definiu as atribuições de cada ente federativo na garantia do direito à saúde. Assim, o artigo 16 da referida lei dispôs que direção nacional do SUS tem por atribuição a prestação de “cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (inciso XIII) e a promoção da “descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (inciso XV). O artigo 17 estabeleceu que compete à direção estadual do Sistema Único de Saúde “promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde”(inciso I) e “prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde” (inciso III). Por fim, o artigo 18 disciplinou que compete à direção municipal do SUS “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde” (inciso I).⁷¹

⁷¹ BARROSO. Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p.886.

3.3 Repartição de competência na Assistência Farmacêutica e os Programas de Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde

Obedecendo a sistemática da descentralização e repartição de competências previstas na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde, a Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde foi regulamentada por Portarias do Ministério da Saúde, tendo em vista que a direção nacional do SUS compete a União, conforme art. 16 da Lei nº8.080/90. Assim, ficou estabelecido que cada esfera de gestão caberia responsabilidades e atribuições distintas, mas com financiamento de todos os entes federados.

De acordo com as novas formas de alocação de recursos federais, a assistência farmacêutica é financiada através dos recursos do Bloco da Assistência Farmacêutica (Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007). Nesse sentido, o financiamento da Assistência Farmacêutica é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS e pactuado na Comissão Intergestores Tripartite.

Conforme estabelecido no artigo 24⁷² da Portaria GM/MS nº 204/2007, o financiamento da assistência farmacêutica é constituído por três componentes:

- **Componente Básico da Assistência Farmacêutica:** destina-se à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da Atenção Básica em saúde, com financiamento tripartite, com base em valores per capita, gerenciados pelo gestor municipal (art.25⁷³ da Portaria GM/MS nº 204/2007);

⁷² Art. 24. O bloco de financiamento para a Assistência Farmacêutica será constituído por três componentes:

- I - Componente Básico da Assistência Farmacêutica;
- II - Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; e
- III - Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

⁷³ Art. 25. O Componente Básico da Assistência Farmacêutica destina-se à aquisição de medicamentos e insumos da assistência farmacêutica no âmbito da atenção básica em saúde e àqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da atenção básica.

§ 1º O Componente Básico da Assistência Farmacêutica é composto de uma Parte Financeira Fixa e de uma Parte Financeira Variável.

§ 2º A Parte Financeira Fixa do Componente Básico da Assistência Farmacêutica consiste em um valor per capita, destinado à aquisição de medicamentos e insumos da assistência farmacêutica em atenção básica, transferido aos Estados, ao Distrito Federal e (ou) Municípios, conforme pactuação nas Comissões Intergestores Bipartite - CIB.

§ 3º Os gestores estaduais e municipais devem compor o financiamento da Parte Fixa do Componente Básico, como contrapartida, em recursos financeiros, medicamentos ou insumos, conforme pactuação na CIB e normatização da Política de Assistência Farmacêutica vigente.

§ 4º A Parte Financeira Variável do Componente Básico da Assistência Farmacêutica consiste em valores per capita, destinados à aquisição de medicamentos e insumos da assistência farmacêutica dos

- **Componente Estratégico:** financia os medicamentos destinados a Programas de Saúde de interesse estratégico para o País: tuberculose, hanseníase, malária, entre outras doenças endêmicas; os medicamentos antirretrovirais, saúde da mulher (contraceptivos), sangue e derivados (fatores VII, IX, etc) e imunobiológicos (soros e vacinas). Estes medicamentos são adquiridos de forma centralizada pelo Ministério da Saúde e repassados aos estados e municípios (art.26⁷⁴ da Portaria GM/MS n° 204/2007);
- **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (antigo Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional - CMDE):** destina-se ao financiamento de medicamentos que estão divididos em três grupos, com características, responsabilidades e formas de organização distintas, nos termos da Portaria GM/MS n° 2.981 de 26 de novembro de 2009.

