

# SOLIDARIEDADE FEDERATIVA E MUNICIPALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira<sup>1</sup>

Rogério Raymundo Guimarães Filho<sup>2</sup>

**Resumo:** Este trabalho busca fazer uma análise da forma de organização federativa brasileira, para verificar se a mesma consegue efetivar plenamente o Direito Fundamental Social à Saúde, como um dos seus mais importantes Direitos Sociais. Para tanto, se fará uma discussão acerca do federalismo solidário (art. 23, II, da Constituição Federal de 1988), como instrumento de interpretação pelo Poder Judiciário. Também, apresentam-se as consequências da falta de regras claras de repartição de competências que muitas vezes sobrecarrega os Municípios. Atenta-se, ainda, pela importância de o Poder Judiciário considerar em suas decisões a existência de normas infraconstitucionais e da legislação complementar. Para o desenvolvimento dos tópicos temáticos se utilizará como metodologia, o método de abordagem o indutivo, como método de procedimento o método monográfico e como técnica de pesquisa a bibliográfica e documental.

**Palavras-Chave:** Saúde; Escassez de Recursos; Políticas

---

<sup>1</sup>Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Autônoma do México/UNAM. Pós-Doutora em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Málaga/ESPAÑA. Professora Titular do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, aposentada desde março de 2017. Professora Visitante I, desde setembro de 2018, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, de 2009-2018. Membro titular da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRD), ocupando a Cadeira de nº 27.

<sup>2</sup>Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pelotas.

Públicas; Administração Pública; Solidariedade; Repartição de competências, Subsidiariedade

**Abstract:** This work seeks to analyze the way of Brazilian federated organization, to verify if it can fully implement the Fundamental Social Right to Health, as one of its most important Social Rights. To this end, a discussion will be made about solidary federalism (article 23, II, of the Federal Constitution of 1988) as an instrument of interpretation by the Judiciary. Also presented are the consequences for the lack of clear rules for the distribution of competences, which often overloads Municipalities. It also draws attention to the importance of the Judiciary considering in its decisions the existence of infraconstitutional laws and complementary legislation. To develop the thematic topics, the inductive approach method will be used as methodology, the monographic method as the method of procedure, and the research techniques will be bibliographic and documentary.

**Keywords:** Health; Scarcity of Resources; Public Policies; Public Administration; Solidarity; Distribution of Competences; Subsidiarity

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Os Direitos Sociais; 3 O Direito à Saúde; 4 A judicialização do Direito à Saúde; 5 A escassez de recursos e a demanda judicial; 6 O impacto no orçamento em virtude das decisões judiciais; 7 Considerações finais; 8 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO



Direito à Saúde tem *status* constitucional estando presente no Capítulo II - Dos Direitos Sociais, no Artigo 6<sup>3</sup>, e no Título VII - Da Ordem Social, Capítulo II - Da Seguridade Social, Seção II - Da Saúde, no *caput* do Artigo 196<sup>4</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelecendo-se assim o dever do Estado de garantir e fornecer o acesso à saúde, bem como sua universalidade. Nesse sentido, este acesso universal, deve compreender um tratamento igualitário nas ações e serviços relacionados à promoção, proteção e recuperação daquelas cidadãs e daqueles cidadãos que necessitam dos mais diversos serviços para terem sua saúde resguardada.

Por isso, ao se falar na definição mais viva da Constituição de um país, cabe afirmar que a mesma é o

resultado mais intenso e vigoroso dos diferentes processos que materializam e formalizam as expectativas da cidadania, e fundamentalmente por isto, referência jurídica mestra da vida e transtemporal de um povo: traz do passado a história e para o futuro a esperança: traz para o presente o desafio da construção da imprescindível ponte (BIRNFELD, 2008, p.13).

Assim, uma das formas de manifestação do Direito à Saúde se dá pelo tratamento ofertado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Constituição Federal de 1988, como forma de efetivar o mandamento constitucional do Direito à Saúde e, está regulado pela Lei nº 8.080/1990, que operacionaliza o atendimento público da saúde, permitindo que qualquer pessoa, tenha o direito de acessar os serviços regulados pelo Estado.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores e mais complexo sistemas de saúde pública do mundo,

---

<sup>3</sup>"São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição".

