



**TRIBUTOS E O
ACESSO AO
DIREITO
FUNDAMENTAL
À SAÚDE PELOS
MUNICÍPIOS**

LEÔNICIO PINHEIRO DA SILVA NETO

JANAÍNA RECKZIEGEL

**editora
unoesc**

© 2023 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.

Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão metodológica: Carlos Libman
Projeto Gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes
Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S586t Silva Neto, Leôncio Pinheiro.
Tributos e o acesso ao direito fundamental à saúde
pelos municípios / Leôncio Pinheiro Silva Neto, Janaina
Reckziegel. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2023.
136 p. ; 23 cm

ISBN: 978-85-98084-52-7
Bibliografia: p. 124-135

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à saúde. 3.
Tributos. 4. Finanças municipais. I. Reckziegel, Janaína.
II. Título.

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Ricardo Antonio De Marco

Vice-reitores de Campi

Campus de Chapecó

Carlos Eduardo Carvalho

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Carla Fabiana Cazella

Campus de Xanxerê

Genesio Téo

Pró-reitora de Ensino
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-
Graduação, Extensão e Inovação
Kurt Schneider

Diretor Executivo
Jarlei Sartori

Conselho Editorial

Tiago de Matia	Silvio Santos Junior
Sandra Fachineto	Carlos Luiz Strapazon
Aline Pertile Remor	Wilson Antônio Steinmetz
Lisandra Antunes de Oliveira	César Milton Baratto
Marilda Pasqual Schneider	Marconi Januário
Claudio Luiz Orço	Marceli Maccari
Ieda Margarete Oro	Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
1 O PAPEL DOS MUNICÍPIOS NO FEDERALISMO E SUA RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	17
1.1 O MUNICÍPIO E O FEDERALISMO	21
1.2 O MUNICÍPIO E A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE.....	26
2 OS MUNICÍPIOS E O PACTO FEDERATIVO NA DISTRIBUIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	34
2.1 COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS	35
2.2 ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS.....	37
2.3 REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS	43
2.4 HISTÓRICO DA DISTRIBUIÇÃO DE RECEITAS NO BRASIL	46
2.5 O DESEQUILÍBRIO DO FEDERALISMO FISCAL APÓS A CF DE 1988.....	52
2.5.1 Escolha de Sofia: Implicações Bioéticas do Federalismo Fiscal Desequilibrado	59
3 A NECESSIDADE DE REAVALIAÇÃO DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS E A GARANTIA DA PLENA UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE	64
3.1 REPARTIÇÃO DE RECEITAS E A JUSTIÇA SOCIAL	70
3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	76
3.3 DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	81
3.4 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	85

3.5 MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL E JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	88
3.6 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA EFETIVAÇÃO ATRAVÉS DAS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS DE CARÁTER EXTRAFISCAL	95
3.7 SOLIDARIEDADE DOS ENTES E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO MUNICIPAL: PAPEL DO JUDICIÁRIO E LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS	98
3.7.1 A Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a solidariedade dos entes federados: Tema 793	105

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus, por tudo que me oportunizou nesta caminhada.

Aos meus pais, por me conduzirem a um caminho de honra.

À Profa. Dra. Janaína Reckziegel, coautora e entusiasta do presente trabalho.

DEDICATÓRIA

À minha esposa e filhos, por serem a minha fonte de inspiração diária.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CEAB	Central de Análise de Benefícios
CEAF	Componente Especializado da Assistência Farmacêutica
CESAF	Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica
CF	Constituição Federal
CTN	Código Tributário Nacional
EC	Emenda Constitucional
FPE	Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal
FPM	Fundo de Participação dos Municípios.
IPTU	Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana
ISS	Imposto sobre Serviços
ISSQN	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
ITBI	Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis
OMS	Organização Mundial de Saúde
SNS	Sistema Nacional de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UNOESC	Universidade do Oeste de Santa Catarina

APRESENTAÇÃO

A obra que temos a honra de apresentar é resultado das pesquisas desenvolvidas no Grupo de Pesquisas BIOTEC – Bioética e Direitos Fundamentais, no período de 2019 a 2021. As pesquisas têm em comum a relação entre o Direito e a Saúde, bem como a bioética.

No decorrer dos referidos anos de 2020 e 2022 as propostas foram expostas, analisadas e discutidas no referido grupo de pesquisa, sob a liderança da Profa. Dra. Janaína Reckziegel, realizando as discussões em suas diversas interfaces dentro dos Direitos Fundamentais e da Dignidade Humana, considerando a particularidades da temática.

O Grupo de Pesquisa BIOTEC, discute e desenvolve projetos focados na saúde, vida, morte, ética médica-científica e o desenvolvimento de novas tecnologias dentro do direito, bem como outros temas pertinentes a sua temática, evidenciando como estas justificam e embasam os ideais de justiça, dos direitos fundamentais e da Dignidade Humana, de modo a buscar uma melhor aceitação e compreensão.

Os autores desenvolveram estudos que podem ser aferidos nos capítulos que compõem esse livro, os quais permitem a construção de fundamentos teóricos que ajudarão no seu entendimento mostrando ao leitor o que se tem trabalhado por estes pesquisadores.

O direito à saúde é consagrado, no ordenamento jurídico brasileiro, como um direito fundamental, inicialmente no rol do art. 6º da Constituição Federal (CF) de 1988 e, mais adiante, em diversos artigos da Constituição. Trata-se de importante direito social e, por isso, clama a atuação do Estado para a sua efetivação.

Em que pesem tais considerações, é cada vez mais comum a prestação ineficiente ou mesmo a omissão do Estado no que diz respeito à prestação do direito à saúde aos indivíduos, culminando na judicialização de ações.

Como reflexo, o Judiciário tende a condenar, de forma solidária, os entes federados, ou seja, União, Estados-membros e Distrito Federal, e os Municípios, ignorando a capacidade econômica de cada ente.

Assim, tem-se como proposta investigativa, o pacto federativo consagrado no texto da vigente Carta Política, que prevê um sistema cooperativo entre os entes federados.

No entanto, há um hiato burocrático que compromete a eficácia do acesso aos direitos fundamentais, em especial à saúde, pois sendo o Município o ente mais frágil economicamente, é quem vem sentindo as consequências e as desvantagens da solidariedade decorrente do modelo federativo-cooperativo, comprometendo o orçamento público.

Portanto, e em que pese o serviço público de saúde ser um dos direitos fundamentais mais relevantes no ordenamento jurídico brasileiro, assegurar o acesso tem um elevado custo para a Administração Pública em todas as esferas e, por isso, deveria ser concretizado de forma cooperativa pelos entes, em observância ao modelo federativo cooperativo adotado no Estado brasileiro.

O estudo do federalismo é de suma importância no tocante as garantias de direitos fundamentais, principalmente no que tange a prestação eficaz e universalizada do serviço de saúde.

Sendo assim, cabe ao Poder Público canalizar todo esforço político-administrativo para suplantar as diferenças, contando com o apoio de toda a sociedade – compreendendo aqui tanto o setor público quanto o privado –, para chegar à finalidade de prestação de um serviço público de saúde nos moldes da CF.

Para tanto, é importante o resgate de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previsto no artigo 3º da Lei Maior, qual seja, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Tal objetivo passa obrigatoriamente pela prestação do serviço de saúde de qualidade, o qual demanda recursos e principalmente a boa distribuição e gestão dos mesmos.

Nesse sentido, quanto ao direito social fundamental a saúde (art. 6º), a República Federativa do Brasil, quando da promulgação da Constituição, determinou que é dever do Estado a sua garantia mediante políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário (art. 196), assegurado o seu pleno exercício pelo atendimento integral nos termos da lei (art. 198, II), sendo que tais garantias foram todas reafirmadas pelo art. 2º da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990).

Todas as diretrizes constitucionais no que tange ao direito social à saúde dependem de uma reanálise do próprio pacto federativo. As responsabilidades são divididas entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Entretanto, o município, por ser o ente federado mais próximo do cidadão pois são nestes que efetivamente a relação entre povo e Estado é mais estreita, não consegue promover uma prestação do serviço senão dispuser de recursos orçamentários para tanto.

A Carta Republicana Brasileira não se limita a inserir a saúde como um direito social fundamental: introduziu normas expressas que asseguram o acesso universal e igualitário, orientando a sua organização regionalizada, hierarquizada e descentralizada, tudo visando propiciar o atendimento integral. Também ordena gastos mínimos que devem ser empregados na saúde pelos Estados-membros, Distrito Federal e municípios, inclusive com a vinculação de receita para a saúde, sob pena de intervenção (CF, art. 34, VII, “e” e art. 35, III).