Essa divisão de atribuições é corroborada pelo Ministério Público Federal, conforme se verificou na audiência pública sobre saúde, realizada no dia 27 de abril de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal. Em seu discurso, o Procurador-Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, elencou os programas de assistência farmacêutica e afirmou que, embora a responsabilidade no financiamento fosse da União, dos Estados e dos Municípios, cada ente seria responsável pela dispensação de determinado medicamento, de acordo com os programas de assistência farmacêutica. Veja o discurso:

A partir do disposto na Constituição da República e na Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde), a definição das responsabilidades de cada gestor vem sendo construída nos fóruns de negociação

Programas de Hipertensão e Diabetes, Asma e Rinite, Saúde Mental, Saúde da Mulher, Alimentação e Nutrição e Combate ao Tabagismo.

§ 5º Os recursos da Parte Variável do Componente Básico da Assistência Farmacêutica referentes a medicamentos para os Programas de Asma e Rinite, Hipertensão e Diabetes, devem ser descentralizados para Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme pactuação na Comissão Intergestores Bipartite.

§ 6º Os demais recursos da Parte Variável do Componente Básico da Assistência Farmacêutica poderão ser executados centralizadamente pelo Ministério da Saúde ou descentralizados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme pactuação na Comissão Intergestores Tripartite e, posteriormente, nas Comissões Intergestores Bipartite, mediante a implementação e a organização dos serviços previstos nesses programas.

§ 7º Os recursos destinados ao medicamento Insulina Humana, do grupo de medicamentos do Programa Hipertensão e Diabetes, serão executados centralizadamente pelo Ministério da Saúde, conforme pactuação na CIT.

⁷⁴ Art. 26. O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica destina-se ao financiamento de ações de assistência farmacêutica dos seguintes programas de saúde estratégicos:

I - controle de endemias, tais como a tuberculose, a hanseníase, a malária, a leishmaniose, a doença de chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional;

II - anti-retrovirais do programa DST/Aids;

III - sangue e hemoderivados; e

IV - imunobiológicos.

integrados pelos gestores municipais, estaduais e federal – a Comissão Intergestores Tripartite – e pelos gestores estaduais e municipais – a Comissão Intergestores Bipartite. A comunidade participa através dos Conselhos de Saúde.

O contínuo processo de pactuação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, revelado em diversos atos normativos, resultou na Portaria nº 399/2006 que entre outros pontos redefine as responsabilidades dos entes da federação no que se refere às ações de saúde.

Utilizando como exemplo o fornecimento de medicamentos, objeto de ações judiciais cujo número vem crescendo significativamente nos últimos anos, a responsabilidade pelo financiamento e pelo fornecimento é, atualmente, da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme a classificação adotada na política pública pertinente.

Assim, compreende o Ministério Público Federal que as ações de assistência farmacêutica na atenção básica em saúde e para agravos e programas de saúde específicos (hipertensão e diabetes, exceto insulina, asma e rinite, saúde mental, saúde da mulher, alimentação e nutrição e combate ao tabagismo), inseridos na rede de cuidados da atenção básica, são financiadas pelos três gestores. A dispensação é obrigação do Município ou do Estado, conforme pactuado na Comissão Intergestores Bipartite – CIB, da qual fazem parte representantes dos gestores municipais e estaduais.

O financiamento e o fornecimento de medicamentos, produtos e insumos para os Programas Estratégicos (controle de endemias: tuberculose, hanseníase, malária e leishmaniose, Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional; antirretrovirais do programa de DST/AIDS; programa nacional do sangue e hemoderivados; imunobiológicos; insulina) são de responsabilidade do Ministério da Saúde.

Já a responsabilidade pelo financiamento dos medicamentos de dispensação excepcional (medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos) é do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação, sendo a dispensação responsabilidade dos Estados.

A definição das responsabilidades, como já salientado, não é estática. O processo de pactuação é contínuo. As responsabilidades vão sendo repactuadas tanto em virtude do processo de descentralização como por questões de ordem prática, tendo sempre por fim a otimização dos recursos e o aprimoramento dos sistemas público de saúde.