<sup>4</sup>"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 a sua promoção, proteção e recuperação".

abrangendo desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população brasileira.

Com a sua criação, o SUS proporciona o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. Ou seja, a Atenção Integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todas as brasileiras e de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando à prevenção e a promoção da saúde.

Além disso, a gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os 26 Estados federados, o Distrito Federal, e os 5.570 Municípios<sup>5</sup>, de acordo com o Artigo 18 da Constituição Federal/1988, onde se estabelece a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil.

Desta maneira, o SUS é composto pelo Ministério da Saúde, os Estados federados, e os Municípios, conforme determina a Constituição Federal, onde cada ente tem suas co-responsabilidades, assim distribuídas:

- *Ministério da Saúde*: gestor nacional do SUS formula políticas e ações, em articulação com o Conselho Nacional de Saúde. Atua no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) para pactuar o Plano Nacional de saúde.
- *Secretaria Estadual de Saúde (SES)*: participa da formulação das políticas e ações de saúde, presta apoio aos Municípios em articulação com o Conselho Estadual e participa da Comissão Intergestores Bipartite (CIB), para aprovar e programar o Plano Estadual de Saúde.
- *Secretaria Municipal de Saúde (SMS)*: planeja, organiza, controla, avalia e executa ações e serviços de saúde em articulação com o Conselho Municipal e a esfera estadual para aprovar e

---

<sup>5</sup>Os Municípios são uma circunscrição territorial dotada de personalidade jurídica e com certa autonomia administrativa, sendo as menores unidades autônomas da Federação.

- programar o Plano Municipal de Saúde.
- *Conselhos de Saúde*: no âmbito de atuação (Nacional, Estadual ou Municipal), em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. Cabe a cada Conselho de Saúde definir o número de membros, que obedecerá a seguinte composição: 50% de entidades e movimentos representativos de usuários; 25% de entidades representativas dos trabalhadores da área de saúde e 25% de representação de governo e prestadores de serviços privados conveniados, ou sem fins lucrativos.
  - *Comissão Intergestores Tripartite (CIT)*: Foro de negociação e pactuação entre gestores federal, estadual e municipal, quanto aos aspectos operacionais do SUS.
  - *Comissão Intergestores Bipartite (CIB)*: Foro de negociação e pactuação entre gestor estadual e municipal, quanto aos aspectos operacionais do SUS.
  - *Conselho Nacional de Secretário da Saúde (Conass)*: Entidade representativa dos entes estaduais e do Distrito Federal na CIT para tratar de matérias referentes à saúde.
  - *Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems)*: Entidade representativa dos entes municipais na CIT para tratar de matérias referentes à saúde. *Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems)*: São reconhecidos como entidades que representam os entes municipais, no âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao Conasems, na forma que dispuserem seus estatutos (Cf. Ministério da Saúde, 2020, p. 1-2).

No entanto, toda esta estrutura pode gerar esgotamento dos recursos públicos financeiros se não forem administrados com competência e transparência. É necessário que o gestor use racionalmente os recursos a fim de assegurar ações e serviços de saúde com um mínimo possível para atender uma maior quantidade de pessoas. Além disso, um dos problemas de efetivação do Direito à Saúde relaciona-se com a elevada demanda

individual para a concretização desse direito.

Por conseguinte, surge a judicialização da saúde com o escopo de atender esses pleitos que não conseguem ser atendidos de maneira positiva pela Administração Pública, ou em razão da precariedade das ações e serviços, ou da inexistência de procedimentos específicos a serem cobertos pelo Estado, por exemplo, quando o paciente necessita de medicamentos de valores muito alto e, que não se encontram disponíveis na rede pública.