O legislador constituinte introduziu um federalismo corporativo, impondo a competência comum da União e os demais entes federados para

cuidar da saúde (CF, art. 23, II), embora tenha optado pela municipalização na execução dos serviços de saúde (CF, art. 30, VII).

Importa ressaltar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal (STF), em suas decisões, reconhece a competência concorrente entre os Entes. Ocorre que a judicialização do direito fundamental a saúde é um tema intrincando, pois nos casos atinentes a medicamentos de alto custo e tratamento médico complexos, as decisões judiciais estabelecem um tratamento equânime, sem levar em consideração a escassez de recursos públicos, principalmente envolvendo os cofres dos municípios. Tais decisões não preveem um possível ressarcimento de modo a reequilibrar os polos da relação pactuada constitucionalmente.

Na análise do Recurso Extraordinário 855.178, o STF proferiu acórdão impondo que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente”.

Nos mesmos autos, em sede de Embargos de Declaração, na sessão Plenária de 23.5.2019, o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793) sobre o qual os entes da federação, por conta da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais de saúde, e pelos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (BRASIL, 2019).

No âmbito administrativo, existe uma relativa descentralização de competências entre os entes federativos, ordenada e planejada segundo a capacidade organizacional e econômico-financeira de cada um. O cenário é outro quando nos deparamos com a judicialização da saúde.

A jurisprudência até então construída em torno da solidariedade tinha produzido um indesejável efeito concentrador de obrigações em torno dos entes municipais, obrigando-os a suportar o financiamento de tratamentos de alto custo que, em verdade, não seriam de sua competência se observado fosse o regime jurídico administrativo do Sistema Único de Saúde (SUS), ou, pelo menos, se ele fosse aplicado analogicamente.

Logo, após o julgamento do RE nº 855.178 (Tema de Repercussão Geral 793), fixam-se os parâmetros que devem ser necessariamente respeitados em demandas envolvendo o direito à saúde, de modo a compatibilizar a proteção ao direito dos jurisdicionados e a repartição de competências no SUS, reestabelecendo o pacto federativo na judicialização da saúde.

No entanto, a real recomposição, harmonização e cooperatividade do federalismo vai além, sendo de suma importância sua rediscussão política, a fim de evitar indesejados e prolongados processos judiciais.

A julgar por haver uma grande diversidade entre os municípios categorizados como de pequeno porte (com população de até 20 mil habitantes), os quais representam mais de 70% do total de municípios no país, é perceptível que as despesas per capita com saúde para este grupo é maior do que nos municípios mais populosos, ante as dificuldades em captar recursos, recrutar e fixar profissionais – principalmente os médicos – e cobrir procedimentos de média e alta complexidade, além de problemas de economia de escala.

Desse modo, indica-se como hipótese a necessidade de repartição de receitas para que o Município, ente federado mais frágil, do ponto de vista econômico, não suporte o ônus na prestação do direito à saúde quanto a questões judicializadas, em virtude do princípio federativo e da necessidade de imputação de obrigações conforme a capacidade e arrecadação de receitas de cada ente.

Considerando o cenário exposto, fixou-se o seguinte questionamento: a solidariedade dos entes federativos no cumprimento de obrigações relativas à saúde pública, quando judicializadas as questões, atende ao que preconiza o princípio federativo corporativo e observa as peculiaridades do Município, ente federado mais frágil, do ponto de vista econômico?

À vista disto, fixou-se como objetivo geral desta obra: averiguar se a legislação vigente é suficiente para garantir um sistema de saúde eficiente, alcançando o interesse coletivo; e, ainda, quais são as verdadeiras dificuldades capazes de obstar a efetividade do acesso à saúde. Em decorrência do objetivo geral, fixou-se os consecutivos objetivos específicos: a) Realizar um estudo no tocante aos aspectos histórico e jurídico de criação do federalismo, bem como a formação dos municípios como ente signatário deste pacto; b) constatar o objetivo do pacto federativo, sua funcionalidade no modelo vigente, levantando aspectos que possam ensejar que a distribuição das receitas de forma desequilibrada pode acarretar em uma má gestão do serviço universalizado de saúde, principalmente no que toca aos municípios pois são estes os entes federados mais próximos do cidadão; c) Investigar se há solução para tal obstáculo e quais melhorias ocorreriam se as mesmas fossem colocadas em prática objetivando a plenitude do chamado federalismo cooperativo.

Cuida-se de um tema de acentuada importância, seja porque há um grande número de ações judiciais que versam sobre o direito à saúde e solidariedade estatal, seja porque a inobservância da justiça tributária e do princípio federativo vem comprometendo os entes com menores recursos, seja porque a questão foi enfrentada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal e merece aprofundamento.

A presente obra foi fracionada em três capítulos.

No Primeiro Capítulo, buscou-se compreender o papel dos municípios no federalismo e sua responsabilidade no que diz respeito à saúde pública.

Por sua vez, no Segundo Capítulo abordou-se o município no pacto federativo no que diz respeito à repartição das receitas tributárias, mormente quanto à efetivação do direito à saúde, ponto central da discussão proposta.

No Terceiro Capítulo, destacou-se a necessidade de reavaliar a repartição das receitas tributárias no que tange a universalização do serviço público de saúde, abordando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

Finalmente, têm-se as considerações finais da presente investigação, em que carrega a conclusão constatada.

Janaína Reckziegel

1 - O PAPEL DOS MUNICÍPIOS NO FEDERALISMO E SUA RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O Estado Moderno tem assumido, basicamente, duas formas: a forma federativa e a forma unitária. O Estado Unitário se caracteriza, politicamente, pela unidade do sistema jurídico, centralização da execução das leis e da gestão dos serviços. Trata-se da figura da desconcentração, na qual cada ente não tem autonomia e personalidade jurídica. Cada agente, hierarquicamente subordinado, age sempre em nome do Estado.

Etimologicamente, o vocábulo federação deriva do latim *foedus*, que significa aliança. Sendo assim, da expressão vernacular, federação indica uma aliança de Estados, em que o poder nasce da união dos membros autônomos integrantes, que estabelecem um Estado soberano.

A ideia federal é apontada nas sociedades políticas mais antigas, apesar de o Estado Federal, como conceito ou forma de organização, no entender de muitos, só ter surgido com a Constituição Americana de 1787.

A forma federativa é um fenômeno que só aparece a partir de 1787, que transforma a forma confederativa, na qual cada Estado continua soberano, mas se une a outros para adotar uma ação comum frente a outros Estados. Nesta última cada Estado abre mão de sua soberania para construir um único Estado, denominado Federal.

Na Federação, forma adotada pelo Brasil, há uma descentralização do poder e cada ente tem suas competências previstas na Constituição, dispondo cada um de renda própria para alcançar seus fins.

Vê-se, pois, que o Estado Federal surge como uma reação ao Estado Unitário e concentrador de poder, repartindo em pequenas unidades que contam com autonomia – que não se confunde com soberania – e liberdade

própria, desenho institucional este herdado do desejo político de uma sociedade visando modelos mais democráticos (SILVEIRA, 2018).

O Poder Judiciário representa um papel importante na Federação, atuando como guardião da Constituição para dirimir conflitos de competência entre os entes da mesma.

A classificação mais antiga das formas de governo que se conhece é de Aristóteles, baseada no número de governantes, ou seja: a) realza, na qual só um indivíduo governa; b) aristocracia, com governo exercido por um grupo e; c) democracia que é o governo exercido pelo povo no interesse geral.

Na Idade Média aparece com Maquiavel em sua obra “O Príncipe”, em cujas primeiras linhas diz: “Os Estados e soberanias que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, 2019, p. 255).

Mais tarde, Montesquieu apontaria três “espécies” de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. O modelo republicano seria aquele em que o povo – ou parcela deste – possui o poder soberano; a monarquia é exercida por um só governo, mas limitado por leis fixas e estabelecidas e; o governo despótico é exercido por uma só pessoa, de forma irrestrita e personalíssima (MONTESQUIEU, 2019).

Hoje as formas fundamentais de governo são as monarquias e as repúblicas. No mundo contemporâneo coexistem a monarquia absoluta e a constitucional, esta última limitada juridicamente pela Constituição.

Os argumentos a favor da monarquia passam entre o *status* do monarca acima das disputas políticas, que acaba conferindo unidade ao Estado e assegura a estabilidade das instituições, além de que o monarca recebe desde o nascimento uma educação especial para governar, supostamente não havendo o risco de governantes despreparados.