Assim, uma decisão judicial em processo em que se pleiteia a prestação de determinada ação de saúde deve sempre levar em conta as pactuações vigentes. Caso contrário, a decisão atentará contra as diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde, contribuindo para a desorganização do serviço e indo de encontro aos princípios da eficiência e da economicidade.(grifo nosso)

3.3.1 Componente Básico da Assistência Farmacêutica

O Componente Básico da Assistência Farmacêutica é um programa pelo qual os Municípios e, excepcionalmente os Estados, têm por competência a aquisição e disponibilização dos fármacos denominados como básicos⁷⁵, conforme dispõe a Portaria GM/MS nº 2.982, de 26 de novembro de 2009. Vejam-se os artigos 2º e 10 da norma em referência:

Art. 2º O financiamento dos medicamentos descritos nos Anexos I, II e III é de responsabilidade das três esferas de gestão, devendo ser aplicados os seguintes valores mínimos:

I - União: R\$ 5,10 por habitante/ano;

II - Estados e Distrito Federal: R\$ 1,86 por habitante/ano; e

III - Municípios: R\$ 1,86 por habitante/ano.

(...)

Art. 10. A execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica é descentralizada, sendo de responsabilidade dos Municípios, do Distrito Federal e dos Estados, onde couber, a organização dos serviços e a execução das atividades farmacêuticas, entre as quais seleção, programação, aquisição, armazenamento (incluindo controle de estoque e dos prazos de validade dos medicamentos), distribuição e dispensação dos medicamentos e insumos de sua responsabilidade.

§ 1º Com o objetivo de apoiar a execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, as Secretarias Estaduais e as Municipais de Saúde podem pactuar nas CIB a aquisição de forma centralizada dos medicamentos e insumos pelo gestor estadual, na forma de Atas Estaduais de Registro de Preços ou por consórcios de saúde.

§ 2º Quando da utilização de Atas Estaduais de Registro de Preços, o edital elaborado para o processo licitatório deve dispor sobre a possibilidade da utilização pelos Municípios.

§ 3º No sentido de fortalecer a produção pública de medicamentos, as Secretarias Estaduais e as Municipais de Saúde poderão pactuar a aplicação dos recursos da contrapartida estadual por meio da oferta de medicamentos produzidos em laboratórios públicos oficiais.

§ 4º Os medicamentos produzidos por laboratório oficial, disponibilizados pela Secretaria Estadual de Saúde devem ter seus valores unitários informados nas CIB e corresponder àqueles constantes do Elenco de Referência Estadual pactuado, nos itens, quantitativos e cronograma de entrega que as Secretarias Municipais de Saúde programarem

Conforme se extrai da portaria em epígrafe, a União tem por responsabilidade apenas o co-financiamento do referido programa. A transferência de

⁷⁵ São medicamentos comuns, de baixo custo e essenciais à população, sendo que a maioria está elencada nos Anexos I, II e III da Portaria GM/MS nº 2.982, de 26 de novembro de 2009.

recursos do Ministério da Saúde se dá de forma automática, na modalidade fundo a fundo, em parcelas mensais. O financiamento desses medicamentos utiliza o critério per capita, isto é, de acordo com a população local. O quantitativo populacional é verificado de acordo com o censo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e, atualmente, os valores mínimos pactuados estão em R\$5,10 por habitante/ano por parte da União e R\$1,86 por habitante/ano por parte de cada um dos demais entes federados.

Sobre o referido programa, complementa a obra feita pelo Conselho Nacional de Secretários da Saúde no intuito de explicar como funciona o SUS, que

[...] a Política Nacional de Medicamentos (PNM) é um dos instrumentos que deve embasar a reorientação da Assistência Farmacêutica na atenção básica, sob responsabilidade dos gestores municipais, com o objetivo de assegurar o acesso da população aos medicamentos essenciais, promover seu uso racional e qualificar o atendimento.

Mudanças estão presentes em várias áreas relacionadas aos medicamentos. A legislação sanitária tem sido atualizada, num movimento para acompanhar e enfrentar as situações advindas do avanço científico e tecnológico, bem como da necessidade de regular o mercado farmacêutico nacional.

O processo de descentralização das ações tem avançado de forma gradativa na Assistência Farmacêutica, exigindo dos profissionais o desenvolvimento de novos saberes e habilidades, entre eles, competência gerencial para otimizar recursos, estabelecer objetivos e metas, medir resultados e promover mudanças.