Um estudo realizado pelas professoras Sueli Gandolfi Dallari e Silvia Marques Badin (2005), especificamente sobre a assistência farmacêutica, apresenta a seguinte conclusão:

O Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, não toma conhecimento dos elementos constantes na política pública de medicamentos, editada conforme o direito para dar concretude ao direito social à assistência farmacêutica. E assim, vem prejudicando a tomada de decisões coletivas pelo sistema político nesse âmbito, sobrepondo as necessidades individuais dos autores dos processos às necessidades coletivas.

O acesso desigual ao SUS, gerado pela judicialização da saúde, favorece aqueles que têm condições de acionar o Poder Judiciário, gerando um desequilíbrio na distribuição de competências dentro do sistema, que potencialmente sobrecarrega os Municípios, além de provocar dificuldades para o planejamento e a gestão do orçamento público, visto a imprevisibilidade do gasto imposto pelas ações judiciais.

Vale salientar, que ao se analisar as políticas públicas e a divisão de competências nos sistemas federativos, é importante compreender que a cooperação não significa co-responsabilização. O SUS, sendo um sistema, funciona - ou deveria funcionar -, como tal, com cada órgão desempenhando seu papel para o adequado funcionamento e manutenção. Por isso, não há razão para supor que todos os entes federados são igualmente responsáveis pela assistência farmacêutica, assim como não são igualmente responsáveis por transplantes de órgãos (WANG, 2014, p.1191-1206).

Nesse sentido, o federalismo solidário pode contribuir

para efetivação do Direito Fundamental Social à Saúde, desde que seja possível para os gestores entenderem que a cooperação não é sinônimo de co-responsabilização, ou seja, desde que o Artigo 23, II, da Constituição Federal de 1988, não seja interpretado de maneira irrestrita, sobrepondo-se às demais normas infraconstitucionais e da legislação complementar.

Desse modo, é necessário atentar para a repartição de competência, pois os Municípios são os entes mais frágeis e, em regra, têm os menores orçamentos públicos. Assim, quando estes assumem atribuições que destoam de suas competências, tal situação pode fragilizar ainda mais sua capacidade orçamentária, contribuindo para a inefetividade do Direito Fundamental Social à Saúde.

## 2 OS DIREITOS SOCIAIS

Os Direitos Sociais se caracterizam como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas por normas constitucionais, que têm por fim realizar e propiciar concretamente, melhores condições de vida aos necessitados, cujos direitos a serem alcançados podem auxiliar na busca de uma igualdade real (material), para aqueles que se encontram em situações sociais tão desiguais.

José Afonso da Silva classifica os Direitos Sociais do homem como produtor e como consumidor:

Entram na categoria de *direitos sociais do homem produtor* os seguintes: a liberdade de instituição sindical (instrumento de ação coletiva, o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho (contrato coletivo de trabalho), o direito de cooperar na gestão da empresa (co-gestão ou autogestão) e o direito de obter um emprego[...]. Na categoria dos *direitos sociais do homem consumidor* entram: os direitos à saúde, à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adulto à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família [...] (2011, p. 289).

A Constituição Federal de 1988 traz um capítulo próprio dos Direitos Sociais (Capítulo II do Título II) e um título especial sobre a ordem social (Título VIII), mas não faz uma separação radical, como se os Direitos Sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O Artigo 6º demonstra que aqueles são conteúdo desta, uma vez que apresenta um rol exemplificativo dos Direitos Sociais, a saber: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Assim sendo, ainda que o constituinte não tenha se valido dos melhores critérios metodológicos, vislumbra a possibilidade de extrair o conteúdo dos direitos relativos a cada um dos objetos sociais, deixando para tratar na ordem social de seus mecanismos organizacionais.

### 3 O DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira em elencar a saúde na condição de Direito Fundamental Social dos cidadãos. Nos casos de doença, cada indivíduo tem direito a tratamento condigno de acordo com o atual estágio da ciência médica, independente de sua situação econômica, sob pena de inefetividade das normas constitucionais.