Contra a monarquia os argumentos geralmente passam entre uma alegada inutilidade de uma figura que não governa, além de que a unidade do Estado não poderia depender de um fator pessoal, inclusive com um risco semelhante ao despotismo de ligar o destino do povo e do Estado a uma só pessoa, por conta de a monarquia não propiciar ao povo a possibilidade de eleger seu governante.

A ideia republicana apareceu através das lutas contra a Monarquia absoluta e pela afirmação da soberania popular. A abolição da Monarquia era pregada por muitos teóricos desde o século XVIII, que a consideravam um mal em si mesma. Thomas Jefferson, em seus escritos, chegou a dizer que as sociedades sem governo ainda são melhores que as monarquias (JEFFERSON, 1964 apud MACHADO, 2015).

Anote-se, por fim, que as características fundamentais da República são: a) temporariedade, pois o chefe do governo recebe um mandato com tempo predeterminado; b) legitimidade, por conta de o chefe do governo ser eleito pelo povo e; c) responsabilidade, sendo o governante politicamente responsável e, portanto, devendo prestar contas ao povo (MAQUIAVEL, 2019).

A criação de unidades políticas autônomas e juridicamente iguais, dotadas também das capacidades de autoadministração e auto-organização, é uma das características-chave do federalismo. Entretanto, sua operacionalização apenas é concretamente possível se a arquitetura jurídico-institucional fixada em seu documento constituinte assegurar a cada uma dessas unidades recursos financeiros e competências tributárias próprias que lhes permita exercer, de forma plena, as atribuições que lhe foram destinadas.

Etimologicamente, o vocábulo federação deriva do latim *foedus*, que significa aliança. Sendo assim, da expressão vernacular, federação indica uma aliança de Estados, no qual o poder nasce da união dos membros autônomos integrantes, que estabelecem um Estado soberano.

A teoria federalista formou-se a partir do pensamento de Kant: Kant é, então, o primeiro grande pensador federalista e a sua contribuição teórica consiste em ter fundado o federalismo numa visão autônoma dos valores do curso histórico. Todavia não tendo refletido sobre a natureza da inovação constitucional que permitirá a fundação dos Estados Unidos da América, não conhecia o funcionamento do Estado federal, e, portanto, não possuía os instrumentos conceptuais para conceber, de forma real, a possibilidade de um Governo democrático mundial, capaz de limitar a soberania absoluta do Estados, mas que também por eles fosse limitado (PEREIRA, 2000). A ideia era contrapor o modelo unitário existente desconcentrando o poder.

Em outras palavras: apenas se torna possível um modelo federalista se houver, necessariamente, uma mínima autonomia orçamentária, financeira, tributária e patrimonial que permita aos entes federados exercerem sua competência próprias de forma autônoma – ainda que de forma coordenada – de ingerências do ente federal em suas esferas de poder.

Por meio do federalismo cooperativo, o constituinte originário reconheceu as assimetrias entre entes federados, estabelecendo um robusto sistema de partilha de receitas tributárias em vistas de garantir a equalização das riquezas entre os entes políticos. No entanto, ao contrário do que reza a Constituição de 1988, no aspecto da cooperação fiscal-federativa, a União, abusando da sua competência tributária – e distanciando-se de sua função de coordenação –, tem preconizado a instituição de contribuições sociais em detrimento de impostos (cujas receitas são partilhadas), realizando, também, diversas políticas fiscais desonerativas que culminaram em gigantesco impacto financeiro às unidades federadas municipais.

Em meio a esse cenário é que ganha relevo a noção de federalismo; e, antes de se passar à análise do município e seu papel no federalismo cooperativo, faz-se necessário contextualizar o federalismo no Brasil, objeto do próximo tópico.

1.1 O MUNICÍPIO E O FEDERALISMO

Historicamente a ideia de federalismo nasce após a derrocada do sistema absolutista, sendo que um dos primeiros pensadores do atual modelo político foi o filósofo Johannes Althusius.

Althusius foi um dos grandes influenciadores dos autores da modernidade política, tais como os contratualistas Locke, Hobbes e Rousseau.

Em sua obra mais relevante, Althusius (2003) afirma que a política é simbiótica, isto é, a política é a arte de unir os homens entre si para estabelecer vida social comum, cultivá-la e, especialmente, conservá-la.

Para tanto, são necessários mecanismos que evitem a tirania absolutista repudiada pelo autor; os tiranos impossibilitam a consecução da finalidade pela qual as pessoas se uniram umas com as outras. Os simbióticos, aqueles que vivem juntos, vivem uma associação formada por um vínculo pactual. Portanto a política em uma primeira acepção tem como finalidade a simbiose entre os membros de uma comunidade para a vida comum (ALTHUSIUS, 2003).

A vida em comum pressupõe uma comunhão de direitos, sendo esta comunhão o processo pelo qual os simbióticos vivem e se governam com leis justas em uma vida comum (ALTHUSIUS, 2003).

Tal comunhão de direitos e a chamada lei da associação e simbiose (*lex consociationis et symbiosis*), ou também direito simbiótico (*jus symbioticum*), consiste pauta-se especialmente na autossuficiência, boa ordem e disciplina adequada. Ela contempla dois aspectos, um que funciona para dirigir e orientar a vida social e outro que prescreve um plano e uma maneira de comunicar bens e serviços entre os simbióticos (ALTHUSIUS, 2003).

A sociedade humana se desenvolve da associação privada para a pública por intermédio de progressões e passos definidos das pequenas

sociedades (ALTHUSIUS, 2003). A associação simbiótica pública, deste modo, surge da reunião de diversas associações privadas quando resolvem estabelecer uma ordem política.

Althusius, ainda, ao fazer referência a república federativa afirma essa forma de governo é uma convenção, pela qual diversos corpos políticos consentem em se tornar cidadãos de um Estado maior que querem formar, uma “sociedade de sociedades” (ALTHUSIUS, 2003).

Ao fazer a leitura do que seria o contrato social, Rousseau (2018) enxerga que o problema social fundamental – resolvido pelo contrato social – é o de encontrar uma forma de associação que proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo.

Tradicionalmente, os Estados ou são unitários, a saber, um só centro de poder político ou são federais, quando possuem emanações de poder autônomas. O pressuposto da existência de um Estado Federal é uma constituição rígida da qual as atribuições são fixadas e os Estados Membros participem das deliberações da União.

Atualmente, os interesses federativos não ficam ao largo dos conflitos pessoais. Cada unidade federativa traça seus interesses e busca executá-los. Com frequência entra em conflito com interesses de outras unidades.

Como peculiaridade da atual constituição brasileira – diferentemente do que se vê em qualquer outra federação mundo afora – adotou-se um modelo tripartite de federalismo, isto é, estruturado em três diferentes níveis de poder, em que não apenas a União e o Estado ou o Distrito Federal constituem entes federados, mas também os Municípios. Assegura-se a eles todas as autonomias e prerrogativas típicas de uma entidade federada própria, ainda que concretamente não demonstrem, eventualmente, condições efetivas de exercício dessas capacidades.

O resultado disso tem sido a forte centralização do poder tributário perante a União, impactando negativamente nas finanças dos demais entes, sobretudo dos municípios, que, em sua maioria, abastecem os seus cofres mediante o sistema constitucional de partilha de receitas tributárias.

A autonomia financeira da municipalidade deve ser, sem dúvidas, o cerne da questão federativa no Brasil, por conta do número exacerbante de municípios (aproximadamente 5570); também devido as assimetrias municipais indicam a dificuldade em cumprir o mínimo garantido pelo Estado Social e, ainda, porque tanto o federalismo fiscal quanto o Município são temas deveras desprezados na doutrina jurídica brasileira (FERNANDES; ARAÚJO, 2015).

Aos municípios são garantidos constitucionalmente o exercício da competência tributária comum das taxas e contribuições de melhoria; de forma exclusiva o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU), Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) ou simplesmente Imposto sobre Serviços (ISS).

A participação dos Municípios em impostos partilhados conforme a capacidade da entidade beneficiada está prevista no art. 158, II, III e IV, da CF, ditando o *quantum* pertencente aos Municípios¹:

A participação em impostos de um ente, mas arrecadado por outra está prevista no art. 158, I, da CF, pelo qual pertence aos Municípios o produto da arrecadação do Imposto sobre rendas e proventos de qualquer natureza, da União, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Municípios, suas autarquias e fundações.