Assim, cabe ao gestor estadual prestar cooperação técnica aos municípios, para que os mesmos possam assumir a sua responsabilidade sobre a Assistência Farmacêutica na atenção básica, respeitando os princípios legais e atendendo às exigências técnicas previstas para o desenvolvimento dessa atividade.⁷⁶

3.3.2 Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica.

O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica é um programa utilizado para fornecimento de medicamentos considerados como estratégicos para tratamento das doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenham protocolo e normas estabelecidas e que possuam impacto sócio-econômico. São doenças que atingem ou põem em risco as coletividades e que tem como importante estratégia de controle o tratamento de seus portadores. Algumas das doenças transmissíveis

⁷⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, Brasília. Assistência Farmacêutica no SUS. Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, v. 7, 2007. p.39.

acometem população de áreas específicas do país, como a malária, esquistossomose, doença de Chagas e leishmaniose.^{77,78}

Os medicamentos deste componente são adquiridos centralizadamente pelo Ministério da Saúde, com posterior distribuição às Secretarias Estaduais de Saúde e disponibilização à população através de dispensação na rede pública estadual e municipal.⁷⁹

Os programas atendidos são os de controle de endemias, tais como a tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional, tais como cólera, esquistossomose, filariose, influenza, meningite, oncocercose, peste e tracoma. Também fazem parte dos medicamentos estratégicos os medicamentos anti-retrovirais do Programa DST/Aids, sangue e hemoderivados e os imunobiológicos (soros e vacinas).⁸⁰

3.3.3 Componente Especializado da Assistência Farmacêutica

O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica - CEAF (antigo Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional-CMDE), aprovado por meio da Portaria GM/MS nº 2.981 de 26 de novembro de 2009, é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde (art.8º da Portaria GM/MS nº 2.981/2009).

O objetivo majoritário do CEAF é garantir tratamento em todas as fases evolutivas das doenças contempladas e, para isso, fez-se necessário uma avaliação sobre o tratamento de tais doenças, com base nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas aprovados pelo Ministério da Saúde. Este olhar foi construído, também, levando-se em consideração a abordagem terapêutica na atenção básica, visto que

⁷⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, Brasília. Assistência Farmacêutica no SUS. Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, v. 7, 2007. p. 64.

⁷⁸BRASIL. Portal do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=29009&janela=2>. Acesso em 04 de julho de 2010.

⁷⁹ BRASIL. op. cit. p. 64.

⁸⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, Brasília. Assistência Farmacêutica no SUS. Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, v. 7, 2007. p.64-65.

muitas doenças contempladas no CEAF requerem, inicialmente, uma abordagem em nível básico da assistência. Por isso, o aprimoramento do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional por meio da aprovação do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica ocorreram de forma integrada com a aprovação do Componente Básico do Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica (Portaria GM nº 2.982 de 26 de novembro de 2009).⁸¹

Conforme artigo 9º⁸² da referida portaria, os medicamentos que constituem as linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas. O elenco de medicamentos em cada grupo está descrito nos Anexos I, II e III desta Portaria. (art. 14 da portaria em análise).

Os medicamentos do Grupo 1 são aqueles cujo financiamento está sob a responsabilidade exclusiva da União e, nos termos do artigo 11⁸³, é constituído por medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente, por aqueles indicados para doenças mais complexas, para os casos de refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento e que se incluem em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde. Os medicamentos do Grupo 1 devem ser dispensados somente para as doenças (CID-10) contempladas no Componente e divide-se em: Grupo 1A - medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e Grupo 1B - medicamentos adquiridos pelos estados com transferência de recursos financeiros pelo Ministério da Saúde, na modalidade Fundo a Fundo. A responsabilidade pelo armazenamento, distribuição e dispensação dos medicamentos do Grupo 1 (1A e 1B) é das secretarias estaduais de saúde.^{84, 85}

⁸¹BRASIL. Portal do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=34025&janela=1> Acesso em 04 de julho de 2010.

⁸² Art. 9º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas.

Grupo 1 - Medicamentos sob responsabilidade da União

Grupo 2 - Medicamentos sob responsabilidade dos Estados e Distrito Federal

Grupo 3 - Medicamentos sob responsabilidade dos Municípios e Distrito Federal

⁸³ Art. 11. O Grupo 1 foi constituído sob os seguintes critérios:

I - maior complexidade da doença a ser tratada ambulatorialmente;

II - refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento;

III - medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente;

IV - medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde.