Desse modo, em conformidade com a Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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, serviços e ações que são de relevância pública, conforme estabelecido nos Artigos 196 e 197. Além disso, o conceito de seguridade social expresso na constituição relaciona-se com ações e meios que destinam, também, a assegurar e tornar eficaz esse direito.



Da mesma forma que ocorre com os Direitos Sociais em sentido amplo, o Direito à Saúde comporta duas esferas:

[...] uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas (SILVA, 2011, p. 309).

Da leitura dos Artigos 196 e 198 a 200, da Constituição Federal de 1988, conclui-se que o Direito à Saúde é um direito positivo “que exige prestações do Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas [...], de cujo cumprimento depende a própria realização do direito” (SILVA, 2011, p. 312), do qual denota direito subjetivo de duplo conteúdo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (Artigos 102, I, a, e 103, § 2º) e, de outro, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação, pode criar pressupostos para impetração do Mandado de Injunção<sup>6</sup> (Artigo 5º, LXXI).

#### 4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Importante mencionar que quando existem políticas públicas que concretizem o Direito Social à Saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante das demandas, identificar quais as razões que levaram a Administração Pública a negar ou deixar de executar a prestação. Como não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas e econômicas na área da saúde, é seu dever verificar se as políticas existentes atendem os anseios constitucionais de acesso universal e igualitário (MENDES; BRANCO, 2014).

Podem existir, por exemplo, medicamentos constantes

---

<sup>6</sup>O Mandado de Injunção é um remédio constitucional destinado a sanar a ausência, total ou parcial, de norma reguladora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e, das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A Lei 13.300/2016, disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individuais e coletivos.

na lista do Ministério da Saúde, ou de políticas públicas Estaduais ou Municipais, mas podem não estarem disponíveis, seja em decorrência da falta de recursos públicos para a sua aquisição, ou, em alguns casos, pela má gestão do órgão competente. Por conseguinte, o cidadão não pode ter seus direitos prejudicados em face da administração ineficaz ou omissão do gestor responsável pelo sistema de saúde. Portanto, não resta dúvida que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde passível de efetivação por meio de uma demanda junto ao Poder Judiciário.

Caso um fármaco ou um procedimento não estejam no rol do Sistema Único de Saúde (SUS), pode gerar uma individualização da demanda, tornando um crescente problema à política de saúde pública. Posto que, na judicialização individualmente de pretensões específicas, pode haver prejuízo na efetividade de outras políticas públicas, uma vez que o impacto orçamentário causado por aquela decisão poderá influenciar no orçamento destinado a outras políticas públicas.

Estudo realizado no Estado de São Paulo constatou que 77% dos remédios solicitados em determinado período não faziam parte do Programa de Assistência Farmacêutica do SUS.E, mais alarmante ainda, foi o fato de que geralmente as pessoas beneficiadas por ações ajuizadas junto ao Poder Judiciário, são as que possuem melhores condições socioeconômicas e, de acesso à informação, o que caracteriza uma assimetria do sistema.

As autoras Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata levaram em consideração dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares, ou seja, 74% dos casos analisados (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1839-1849).

Diante disso, depreende-se a existência de uma situação contraditória aos objetivos constitucionais, uma vez que a Constituição Federal estabelece a existência de um sistema de saúde

universal, sem a possibilidade de qualquer privilégio de alguns usuários.

## 5 A ESCASSEZ DE RECURSOS E A DEMANDA JUDICIAL

Todos os direitos têm custos e não apenas os direitos a prestações positivas, tais como os Direitos Sociais. Mesmo os direitos a prestações negativas possuem custos. Os direitos de liberdade, caracterizados como direito a prestações negativas, também demandam recursos por parte do Estado. A manutenção de estruturas permanentes como a polícia e os tribunais serve como exemplo disso. Dessa forma, percebe-se que os custos do financiamento e manutenção dos direitos não envolvem apenas o aspecto econômico-financeiro, mas também os custos indiretos, tais como os derivados do funcionamento da máquina estatal (KELBERT, 2011).