¹ a) 50% do produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural, de competência da União, relativamente aos imóveis situados no território do Município; b) 50% do produto da arrecadação do Imposto sobre a propriedade de veículos automotores, de competência dos Estados, relativamente aos veículos automotores licenciados no território do Município; c) 25% do produto da arrecadação do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, de competência dos Estados, sendo as parcelas pertencentes aos Municípios creditadas conforme os seguintes critérios: I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações realizadas em seu território; II- até um quarto, conforme dispuser a lei estadual.

A participação dos Municípios em fundos está prevista no art. 159, cujos termos determinam que do produto da arrecadação dos impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, o percentual de 47% será distribuído pela União em a) 21,5% ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE; b) 22,5% ao Fundo de Participação dos Municípios - FPM; c) 3% para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, assegurando-se ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região Nordeste.

É perceptível que há uma dependência financeira dos Municípios com os repasses advindos dos demais entes federados, causando um desequilíbrio que compromete diretamente no fornecimento de serviços essenciais, tal como a saúde.

A Receita Federal do Brasil, apresentou uma distribuição da Carga Tributária entre os três níveis da Federação através de um estudo anual até 2018, ficando demonstrado através dos números uma abissal diferença de arrecadação entre os entes, senão veja-se:

Tabela 1 - Série Histórica – Evolução da Participação dos Entes Federativos na Arrecadação Total – Anos 2009 a 2018

Ente federativo	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
União	69,17%	69,01%	69,98%	69,05%	68,46%	68,32%	68,39%	68,04%	68,04%	67,53%
Estados	25,33%	25,47%	24,49%	25,16%	25,29%	25,47%	25,45%	25,44%	25,70%	25,90%
Municípios	5,50%	5,52%	5,54%	5,80%	5,78%	6,07%	6,24%	6,17%	6,26%	6,57%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: BRASIL, 2018.

De acordo com tais dados, os 5570 municípios brasileiros arrecadam pouco menos que 10% do que arrecada a União.

Na mesma esteira, e em um ciclo vicioso de arrecadações prejudicadas, o Brasil tem 1.252 municípios com menos de 5 mil habitantes, e desse total, 1.193 tiveram arrecadações de impostos municipais abaixo de 10% das receitas totais em todos os anos de 2015 até 2019 (a “linha de corte” estabelecida por PEC apresentada pelo Governo Federal em 2019²).

Em grosso modo, por conta do “custo zero” do dinheiro que advém do Fundo de Participação dos Municípios, muitos municípios de baixa população acabam optando pela via mais fácil de arrecadação tributária, deixando de se esforçar por se tornar autossuficiente e de criar a estrutura de arrecadação tributária (BBC, 2020).

E pior, essas cidades de baixa arrecadação sequer arcam com grande parte dos seus custos, gerando um ciclo vicioso que desemboca tanto em menor arrecadação para municípios autossuficientes, enquanto estes mesmos atendem as demandas mais complexas – de todas as áreas, inclusive a saúde, que será pormenorizada no excerto posterior – dos municípios menores (BBC, 2020).

Nesse sentido, a concretização de um eficaz acesso à saúde pela população fica prejudicado, vez que, mesmo com os repasses previstos constitucionalmente, a repartição das receitas é realizada de forma inadequada, comprometendo a realização dos inúmeros serviços pelos Municípios previstos em programas federais.

Os gestores públicos municipais, por vezes, se encontram em uma encruzilhada, sendo que, por conta dos poucos recursos, tem que realizar manobras orçamentárias a fim de cobrir lacunas existentes pela falta de recurso.

² Esse número de 10%, inclusive, é a “linha de corte” de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 188/19) que visava a extinção de municípios que não arrecadassem o suficiente, de forma que os municípios extintos voltassem a ser distritos de municípios autossuficientes (BRASIL, CAMARA DE DEPUTADOS, 2019).

A Lei Maior prevê um cabedal de responsabilidades aos entes municipais sem estabelecer uma contrapartida na mesma proporção. Com isso, vivenciamos uma crise do federalismo no tocante as políticas públicas.

Cabe agora averiguar, ainda que sucintamente, já que a questão será retomada oportunamente, o papel do município na prestação do serviço de saúde.

1.2 O MUNICÍPIO E A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE

Os direitos fundamentais estão em uma relação ambivalente frente ao Estado prestacional; de um lado o Estado prestacional prática “política de direitos fundamentais” do Estado social, ao fazer dos direitos fundamentais objeto de suas tarefas e quando os fomenta na “vida social como um todo”; por outro lado o Estado prestacional cria (de fato) novas zonas de perigo para os direitos fundamentais, para as quais novas formas de prestação jurídica (de direitos fundamentais) mal estão “preparadas”.

Desse modo, ele é responsável pela defesa contra os riscos, os quais ameaçam a liberdade jusfundamental e que surgem da “sociedade meritocrática” altamente tecnicizada, com suas exigências de desempenho, em parte desumanas; especialmente porque muitas tarefas são “tarefas comuns” do Estado prestacional e da sociedade meritocrática (HÄBERLE, 2019).

Diz-se habitualmente que os direitos são invioláveis, conclusivos e têm caráter preventivo, mas essas palavras são meros floreios retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja garantia pressuponha um gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes poderá, no fim das contas, ser protegido unilateralmente pelo poder judiciário sem levar em consideração as consequências orçamentárias pelas quais os outros poderes do Estado são, em última análise, responsáveis. Se todo direito tem um custo, a imposição dos direitos sempre será influenciada pelo interesse

do contribuinte em economizar dinheiro. Os direitos diminuirão quando os recursos diminuírem e poderão se expandir à medida que se expandam os recursos públicos (FERREIRA, 2017).

Para que a estrutura a estrutura federativa do Estado brasileiro seja adequada a todo o país e para seus cidadãos, deve haver um necessário equilíbrio entre as responsabilidades e funções constitucionalmente atribuídas a cada um dos entes federativos e os recursos financeiros a eles dedicados. Do contrário, não se atingirá o objetivo final da nação: o atendimento das necessidades do povo e a realização do bem comum. Conferir um rol de atribuições e responsabilidades aos Estados e Municípios – um poder – dever estatal de realizar – sem fornecer recursos suficientes para a sua efetivação é frustrar o próprio texto constitucional.

Entre essas atribuições constitucionais deferidas aos entes federados destaca-se a oferta de serviços de saúde, uma vez que o Constituinte fez a opção de um sistema universal e público de acesso à saúde, a ser prestado por todos os três entes federados. A responsabilidade é hercúlea, quando se verifica que a população já ultrapassou a marca de 200 milhões de habitantes, segundo estimativa do IBGE (SCAFF, 2019).

Durante algum tempo prevaleceu na teoria jurídica o entendimento de que direitos sociais dependentes de prestações estatais apenas poderiam ser exigidos após a criação de leis e a organização de estruturas voltadas a sua garantia e nos limites definidos por essas leis. Segundo esse entendimento, o direito à saúde apenas poderia ser exercido nos termos e limites das políticas públicas existentes. A grande mudança ocorreu no momento que se passou a admitir a possibilidade de as pessoas exigirem atendimento do Estado, independentemente da existência de uma política pública estabelecida em lei. Com essa mudança, tornou-se desnecessária a existência de lei ou ato normativo prevendo que o Poder Público deva fornecer o tratamento de saúde.

No ano de 2000 a Emenda Constitucional (EC) nº 29 estabeleceu gastos mínimos de saúde para estados em 12% (doze por cento) e municípios em 15% (quinze por cento) de suas receitas tributárias. Para a União previu a aplicação de 5% (cinco por cento). Mais tarde destaca-se a EC nº 86/2015 que fixou o gasto mínimo em saúde pela União em 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida.

Deve-se atentar ainda para o fato de que, ao contrário da União e de grande parte dos estados, que mal chegam a investir o valor mínimo exigido na constituição, a quase totalidade dos municípios brasileiros investe do que o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) de sua receita em saúde, atingindo uma média superior a 20% e em alguns casos superando os 35% da receita tributária.

O conjunto de ações e atividades desenvolvidas pelo Estado brasileiro no intuito de assegurar a realização de direitos previstos na CF é chamada de política pública.

Nesse sentido, quanto ao direito social fundamental a saúde (art. 6º), a República Federativa do Brasil, quando da promulgação da Constituição, determinou que é dever do Estado a sua garantia mediante políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário (art. 196), assegurado o seu pleno exercício pelo atendimento integral nos termos da lei (art. 198, II). Essas garantias foram todas reafirmadas pelo art. 2º da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90).