⁸⁴BRASIL. Portal do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=34025&janela=1> Acesso em 04 de julho de 2010.

⁸⁵ **Portaria GM/MS nº 2.981/2009:**

Os medicamentos do Grupo 2 são financiados pelos Estados e pelo Distrito Federal. Nos termos do artigo 12⁸⁶, o referido grupo é constituído por medicamentos de menor complexidade da doença a ser tratada ambulatorialmente em relação aos elencados no Grupo 1 e para os casos refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento. Os medicamentos do Grupo 2 devem ser adquiridos, financiados e dispensados pelas secretarias estaduais de saúde (art.46⁸⁷).

O Grupo 3 é constituído por medicamentos, cuja responsabilidade pelo financiamento é tripartite, sendo a aquisição e dispensação são de responsabilidade dos Municípios sob regulamentação da Portaria GM nº 2.982/2009 que aprova a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica (art.47⁸⁸ da Portaria GM/MS nº 2.981/2009).

Independentemente do Grupo, o fornecimento de medicamentos padronizado no CEAF deve obedecer aos critérios de diagnóstico, indicação de tratamento, inclusão e exclusão de pacientes, esquemas terapêuticos, monitoramento, acompanhamento e demais parâmetros contidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) estabelecidos pelo Ministério da Saúde, de abrangência nacional (art.18).⁸⁹

Art. 25. A execução do Componente envolve as etapas de solicitação, avaliação, autorização, dispensação dos medicamentos e renovação da continuidade do tratamento.

Parágrafo único. Os medicamentos do Grupo 3 são regulamentados no âmbito do Componente Básico da Assistência Farmacêutica em ato normativo específico.

Art. 26. Para os medicamentos constantes dos Grupos 1 e 2, a execução é descentralizada às Secretarias Estaduais de Saúde, devendo ser realizada de acordo com os critérios definidos nesta Portaria.

(...)

Art. 45. A responsabilidade pela programação, armazenamento e distribuição dos medicamentos dos Grupos 1A e 1B do Anexo I a esta Portaria é das Secretarias Estaduais de Saúde, sendo a responsabilidade pela aquisição dos medicamentos do Grupo 1A do Ministério da Saúde e dos medicamentos do Grupo 1B das Secretarias Estaduais de Saúde.

(...)

Art. 51. A dispensação dos medicamentos de aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde é de responsabilidade das Secretarias Estaduais de Saúde e deve seguir os critérios estabelecidos no Capítulo III desta Portaria.

⁸⁶ Art. 12. O Grupo 2 foi constituído sob os seguintes critérios:

I - menor complexidade da doença a ser tratada ambulatorialmente em relação aos elencados no Grupo 1;

II - refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento.

⁸⁷ Art. 46. A responsabilidade pela programação, aquisição, armazenamento e distribuição dos medicamentos do Grupo 2 do Anexo II desta Portaria é de responsabilidade das Secretarias Estaduais de Saúde.

⁸⁸ Art. 47. A responsabilidade pela programação, aquisição, armazenamento e distribuição dos medicamentos do Grupo 3 é dos Municípios e está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

⁸⁹ BRASIL. Portal do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=34025&janela=1> Acesso em 04 de julho de 2010.

3.4 Direito à saúde na jurisprudência: solidariedade

Como demonstrado nos itens anteriores, em resgate ao federalismo, o constituinte de 1988 criou uma forma federativa de cooperação entre os entes, mas com divisões de competência para garantir o direito à saúde. No entanto, forçoso dizer que tal modelo não foi acolhido pela jurisprudência uma vez que, para garantir a saúde a todos, decidiu-se pela solidariedade dos entes federados na execução das ações e serviços de saúde. Veja-se:

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 195192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31/03/2000). (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, "B". EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. ART. 1.049 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

(...)

4. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

(...) (Resp 674803, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 06.03.07) (grifo nosso)

Nesse sentido, o professor Luís Roberto Barroso também discorreu sobre o assunto afirmando que o judiciário tem o entendimento da solidariedade dos entes federados na garantia do direito à saúde. Veja-se:

Há uma jurisprudência dominante que consagra uma solidariedade entre todos os entes federativos. Embora esta possa parecer uma decisão libertadora, na medida em que assegura ao administrado receber a prestação de qualquer dos três entes, do ponto de vista prático, isto cria grande dificuldade administrativa e grande dispêndio desnecessário de recursos, porque há três estruturas que

passam a funcionar para, em juízo, atuarem para a defesa da Fazenda Pública. (grifo nosso)⁹⁰

O entendimento de solidariedade dos entes na garantia da saúde vai de encontro com a divisão de competência do modelo federativo, uma vez que acarreta superposição de esforços, de agentes públicos, desorganização do sistema e conseqüente desperdício de verbas públicas. Com a solidariedade também pode ocorrer a inércia da garantia do direito à saúde, pois um ente pode deixar de cumprir sua atribuição “pensando” que o outro ente irá adimplir tal tarefa.

Esse fundamento da responsabilidade solidária, em razão do direito à saúde estar na competência comum e ser dever do Estado, fere toda a sistemática da Constituição Federal. O Constituinte, influenciado pelo movimento sanitarista, teve por escopo a descentralização do sistema de saúde prevendo a repartição das atribuições de cada ente federado. Desse modo, não há que se falar em solidariedade num sistema em que distribui a responsabilidade de cada ente federado.

Destarte, se o interprete observar toda a sistemática constitucional na matéria de direito à saúde, verificará que a responsabilidade solidária irá de encontro com a descentralização e com a repartição de competência. Portanto, deve o interprete analisar toda a Constituição e não somente uma norma isolada, para que não viole a materialização das normas e princípios finalísticos da Reforma Sanitária consagrados pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, conforme ensinamentos de Eros Grau⁹¹, "jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o direito, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços"

Segundo Luís Roberto Barroso,

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

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Palestra proferida no 06/05/2009 na audiência pública sobre saúde no Supremo Tribunal Federal.

⁹¹ GRAU, Eros Roberto A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.179.

recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.⁹²

Para implementar as normas constitucionais e respeitar o federalismo, o Legislador criou a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº8.080/90), com o fim de estabelecer a forma de organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde. A partir da Lei Orgânica da Saúde a União, em cooperação com os entes federados, criou portarias estabelecendo especificamente a atribuição de cada ente no financiamento, na aquisição e na dispensação dos medicamentos e insumos.

Deste modo, no momento em que as decisões judiciais ignoram toda a sistemática do SUS⁹³, entendendo como solidária a responsabilidade dos entes federados, elas desestruturam todo um programa público de saúde previamente definido.

⁹² BARROSO. Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p.885.