Esses gastos são financiados por meio da arrecadação dos tributos conduzida pelo Estado Fiscal. No Estado Brasileiro, o financiamento ocorre pelos mais diversos tributos.

Os custos por si só não são uma questão problemática, que surge quando se reconhece a escassez de recursos. Dessa maneira, embora os Direitos Sociais sejam fundamentais, geram custo. Ademais, é necessário levar em consideração a escassez dos recursos a fim de garantir sua efetividade. Nesse sentido, conforme Figueiredo:

A fundamentalidade material e formal dos direitos sociais, contudo, não significa a absolutização, nem tampouco uma eficácia ilimitada desses direitos. A incidência de direitos fundamentais de terceiros; a escassez real dos recursos financeiros e fáticos disponíveis à consecução dos direitos sociais; a adequação às regras constitucionais de distribuição do poder, horizontal e verticalmente, ou seja, os princípios da separação dos Poderes e da federação; as discriminações positivas a que se propõem os direitos sociais, enquanto direitos dirigidos à superação, no 'ponto de chegada', das diferenças fáticas que separam as pessoas; e a necessidade de concordância harmônica,

proporcional e razoável entre todas essas grandezas jurídica e constitucionalmente relevantes, enfim, antepõem-se como objeções à efetivação dos direitos sociais (2007, p.222).

Considerando-se o custo de todos os direitos, a concretização se dá por meio de escolhas, ou seja, é necessário priorizar os bens e direitos mais importantes em determinado momento e contexto histórico.

Mesmo que soubessem precisamente quais políticas públicas são necessárias para garantir a maior prestação do Direito à Saúde possível, por exemplo, seria inviável a programação de todas. Isto porque, enquanto as necessidades de saúde são consideradas infinitas, os recursos para atendê-las não o são e, no caso da saúde, embora seja um bem fundamental e de suma relevância, não é o único bem que os cidadãos de uma sociedade têm interesse em usufruir (NEWDICK, 2005).

Além da disponibilidade de recursos, ou seja, da possibilidade material de sua viabilização, situa-se a problemática relacionada à possibilidade jurídica de assegurar, uma vez que o Estado tem que a obrigação de dispor dos recursos. Afinal, nada adiantaria recursos sem capacidade de disposição. Os Direitos Fundamentais Sociais estão sob a égide da reserva do possível que, em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma (SARLET, 2015).

Dada a dimensão dos custos dos direitos e consequentemente a finitude dos recursos, a Administração Pública deve fazer escolhas. No entanto, essas escolhas não costumam ser fáceis, quer seja pela eleição de políticas públicas, pelas inúmeras ações individuais pleiteando um direito, ou até mesmo pela falta de regras claras sobre a repartição de competências.

Ocorre que a satisfação de um direito pleiteado, de forma individual, pode em alguns casos, esgotar o orçamento do Estado, além de prejudicar a prestação de outros direitos fundamentais ou, até mesmo, do mesmo direito em demanda diversa. Para mais, os juízes costumam desconsiderar a questão

econômica ao proferir decisões, além de não se atentarem para a forma da organização federativa brasileira que muitas vezes sobrecarrega os Municípios, quando se obrigam a cumprir obrigações que, em tese, não são de sua competência.

## 6 O IMPACTO NO ORÇAMENTO EM VIRTUDE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição Federal de 1988, no Artigo 23, II, estabelece que: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Nesse sentido, conforme Souza:

As competências comuns da União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão consagrados no art. 23, da Constituição de 1988, com o objetivo principal de estabelecer a cooperação técnica entre as diversas entidades federadas. Foi estipulado, em primeiro lugar, que cabem a essas entidades federadas zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público. Em que pese o plenasmo da expressão "zelar pela guarda", é significativo que a responsabilidade por tal missão seja entregue a todos os participantes da Federação Brasileira. A conservação do patrimônio público é de responsabilidade de todos os cidadãos que, através de ação popular, podem pedir a anulação de "ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe", conforme o disposto no inciso LXXIII, do art. 5º, do texto constitucional (2010, p 3).