A Carta Republicana Brasileira não se limita a inserir a saúde como um direito social fundamental: introduziu normas expressas que asseguram o acesso universal e igualitário, orientando a sua organização regionalizada, hierarquizada e descentralizada, tudo visando propiciar o atendimento integral. Também ordena gastos mínimos que devem ser empregados na saúde pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, inclusive com a vinculação de receita para a saúde, sob pena de intervenção (CF, art. 34, VII, "e" e art. 35, III).

O legislador constituinte introduziu um federalismo corporativo, impondo a competência comum da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde (CF, art. 23, II), embora tenha optado pela municipalização na execução dos serviços de saúde (CF, art. 30, VII).

O artigo 198 da CF também orienta que as ações e serviços de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituídas de um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção única "em cada esfera de governo" e financiada com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Ao municipalizar a execução dos serviços de saúde a Carta da República impôs uma grande responsabilidade aos Municípios, embora afirme que deva *prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde* (CF, art. 30, VII).

A incapacidade técnica e financeira da maioria dos Municípios para cumprirem sozinhos o preceito universalizador e o atendimento integral da saúde os torna reféns da cooperação técnica e financeira dos Estados-membros e da União. O federalismo brasileiro é estruturado de forma centrípeta, com a concentração do poder central, situando os Municípios numa base financeiramente mais frágil, que lhes impõe uma dependência dos Estados-membros e da União. Mesmo assim, criou-se um federalismo solidário dentro da organização do SUS, atribuindo aos Municípios a condição de executores diretos das ações de saúde, sem estabelecer regras claras que imponham aos Estados e à União a realização automática de repasses para que haja um fluxo financeiro constante de custeio da saúde.

Os Municípios ainda são os mais sacrificados com os gastos com saúde.

Ao contrário de outras políticas públicas, a despesa municipal com saúde apresentou níveis relativamente elevados de convergência em

termos das proporções orçamentárias destinadas à saúde, fator de grande importância para a uniformidade nacional na provisão dos serviços, o que, somado ao caráter redistributivo das transferências condicionadas nessa área, compensou, em parte, o caráter concentrador ou meramente distributivo de outras fontes de receitas municipais, como a tributação própria ou a devolução de parte da arrecadação do ICMS e do IPVA pelos estados.

Se o processo de descentralização das receitas foi acompanhado da descentralização de encargos bastante expressivos, foi exatamente no âmbito municipal que este incidiu de forma mais acentuada, fazendo do município a unidade da federação que mais contribuiu com o setor saúde em termos proporcionais à sua arrecadação.

Aliás, não há norma legal que lhe imponha um percentual mínimo de gastos com a saúde, embora haja uma cláusula de não regresso, para que não sejam reduzidos de um ano para outro, além de ordenar o acréscimo da variação PIB, art. 5º.

A organização federativa centrípeta, com a concentração arrecadatória da União e dos Estados-membros, fragiliza os Municípios, sujeitando-os financeiramente àqueles entes.

Somando-se isso à infinidade de atribuições dos entes municipais e à determinação constitucional de regionalização e hierarquização do sistema de saúde impõem um olhar mais detalhado sobre os limites do federalismo corporativo, sobretudo, quanto à validade das normas administrativas de repartição da competência entre os gestores.

Quanto ao SUS, a Lei nº 8080/1990 determinou um vasto arcabouço de atribuições e objetivos ao Sistema Único em seu artigo 4º³

³ Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). § 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos,

Percebe-se, portanto, um desequilíbrio entre os Entes Federados criado pela própria Constituição no que se refere a prestação do serviço de saúde, visto que quando da criação das receitas tributárias há um desproporcional desequilíbrio em sua repartição.

Isso se reflete também no próprio objetivo traçado pela legislação ao SUS, vez que pela total falta de recursos os municípios não conseguem atender de forma suficiente as demandas do serviço proposto, vez que a população reside nas cidades, tendo uma maior proximidade com os órgãos municipais que os de outras esferas da federação, o que dificulta o alcance do resultado proposto.

Muitos entendem que há uma falha do SUS toda vez que ele não fornece um tratamento médico pedido por um paciente. Ou seja, se o atendimento ou o produto pretendido por um paciente não é oferecido, isso seria indicativo de um erro ou omissão do sistema de saúde que deve ser corrigido, inclusive por meio do Poder Judiciário se necessário.

Tal visão, na realidade, exige do SUS o impossível. Nenhum sistema de saúde consegue oferecer tudo a todos gratuitamente, nem mesmo os sistemas mais bem financiados e organizados. Em todos os países existe uma discrepância entre o que os usuários esperam e o que sistemas de saúde

inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar. Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; [...] VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; [...] § 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

conseguem oferecer. Essa discrepância aumenta à medida que a população envelhece, existe maior acesso à informação e entram no mercado novas tecnologias com preços cada vez mais elevados.

O exemplo do Reino Unido, cujo sistema de saúde inspirou o SUS, ilustra bem esse problema. Mesmo com um gasto per capita seis vezes maior que o do SUS, o sistema tem filas de espera para consultas e procedimentos, acesso restrito a especialistas e exames, carência de profissionais de saúde, falta de vagas em hospitais psiquiátricos e restringe o acesso a tecnologias de alto custo. Ainda assim, é um sistema que está sob enorme pressão financeira e especialistas temem pela sua sustentabilidade (CONASEMS, 2021).

A melhor maneira de alocar recursos em saúde é, primeiramente, reconhecer que isso precisa ser feito. As prioridades também devem ser estabelecidas com base na evidência científica, de forma eficiente, sem discriminação e com vistas a reduzir as desigualdades em saúde, e por meio de um procedimento justo.

Porém, ainda que todos esses requisitos sejam observados, ainda haverá pessoas que não receberão um tratamento que traz a possibilidade de melhora em sua saúde. Muitas dessas pessoas, compreensivelmente, não ficarão satisfeitas e reivindicarão seu direito de receber o tratamento. Como, então, conciliar a necessidade da coletividade de estabelecer prioridades com o direito de cada indivíduo à saúde?

É muito comum a visão de que negar tratamento de saúde a alguém é sempre uma violação do direito à saúde, que é um direito fundamental reconhecido na Constituição. Essa visão assume que o direito à saúde é um direito absoluto. Isso significaria que o direito à saúde de um indivíduo deve sempre prevalecer sobre qualquer outra consideração, seja um interesse público ou um outro direito.

Porém, o direito à saúde não é absoluto. Assim como a maioria dos outros direitos fundamentais, ele é um princípio. Princípios são normas jurídicas que criam a obrigação de que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Portanto, em algumas circunstâncias um direito pode não se realizar (ou se realizar apenas de forma limitada) se a situação fática não permitir (por exemplo, se os recursos são escassos) ou se ele entrar em conflito com algum outro direito.

Porém, o conceito de mínimo existencial não ajuda a resolver os dilemas distributivos na saúde. A aplicação do mínimo existencial para resolver demandas concretas de saúde acaba gerando resultados muito parecidos com o da aplicação do direito à saúde como se fosse absoluto.

Segundo, ainda que se busque delimitar esse mínimo, o conceito em si não traz nenhum parâmetro sobre quais seriam os seus limites. Por ter parâmetros vagos, essa delimitação será inevitavelmente uma decisão política. Isso levanta a questão de porque a decisão sobre o que é essencial para um sistema de saúde deve ser feita por juízes decidindo casos individuais, sobretudo se essa decisão contraria as escolhas de política pública do próprio sistema de saúde.

Por fim, ainda que se chegue a uma definição do que seja esse mínimo existencial, nada garante que haverá recursos suficientes para realizar esse mínimo para todos os pacientes. Proteger o mínimo existencial de alguns pacientes pode limitar a proteção desse mínimo para outros. E quanto mais amplo esse mínimo, maior serão os dilemas distributivos dentro dele e, portanto, menos utilidade prática terá esse conceito.

Contudo, antes de se aprofundar na análise dos reflexos da prestação à saúde para os Municípios, e da necessidade de se pensar a solidariedade que atualmente norteia esse importante direito social, é mister averiguar a distribuição de receitas tributárias no Brasil, que decorre, como já dito, do pacto federativo, objeto do próximo capítulo.

2 OS MUNICÍPIOS E O PACTO FEDERATIVO NA DISTRIBUIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Constituição da República de 1988, ao optar pela forma federativa de Estado, atribuiu competências às três esferas de Governo, ou seja, distribuiu competências à União, Estados e aos Municípios, dentre as quais se encontra a competência de instituir os tributos constitucionalmente previstos.