⁹³ Em trabalho realizado por Sílvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari, analisou-se como o sistema jurídico brasileiro vem garantindo o direito à assistência farmacêutica por meio da prestação jurisdicional. Foram pesquisados os processos judiciais que tiveram por objeto o fornecimento de medicamentos e insumos pelo Estado, nas Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. A pesquisa foi realizada no período de agosto a dezembro de 2004 e as sentenças analisadas foram proferidas entre os meses de março a novembro de 2004 e referem-se a processos distribuídos nos anos de 1997 a 2004, abarcando 71,4% das Varas existentes. Os resultados apresentados foram, em resumo, os seguintes: “Todos os autores processuais enquadravam-se na categoria de autor individual, 67,7% representados por advogados particulares e destes, 23,8% possuíam o apoio de associações. Em 35,5% dos processos apareceu, expressamente, o nome do Laboratório farmacêutico no pedido do autor e em 77,4% dos casos o autor requereu pelo menos um medicamento ou insumo (dos demais pleiteados) de uma determinada marca, sobrepondo o nome fantasia do medicamento ou insumo ao seu nome genérico”. As idéias centrais dos argumentos utilizados pelos autores foram as seguintes: (i) o autor é portador de uma determinada doença, que está colocando em risco a sua vida ou a sua saúde; (ii) o medicamento prescrito pelo profissional médico que assiste o autor representa um avanço científico e é o único capaz de controlar a moléstia que lhe acomete; (iii) o autor não possui condições financeiras para adquirir o medicamento; (iv) o direito do autor à saúde e à assistência farmacêutica integral é um direito fundamental, garantido por Lei; (v) as leis que subsidiam o direito à saúde e à assistência farmacêutica compreendem o fornecimento do medicamento específico necessitado pelo autor; (vi) os direitos à saúde e à assistência farmacêutica não dependem de regulamentação infraconstitucional para serem exercidos; (vii) os direitos fundamentais à saúde e à assistência farmacêutica não podem ser condicionados por políticas públicas de saúde ou por questões orçamentárias; (viii) a política de assistência farmacêutica do Estado possui falhas e, por isso, não contempla o medicamento pleiteado. “Dentre as decisões judiciais analisadas, 93,5% das decisões interlocutórias concederam liminar para que o Estado seja compelido a fornecer o medicamento pleiteado pelo autor. Das sentenças proferidas pelos juízes, 90,3% julgaram a ação procedente, condenando o Estado de São Paulo a fornecer a medicação pleiteada pelo autor. Nenhuma sentença julgou o pedido do autor improcedente com o exame do mérito da ação, sendo que 96,4% das sentenças que julgaram o pedido procedente condenaram o requerido a fornecer o medicamento exatamente nos moldes pleiteados pelo autor na petição inicial. Em 10,7% das sentenças o Estado foi condenado a fornecer também outros medicamentos que venham a ser prescritos ao autor, de acordo com prescrição médica futura” (grifos acrescentados). Segundo as Autoras, com base nos resultados encontrados, percebe-se que o Poder Judiciário não tem levado em consideração a política pública de medicamentos. Suas decisões têm com base, unicamente, a afirmação do direito à saúde e à assistência farmacêutica como direitos integrais e

Portanto, conclui-se que o entendimento de obrigação solidária entre os entes federados para a garantia do direito à saúde não é a melhor solução para resolver as demandas judiciais, pois contradiz a finalidade da Lei Fundamental. O constituinte disciplinou um direito sanitário descentralizado com diferentes atribuições para cada esfera de poder, sendo que todos são obrigados (competência material comum) a atuarem na saúde para haver uma cooperação entre os entes e universalização do sistema de saúde. Com a divisão de tarefas, evitam-se choques e dispersão de recursos e esforços, garantindo a efetivação do acesso universal ao direito à saúde, uma vez que o cidadão e as instituições poderão cobrar e fiscalizar a obrigação de cada ente federado.

CONCLUSÃO

A partir do movimento sanitarista e de descentralização iniciado em 1983, a Constituição Federal de 1988 consagrou o Sistema Único de Saúde (SUS) e elevou a saúde à condição de *direito de todos e dever do Estado* e determinou que ações e serviços de saúde obedecessem a uma *rede descentralizada*.

Esta constitucionalização do direito à saúde ocasionou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras conseqüências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito.

No entanto, apesar do direito a saúde ter plena efetividade, o Sistema Único de Saúde criado para concretizá-lo ainda não atingiu sua maturação, tendo em vista que não estão sendo respeitadas as normas e princípios finalísticos da Reforma Sanitária consagrados pela Constituição Federal de 1988 e na Lei Orgânica da Saúde.

Diante da falta de concretização, o direito à saúde passou a ser judicializado com o escopo de garantir os direitos fundamentais.

Entretanto, verificou-se que, para concretizar o direito à saúde no fornecimento de medicamentos, a jurisprudência brasileira não observou todos os critérios impostos pelo Constituinte ao responsabilizar solidariamente todos os entes federados envolvidos (União, Estado e Município), podendo, desse modo, desestruturar o sistema público de saúde.

Destarte, cada ente federado tem uma atribuição dentro do sistema público de saúde e a melhor maneira para efetivar o direito fundamental à saúde é obedecer à repartição de competência do federalismo e fazer com que cada ente realmente cumpra sua tarefa na garantia do referido direito. Ao se exigir que os entes cumpram suas atribuições, garante-se a assistência integral à saúde de todas as pessoas e se implementa o modelo de descentralização previsto pelo Constituinte de 1988.