Observa-se que esse artigo instituiu a solidariedade entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e o Municípios para zelar pela saúde.

Além disso, a Constituição Federal delegou à legislação complementar e infraconstitucional a formulação de normas para organização do sistema dando legitimidade às normas de organização do SUS com a repartição de competências entre os gestores e o decorrente fracionamento da solidariedade (CF, Art. 23, II), transformando-a em subsidiariedade (Cf. SANTOS;

TERRAZ, 2014, p. 25-57).

O princípio da subsidiariedade representa um critério de organização social, onde um ente social maior não deve intervir na atividade a qual um ente menor é capaz de executar com eficácia. Entretanto, os entes maiores devem intervir sempre que os menores não conseguem realizar determinada tarefa com sucesso, o que permite o equilíbrio social.

Em virtude da própria organização federativa brasileira, da enorme extensão territorial, das diferenças culturais, ideológicas e políticas obsta-se a implantação de um sistema único centralizado para atendimento à saúde. Ademais, não se pode exigir que a União, os Estados e Municípios ofereçam serviços idênticos de saúde. Por conseguinte, a interpretação irrestrita do Artigo 23, II, da Constituição Federal, considerando a solidariedade de forma absoluta, pode violar o princípio da eficiência administrativa.

Ocorre que ainda prevalece o entendimento de que a solidariedade do artigo 23, II, da Constituição Federal se sobrepõe às normas infraconstitucionais. Mesmo que os Municípios sejam executores diretos das ações e serviços de saúde, dada a organização federativa, não se pode exigir que sua responsabilidade seja maior do que sua capacidade orçamentária. Estes devem limitar-se à atenção básica e aos procedimentos de menor complexidade. Os procedimentos de média e alta complexidade, para os quais o Município de pequeno porte não possui estrutura, devem ser encaminhados a uma rede regionalizada, sob responsabilidade do Estado.

Por isso, acredita-se que o Artigo 23, II, da Constituição Federal deva ser interpretado de forma absoluta somente quando houver ausência de normas infraconstitucionais e políticas públicas. Na Constituição, é assegurada a integralidade de atendimento, e a judicialização da saúde ocorre em alguns casos, devido à ausência ou ineficiência de políticas públicas. Contudo, as decisões judiciais devem se atentar para as regras de

repartição de competências, tornando-as, se necessário, mais claras, e, assim, evitando-se uma possível desorganização orçamentária e fragilização dos Municípios.

De outra parte, a municipalização da saúde é extraída do Artigo 30, VII, da Constituição Federal, onde se lê que: “compete aos Municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”. O legislador constitucional optou pela condição dos Municípios como executor das políticas públicas relacionadas à saúde, pelo fato de que o administrador municipal tem contato direto com o cidadão, ao passo que os Estados federados e a União, não possuem uma extensa rede de atendimento direto aos usuários (SANTOS; TERRAZ, 2014, p. 25-57).

No entanto, ainda que o Município seja personagem principal na execução dos serviços de saúde, não significa dizer que a União e os Estados federados não tenham responsabilidade com a saúde da população. Ao contrário, pelo próprio preceito constitucional, extrai-se que o financiamento do Sistema de Saúde é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 198, § 1º), suscitando uma responsabilidade tripartite, ou seja, um federalismo solidário.

A problemática se insere no sentido de que não existem regras explícitas de co-participação de financiamento no custeio a fim de auxiliar os Municípios. Por isso, eles gastam mais de 20 % do seu orçamento com saúde (SANTOS; TERRAZ, 2014, p. 25-57).