Desta feita, cada ente federativo possui a atribuição de instituir e cobrar os tributos elencados na Constituição da República, e utilizar esses recursos na administração da máquina pública e no atendimento dos anseios da população.

Importa registrar que antes da promulgação da Constituição vigente, grande parte dos recursos se concentravam na figura da União, fato remanescente dos tempos do regime militar, que perdurou no Brasil entre os anos de 1964 e 1984, em que o Estado Brasileiro, apesar de formalmente ser declarado uma Federação, aproximava-se, na prática, de um Estado Unitário, em que as decisões eram fortemente concentradas no Poder Central.

Com o advento da Constituição da República de 1988, o constituinte procurou descentralizar as receitas tributárias entre os diversos entes da federação, para assegurar o pacto federativo e a autonomia das esferas de governo.

Ocorre que, ao longo dos tempos, estas conquistas acabaram por reduzir o montante dos recursos disponíveis à União. E, em contrapartida, uma ampliação de recursos em outros níveis (estaduais e municipais). Para suprir este déficit a União encontrou outras formas de concentrar as receitas em detrimento dos entes periféricos.

Não é demais salientar que a União não institui impostos residuais, e muito menos majora substancialmente os impostos federais já existentes,

preferindo, ao contrário, instituir as contribuições sem nada dividir com os entes periféricos.

Portanto, antes de se abordar o papel dos Municípios na efetiva prestação da saúde, é necessário abordar a repartição de receitas tributárias, objeto deste segundo capítulo, iniciando a partir da análise das competências tributárias e outros conceitos centrais, importantes à compreensão do tema.

2.1 COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

Compreender as competências tributárias no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da premissa de que há a divisão entre os entes federados, como forma de assegurar a autonomia, o que não obsta, claro, a repartição de receitas fiscais, exige uma breve contextualização de como o constituinte dividiu a matéria legislativa entre União, Estados-membros e Distrito Federal, e municípios.

Isso se deve porque o constituinte, ao dividir entre os entes estatais a competência para instituir e arrecadar determinado tributo, assegura meios para que sejam editadas normas legais e para que se opere o processo de arrecadação. Por exemplo, quando o Município recebeu a competência para instituir o IPTU, também recebeu mecanismos para arrecadar tais tributos. De qualquer sorte, devem ser respeitados os limites também estabelecidos pela CF, sem ignorar diplomas outros, como leis complementares, mormente o Código Tributário Nacional (CTN)

Nesse contexto é que Moraes (2021) define a competência tributária como aquela que decorre do texto constitucional e que atribui à aos entes federados, pessoas jurídicas de direito público interno, mediante lei, o poder de tributar, aumentar ou diminuir carga tributária, de arrecadar ou simplesmente se abster de instituir determinado tributo.

Factualmente, a competência tributária decorre do princípio do federalismo, princípio este inserto no art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição da República de 1988, que delimitou, dentre os entes federativos, o poder de tributar. Entende-se a competência tributária como a competência legislativa plena, prevista no art. 6.º do CTN. Não se confunde competência tributária com competência legislativa, mostrando-se a primeira como o poder de instituir tributo, enquanto a segunda se apresenta como a competência para legislar sobre o Direito Tributário, sendo a competência para legislar é denominada competência concorrente, conforme o art. 24 da CF (MORAES, 2021).

No Brasil se dividiu a competência tributária em três: Federais, Estaduais e Municipais, como preconiza Moraes (2021), para quem o critério utilizado pelo constituinte para essa classificação tem base na perspectiva política de uma divisão interna da soberania exercida no Brasil, respeitando-se a competência de cada ente estatal

Apenas para ilustrar, o constituinte atribui à União o poder de instituir o imposto de renda pessoa física e jurídica, bem como o imposto sobre importação e produtos industrializados, enquanto aos Estados atribuiu competência tributária para legislar e arrecadar o Imposto Sobre Circulação de Mercadores e o Imposto Sobre Veículos Automotores, dentre outros⁴.

Aos Municípios, por sua vez, compete, dentre outros tributos, a competência para legislar e arrecadar o imposto sobre transmissão *inter vivos* e o imposto sobre serviços⁵. E, ao Distrito Federal, dada a sua natureza,

⁴ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores.

⁵ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

são atribuídas as competências dos Estados-membros e dos Municípios, nos termos da lei.

Portanto, embora a CF não tenha criado nenhum tributo, traçou as regras de competência. Portanto, os entes federados podem deixar de instituir dado tributo, tal como ocorre com o imposto sobre grandes fortunas, cuja competência é da União que, até o momento, não o implementou. Contudo, não pode o ente delegar a outrem a competência constitucionalmente prevista.

2.2 ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

A definição de tributo, segundo o art. 3º do CTN preconiza tratar-se de “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Sobre a definição de tributo, Ferreira (2015) preconiza tratar-se de prestação pecuniária, exigido de maneira compulsória, instituído por lei e cobrado mediante lançamento.

O legislador utilizou vários elementos para compor a definição de tributo cabendo análise mais profunda de cada um desses.

O primeiro elemento é a “prestação pecuniária compulsória”, que segundo Moraes (2021) esta expressão significa que existe um comportamento obrigatório de uma prestação em dinheiro, e deve-se afastar, imediatamente, toda cogitação de prestações voluntárias, portanto, o sujeito passivo deve pagar o tributo independente de sua vontade.

Ferreira (2015) ressalta que o legislador buscou, ao enfatizar tratar-se de “prestação pecuniária”, evitar o tributo *in natura* ou o tributo *in labore*, ou seja, em trabalho, em serviços.

O termo “compulsória” se dá para a atribuição do sujeito ativo em exigir do sujeito passivo um comportamento que deverá ser praticado, enquanto a palavra “pecuniária” se refere ao objeto da obrigação tributária, que seria de dar dinheiro do sujeito passivo ao sujeito ativo. Logo, o tributo é uma prestação em dinheiro e obrigatória, paga pelo sujeito passivo, independentemente de sua vontade, que o Estado irá utilizar para execução de seus objetivos (RECHSTEINER, 2011).

Anote-se, ainda, que é prestação compulsória porque sua natureza não é contratual, voluntária ou facultativa, mas decorre da supremacia do interesse público em relação ao interesse particular.

O legislador determinou, ainda, que o tributo deve ser pago “em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir”, uma verdadeira redundância legislativa, pois o artigo já menciona anteriormente sobre prestação pecuniária, sendo inócua a complementação “em moeda”, e quando o mesmo completa com “cujo valor nela se possa exprimir”, acaba ampliando significativamente, e de maneira exagerada o âmbito das prestações pecuniárias.

A terceira expressão, “que não constitua sanção de ato ilícito”, tem por objetivo diferir os tributos das penalidades pela sua hipótese de incidência, que será sempre a prática de um ato lícito.

Segundo Melo (2007) o valor pago pelo sujeito ativo aos cofres públicos deverá ter sua procedência sempre de fato imponible, isso significa que deverá ter conteúdo econômico, não sendo um ato ilícito, para os quais existem outras consequências.

Também Melo (2007) acrescenta que o que difere o tributo da penalidade é a hipótese de incidência de cada um, sendo para o tributo sempre algo lícito e na penalidade terá como hipótese de incidência um ato ilícito. Porém, alerta que se houver um rendimento auferido em atividade ilícita não quer dizer que necessariamente a sua tributação não irá ocorrer,

pois o que veda a legislação é a inclusão, como hipótese de incidência, de elementos ilícitos.

A imposição de penalidade não elimina o pagamento integral do crédito tributário, ou seja, a aplicação da multa não suprime a obrigação de pagar integralmente o crédito tributário, como preconiza o art. 157 do CTN.

Ainda, tem-se o elemento “instituído em lei”, que decorre do princípio da legalidade, expresso no art. 5º, II, da Constituição, como norma geral, e em matéria tributária do art. 150, I, do mesmo diploma legal, que explicita ser vedado aos entes públicos instituir ou aumentar tributos sem que antes haja lei o estabelecendo.

De acordo com Rechsteiner (2011) a obrigação tributária surge da lei e não das vontades das partes, como nas obrigações voluntárias.

Por fim, tem-se a expressão “cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, que segundo Moraes (2021) decorre de uma atividade administrativa vinculada, pois a autoridade não possui liberdade para, com juízo pessoal, buscar em cada caso a finalidade da lei.

O lançamento é procedimento de exigibilidade do tributo, mostrando-se como atividade administrativa plenamente vinculada. Sendo assim, o lançamento rechaça a discricionariedade em seu processo de formação.