Portanto, com base nas análises desenvolvidas neste trabalho, confirma-se, à guisa de conclusão final, que cada ente federado ficou responsável por uma atribuição na garantia do direito à saúde, de modo que, conjuntamente, formar-se-ia um sistema (SUS) que garantisse o acesso universal a todos os cidadãos. Assim, o entendimento da jurisprudência da responsabilização solidária entre os entes federados para a garantia do direito à saúde não é a melhor solução para resolver as demandas judiciais, pois contradiz a finalidade da Lei Fundamental. O ideal seria que a prestação

jurisdicional fizesse cumprir a normas previamente postas, individualizando a responsabilidade dos entes federais e “forçando-os” a cumprir suas obrigações institucionais. No momento que esta divisão de tarefas estiver clara e sedimentada, os cidadãos e as instituições conseguirão cobrar e fiscalizar a obrigação de cada ente federado.

BIBLIOGRAFIA

AITH, Fernando. Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil – São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: Critério Jurídico para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: novembro 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 25 abr. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidade da Constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Palestra proferida no 06/05/2009 na audiência pública sobre saúde no Supremo Tribunal Federal.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do estado federal brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERMÚDEZ, Ximena Pamela Diaz et alii. Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios. In COSTA, Alexandre Bernardino Costa... [et al.] (organizadores). O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito sanitário. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.. Linguagem Jurídica. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. ABC do SUS: Doutrinas e Princípios. Brasília: Ministério da Saúde, 1990.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Sistema Único de Saúde. Coleção Progestores - Para entender a gestão do SUS. vol. 1. Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. SUS: avanços e desafios. Brasília: CONASS, 2007.

Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. SUS: avanços e desafios. Brasília: CONASS, 2006.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, Brasília. Assistência Farmacêutica no SUS. Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, v. 7, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios / Ministério da Saúde, Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde.- 3. Ed. – Brasília: Editora Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Portal do Ministério da Saúde. Disponível em:<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=29009&janela=2>. Acesso em 04 de julho de 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Alexandre Bernardino Costa... [et al.] (organizadores) – Brasília: CEAD/UND, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 22, n. 1, fev. 1988. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 14 abr. 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde. São Paulo: Editora Hucitec. 1995.

DALLARI. Dalmo de Abreu. O estado federal. São Paulo: Ática.1986.

DELDUQUE, Maria Célia; NICOLETTI, Lenita. A saúde e o meio ambiente: políticas públicas coincidentes?. In COSTA, Alexandre Bernardino Costa...[et al.] (organizadores). O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito sanitário. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

FALEIROS, Vicente de Paula et alii. A Construção do SUS: histórias da reforma sanitária e do processo participativo. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional – São Paulo: Saraiva, 2009.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GRAU, Eros Roberto A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MARQUES, Sílvia Badim. DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 1, 2007.
- MARTINS, Wall. Direito à saúde: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MEDEIROS, Humberto Jacques. Sistema Federativo e Saúde: descentralizar o SUS. In COSTA, Alexandre Bernardino Costa... [et al.] (organizadores). O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito sanitário. Brasília: CEAD/UnB, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NÓBREGA, Ramiro. Acesso a medicamentos: direito garantido no Brasil?. In COSTA, Alexandre Bernardino Costa... [et al.] (organizadores). O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito sanitário. Brasília: CEAD/UnB, 2008.
- OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Fragmentos de discursos construídos a várias vozes: notas sobre democracia, participação social e Conselhos de Saúde. In COSTA, Alexandre Bernardino Costa... [et al.] (organizadores). O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito sanitário. Brasília: CEAD/UnB, 2008.
- RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*, Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003.
- SALDANHA, Paula. Geografias da saúde e do desenvolvimento. Coimbra: Almedina, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.11-53, 2008.

SILVA, Beatrice Maria Pedroso da. O sistema único de saúde: o descompasso entre a realidade normativa e a realidade fática. 2007. 376 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6 ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÕES, Jorge. Retrato político da saúde. Dependência do processo e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho. Coimbra: Almedina, 2004.

SOARES, Mario Lucio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de direito público – Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIEIRA, Alessandra. Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos: Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos. Ed. Almedina.

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.