O Município é a parte mais fraca na estrutura federativa e, por isso, é o mais interessado na estruturação do Sistema de Saúde com divisão de atribuições e repartições de competências comuns. Nesse sentido, se estabelecidas boas regras de divisões de competências, o Município terá condições de ressarcir-se na imposição judicial de prestações que sejam de competência de outra esfera do governo, conforme artigo 35, VII, da Lei nº

8.80/90<sup>7</sup>.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal. De forma geral, dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis 8.080, de 19 de setembro de 1990 e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

Os Artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012 dispõe sobre regras dos gastos que podem constituir despesas com ações e serviços de saúde, que serve para evitar distorções de despesas relacionadas com a saúde. No entanto, o legislador só fixou um percentual mínimo de gastos com saúde para os Estados e Municípios, deixando a União de fora<sup>8</sup>.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 assegura o acesso à saúde de forma universal, igualitária e integral, o que significa que não pode haver nenhum tipo de discriminação. No entanto, se houver omissão por parte da Administração Pública, os usuários do Sistema de Saúde podem acionar o Poder Judiciário a fim de exigir que suas pretensões sejam cumpridas.

É importante que, em caso de judicialização da saúde, os juízes observem para a robustez das provas dos pedidos, posto que geram custos para o Estado, o que ocasiona um impacto muito grande no orçamento, além de prejudicar a satisfação de

---

<sup>7</sup> Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos: [...] VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

<sup>8</sup> Percentual mínimo de 12% para os Estados e de 15% para os Municípios.



outras necessidades dos usuários, bem como das ações e serviços públicos de saúde, que podem afetar as demandas da comunidade.

Além disso, as normas infraconstitucionais também devem ser observadas com atenção às regras de repartição de competência na análise das demandas.

A solidariedade prevista no artigo 23, II da CF/88 impõe aos Estados federados, União, Municípios e Distrito Federal a responsabilidade pela organização do sistema. Contudo, depois de alcançada uma rede de atenção básica com as devidas repartições de competências, fracionar-se-á a solidariedade e se transformará em responsabilidade subsidiária.

Ainda que o Município seja acionado judicialmente, isso não isenta a União e os Estados federados da responsabilidade pelo acesso aos serviços de saúde por parte dos usuários. Em virtude da forma de organização federativa brasileira, os Municípios são os entes mais fragilizados e ao mesmo tempo os que têm maior contato direto com a população. Nessa acepção, é necessário que exista um maior repasse de verbas do orçamento público, bem como melhores regras de repartição de competências, ou seja, a solidariedade não deve ser vista de forma absoluta.

Os Municípios por serem os entes mais vulneráveis, têm mais dificuldades em lidar com os custos ocasionados pelas decisões judiciais. Por fim, a interpretação da solidariedade de forma irrestrita, não só desconsidera a organização federativa do SUS e prejudica as repartições de competências, como pode suscitar um acesso desigual aos serviços de saúde por parte de alguns usuários, além de desorganizar o orçamento público, que poderá prejudicar as demais ações e serviços públicos tão necessários para atender as demandas da comunidade.



## 8 REFERÊNCIAS:

- BIRNFELD, Carlos André Hüning. *A Arquitetura Normativa da Ordem Constitucional Brasileira*. Pelotas (RS): Editora Delfos, 2008.
- BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>Acesso em: 02 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>Acesso em: 02 dez. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 1988. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>Acesso em: 15 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei complementar Nº 141*, de 13 de janeiro de 2012. . Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>Acesso em: 15dez. 2019.
- BRASIL. *Ministério da Saúde*. O Sistema Único de Saúde (2020). Disponível em: [saude.gov.br/sistema-unico-de-saude](http://saude.gov.br/sistema-unico-de-saude) Acesso em: 10 jan.2020.
- CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br>Acesso em: 20dez. 2019.
- Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. Ed. ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto

- Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MARQUES, Silvia Badim. *A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do Estado de São Paulo*. 2005. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses-Acessoem>: 15jan. 2020.
- NEWDICK, Christopher. (2005), *WhoShouldWe Treat? Rights, Rationing, and Resources in the NHS*. Oxford, Oxford University Press.
- SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda (Org.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SOUZA, Esdras Dantas de. *Estudos da Constituição Federal*. 2010. Disponível em: <http://estudosdedireitoconstitucional.blogspot.com/2010/05/cf-art-23.html> Acesso em: 24 jan. 2019.
- WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, [s.l.], v. 48, n. 5, p.1191-1206, out. 2014. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>.