Percebe-se, portanto, que o conceito de tributo determina que deve ser feito o pagamento sempre em dinheiro, e não dependerá de vontade do contribuinte, pois é obrigatório, não devendo haver cobrança inoportuna, pelo contrário, deverá acontecer de acordo com os meios e as formas que a lei vier a estabelecer, não podendo o sujeito passivo escolher quem deverá pagar e quem estará livre da tributação.

A classificação quanto às espécies de tributos enseja em cinco categorias, são elas: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições.

Segundo o CTN, art. 16, o imposto é o "tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independentemente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte" (BRASIL, 1966, s.p.).

A lei enumerou e indicou cada pessoa política sobre as quais poderiam estabelecer impostos, e acrescenta que cinco são o número de repartição de competência, quais sejam: a) impostos que gravam o comércio exterior; b) impostos sobre o patrimônio e a renda; c) impostos sobre transmissão, circulação e produção; d) impostos extraordinários; e) impostos previamente indeterminados.

Anote-se, ainda, que a os tributos podem ser vinculados ou não vinculados, classificação que tem por critério o fato gerador e sua natureza jurídica. Serão vinculados os tributos cujo fato gerador depender de atuação estatal específica, ao passo que os não vinculados não irão depender de qualquer atuação do Estado para ter seu fato gerador (ALEXANDRE, 2021).

Em suma, imposto é uma obrigação que tem um fato gerador do qual não existe nenhuma dependência de atividade estatal específica relativa ao contribuinte e se diferem entre si por seus fatos geradores.

A segunda modalidade de tributo é denominada taxa, que ao contrário dos impostos têm como fato gerador uma atividade estatal, dirigida e específica para os contribuintes, e encontra-se prevista no art. 145, II, da Constituição, assim como nos art. 77 e seguintes do CTN.

Segundo Melo (2007), as taxas são tributos que decorrem de prestação de algum serviço público, que deve ser específico e divisível, devendo ser prestado ao contribuinte ou estar à sua disposição, podendo também estar relacionado ao exercício regular do poder de polícia.

Por isso as taxas são divididas em duas espécies: pela prestação de serviços públicos é a oferta de algo útil feito pelos administradores, prestado pelo Estado, feita por regime de direito público que ele mesmo era instituir

em detrimento dos interesses que tiver previamente definido como próprios dos sistemas de normas; e pelo exercício do poder de polícia, que segundo o mesmo autor compreende a atividade estatal condicionadora de liberdade e da propriedade dos particulares, caracterizando limitações administrativas, e imposições de medidas coercitivas (MELO, 2007).

Cumprido observar que a Constituição, em seu art. 145, II, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e também o Município tem competência para instituir as taxas. Porém, para a sua instituição, os serviços públicos deverão ser específicos e divisíveis, sendo esta a grande dificuldade para se ter a definição do que seriam esses serviços, e aduz que mesmo estando em dispositivos separados no CTN estariam os dois entrelaçados, não subsistindo um sem o outro.

Desta feita, o serviço específico se dá quando há referência a uma determinada pessoa, ou até de mais de uma, porém esse número de indivíduos que irão usufruir de tal serviço deve ser determinável. Já os serviços divisíveis se dizem quando é possível avaliar a utilização individual de cada pessoa, seja efetiva ou potencial.

Anote-se, ainda, que por força do art. 145, § 2º, da Constituição, as taxas não podem ter base de cálculo própria de imposto.

A terceira modalidade de tributo é a contribuição de melhoria, modalidade vinculada, pois dá-se com a realização pelo Estado de uma obra pública e em consequência dessa atividade, acontece uma valorização do imóvel situado nas adjacências dessa benfeitoria.

A contribuição de melhoria está disposta nos arts. 145, III, da Constituição, assim como nos arts. 81 e 82 do CTN.

Segundo Moraes (2021), não se configura esse tributo apenas com a consumação da obra e nem com a simples majoração do patrimônio do contribuinte, pois devem estar os dois requisitos entrelaçados.

A grande diferença desta modalidade de tributo para as taxas é porque enquanto as taxas se referem a um serviço público ou de exercício do poder de polícia, as contribuições de melhorias são obras públicas com a majoração do valor do imóvel.

Tal diferença leva Souza (2018) a defender que a contribuição de melhoria está caracterizada como um tributo especial, não se enquadrando como imposto e nem como taxa. Não se enquadra como imposto pois o informativo dessa não está relacionado com a capacidade contributiva, e não é taxa porque não tem a forma para se ter uma repartição dos custos das obras realizadas.

Tem-se, ainda, o empréstimo compulsório, que somente pode ser instituído pela União através de Lei Complementar. As hipóteses para a criação deste tributo são duas, e encontram-se elencadas no art. 148 da Constituição, que determina que poderá ser criado no caso de despesas extraordinárias, que se resulta de calamidade pública ou de guerra externa e também para investimento público com urgência e com grande interesse nacional, observando o disposto no art. 150, III, "b", da Constituição.

Devido as suas características, o empréstimo compulsório é um tributo único e restituível, que tem uma arrecadação sempre com um fim específico.

Por último, têm-se as contribuições dispostas nos arts. 7º, III, 149, 149-A, 195, 212, caput e § 5º, 239 e 240, todos da Constituição da República de 1988, bem como nas Emendas Constitucionais de nº 37/2002 e 42/2003, que preveem a competência apenas da União para instituir esta modalidade de tributo, sendo dividida em três espécies: social, interventivas, corporativas.

Segundo Souza (2018) as contribuições são modalidade de tributo vinculado com a hipótese de incidência, baseada em uma atuação indireta e mediante uma circunstância intermediária do Estado.

Por fim, Melo (2007) defende que as contribuições se caracterizam por beneficiar não seus contribuintes, mas sim terceiros indiretamente, modalidade de tributo que tem sempre destinação legal para o produto de arrecadação, havendo também um fim específico para a tributação de tal.

2.3 REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS

A repartição de receitas tributárias, assim como ocorre com a competência para tributar, decorre do texto constitucional. Logo, no capítulo destinado ao sistema tributário nacional, tem-se tópico que regulamenta a repartição de receitas fiscais, que nada mais é que a distribuição dos valores arrecadas por um ente com outros entes da federação.

A repartição de receitas nada mais é que forma de assegurar a autonomia dos entes federados, sem comprometer a autonomia legislativa, mas resguardando certa isonomia financeira.

Semelhantes são os ensinamentos de Mailer (2011), que ao lecionar sobre o tema em análise coloca que a repartição das receitas tributárias é o repasse ou transferência, do resultado positivo da arrecadação tributária irrestituível, feita de ente federado para outro, não se confundindo, no entanto, repartição com competências tributárias: esta é a faculdade, constitucionalmente atribuída a uma pessoa jurídica de direito público interno, de instituir e exigir tributo, aquela é simples destinação de receitas tributárias, ato posterior à sua arrecadação.

Percebe-se, das lições supra, que a repartição de receitas dá-se do ente federado com maior arrecadação fiscal para o ente com menor arrecadação. Via de regra é a União que reparte os tributos de sua competência com os Estados-membros e com os Municípios, assim como os Estados também repartem as suas receitas com os municípios.

E, os percentuais a serem repassados são previstos constitucionalmente, afastando a discricionariedade do administrador.

Acontece que há uma nítida concentração de receita nos cofres da União, motivo pelo qual o legislador achou por bem estabelecer a repartição de receitas, impondo à União o dever de repassar parte dos valores arrecadados aos demais entes federados – Estados, Distrito Federal e Municípios.

E, ainda, os Estados devem repassar parte dos valores arrecadados a título de tributos aos Municípios, ao passo que estes não deverão realizar quaisquer repasses, somente deles integrar, absorvendo-os, em função da inexistência de entidade subalterna.

Vê-se, pois, que a à União competem mais impostos (nove) do que aos Municípios (três), Distrito Federal e Estados-membros (três) da Federação, e evidentemente não podendo se descumprir essa desequilibrada dinâmica, conforme o art. 160 do CTN⁶.

Importa ressaltar, ainda, ser comum a distinção entre a chamada repartição direta e repartição indireta. Repartição direta é a que decorre de uma repartição simples, por exemplo, a partição do município em 50% na arrecadação do IPVA. Já a repartição indireta exige uma metodologia de cálculo mais profunda, com a formação de fundos de participação com posterior rateio, conforme os critérios estabelecidos, ambas estão tratadas na Constituição da República.

As transferências tributárias constitucionais da União para os Estados e Municípios podem ser classificadas em transferências diretas (repasso de parte da arrecadação para determinado governo) ou transferências indiretas

⁶ Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

(mediante a formação de Fundos Especiais). Entretanto, independentemente da classificação, as transferências sempre ocorrem do governo de maior nível para os de menores níveis, quais sejam: da União para Estados e Distrito Federal; da União para Municípios; ou dos Estados para Municípios (MAILER, 2011).

Cumpra observar, de igual forma, que as regras e os percentuais relativos ao quanto de sua arrecadação compete a cada ente federado, ou seja, quanto cada um deve repassar, e a quem deve ser efetuado o repasse, se encontra expresso nos arts. 157 a 162 da Constituição da República de 1988. Porém, como se dá e o *quantum* desses repasses, serão analisados no momento oportuno, ao se abordar o desequilíbrio que se instaura.

Significa dizer, portanto, que o constituinte explicitou as regras acerca da repartição da receita, preservando alguns tributos, em especial as contribuições, que nos últimos anos vem apresentando considerável incremento de arrecadação, questão esta que será melhor detalhada no momento oportuno.

Importa registrar, ainda, que por expressa determinação constitucional, a repartição de receitas não alcança todas as modalidades de tributo, mas somente os impostos e a CIDE – Contribuição exclusiva, sobre os combustíveis. Logo, são excluídas as taxas e as contribuições de melhorias, assim como os empréstimos compulsórios.

Factualmente, há impostos que também não sofrem repartição do produto arrecadado, em virtude da sua natureza, a exemplo do IPTU, ITBI e ISS, por serem impostos de competência dos Municípios e Distritos Federais, assim com o ITCMD, que apesar de ser um imposto de competência estadual, também é excetuado, e não integra a repartição de receitas (MAILER, 2011).

Quanto aos impostos de competência da União, não participam da repartição de receitas o II, IE, Impostos Sobre Grandes Fortunas e Imposto Extraordinário de Guerra.

Superada essa breve análise da repartição de receitas no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário abordar a evolução histórica do instituto no direito pátrio, objeto do próximo tópico.

2.4 HISTÓRICO DA DISTRIBUIÇÃO DE RECEITAS NO BRASIL

No Brasil, a repartição da competência tributária e, por conseguinte, da distribuição de receitas, é tema que remete à Constituição de 1891, ou seja, à segunda Constituição editada no Brasil, desde que se instituiu a federação.

Desta feita, sem a pretensão de se esgotar a temática, dada a sua complexidade, mas tão somente objetivando contextualizar a temática no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a possibilitar a compreensão da atual disciplina, e o desequilíbrio fiscal que se instaura na atualidade, é que, no presente capítulo, traça-se uma análise histórico-evolutiva da distribuição de receitas no direito pátrio.

A primeira etapa é o período pré-ditadura militar. De acordo com Rubinstein (2009), a opção por uma rígida repartição de competência tributárias é matéria que pouco se alterou pelos textos constitucionais desde 1891 e o surgimento da Federação, quando as províncias do Brasil Império deram lugar aos Estados-membros. Acrescenta o autor, ainda, que a adoção do modelo em comento foi a solução encontrada para assegurar a cada pessoa jurídica de direito público o montante de ingressos necessário à manutenção de sua independência assegurada, de resto, pelo sistema federativo (RUBINSTEIN, 2009).

Acerca do surgimento da primeira Constituição, e da forma como fora tratada a repartição de receitas em seu bojo, tendo em vista o momento histórico em que veio a lume, após a abolição da escravatura e instaurando uma nova forma de Estado, leciona Andrade (2010) que a primeira Constituição Republicana nasceu, com um formato *sui generis*,

dado que as condições políticas e econômicas à época separavam de um lado os estados cafeeiros – de sólida base financeira – e, de outro, estados sem fontes promissoras de renda. Porém, a Carta de 1891 não trazia em seu bojo nenhuma discriminação do produto da arrecadação expressamente estipulada. Ditava, em seu art. 5º, que cada Estado deveria prover por sua própria conta as suas necessidades administrativas, limitando-se a União a prestar socorro em caso de calamidade pública, se solicitado. Desse modo, vê-se que a referida Constituição não contemplava a amenização das desigualdades regionais.

Entre a Constituição de 1891, e a Carta Constitucional que a sucedeu, ocorreram importantes reformas no sistema tributário, sobre os quais leciona Torres (2014), que em 1926, com as reformas constitucionais da época, começam a surgir medidas orientadas à centralidade da União, em modo centrípeto, para assegurar melhor redistribuição com as unidades de menor poder econômico, bem como para atenuar as diferenças regionais e promover o desenvolvimento. A função da Reforma era a de pôr fim ao descalabro financeiro reinante em várias unidades federadas, motivo pelo qual a reforma propunha que interviesse a União nos Estados, cuja incapacidade para a vida autônoma se demonstrasse pela cessação de sua dívida fundada por mais de dois anos.

Com o passar dos anos, e o advento da Constituição de 1934, a repartição de receitas tributárias foi abordado pelo constituinte de forma mais ampla, como também se extrai dos ensinamentos de Andrade (2010): *de que* os impostos de competência residual, arrecadados ou pela União ou pelos Estados, cujo produto da arrecadação era dividido entre União (30%), Estados (50%) e Municípios originários da receita (20%). É nessa Constituição que aparece, também, a faculdade de transferência de impostos privativos dos Estados para os Municípios, a qual abrangia o próprio poder de legislar ou apenas a apropriação do produto da arrecadação, conforme

determinação do respectivo Estado. Há que se ressaltar, ainda, que foi na Constituição de 1934 que o auxílio ao Nordeste foi contemplado como obrigatório, destinando-se nunca menos de 4% da receita tributária federal a obras e serviços contra secas. Nessa Carta Política, o federalismo e as relações intergovernamentais, embora um pouco mais marcantes, ainda deixavam a desejar.

Com o advento da Constituição de 1937, a matéria foi disciplina de forma bem diferente, configurando um retrocesso no que tange a repartição das receitas arrecadadas, principalmente no que tange a supressão da destinação de parte da receita tributária federal ao Nordeste (ANDRADE, 2010), medida esta de suma importância ao desenvolvido do país à época de sua instituição.

Andrade (2010) também critica a postura do constituinte quando alterou a disciplina para destinar o produto do imposto de competência residual exclusivamente ao poder tributante, embora tenha mantido as transferências dos Estados aos Municípios do produto do imposto de indústrias e profissões.

Com o advento da EC n.º 04/1940, foi instituído imposto único sobre as operações relativas ao carvão mineral e aos combustíveis e lubrificantes líquidos, sendo que o produto arrecadado era proporcionalmente repartido entre os entes federados.

Ao final da denominada "Era Vargas", veio a lume nova Constituição, isso no ano de 1946. E, sobre a repartição das receitas tributárias, Andrade (2010) disserta sobre os Municípios, que receberiam 15% do produto do imposto sobre a renda e 10% do imposto sobre o consumo, além disso, receberiam o conhecido à época como "excesso de arrecadação estadual de impostos" consistente na transferência de 30% do excedente resultante da diferença entre a arrecadação estadual de impostos em Município que não capital e o total de rendas locais de qualquer natureza. Contemplava a Carta

Política de 1946, ainda, a transferência de, no mínimo, 3% da receita federal ao Nordeste para a promoção de obras e serviços de assistência econômica e social, idêntica verba à Amazônia e 1%, por vinte anos, para o plano de aproveitamento das possibilidades econômicas do Rio São Francisco.

Sobre a Constituição de 1946, e a repartição da arrecadação dos impostos, Torres (2014) observa que houve uma efetiva ampliação da descentralização, pois passou-se a compartilhar os impostos federais com os Estados e Municípios, instaurando o que se denomina “federalismo fiscal cooperativo”.

Ainda, vale registrar que o Brasil vivenciou, entre os anos de 1964 e 1984 um período de Ditadura Militar, e duas Constituições foram editadas (1967 e 1969) neste período (para aqueles que entendem que em 1969 fora editada uma nova Constituição), sendo mister abordar, no próximo item, como fora disciplinada a repartição de receitas nesse período peculiar da história brasileira.

Dando seguimento, tem-se o período compreendido entre a Ditadura, cujo início se deu em 1964, com o Golpe Militar, e a promulgação da vigente Carta Política. Em 1964, como já apontado acima, o Brasil viveu um golpe militar, e instaurou-se uma ditadura que se prolongou até o ano de 1984, que alterou toda a sistemática legal no ordenamento jurídico brasileiro, refletindo inclusive na seara tributária, sendo que todos os tributos passaram a se concentrar nas mãos da União.

Nesse sentido são os ensinamentos de Andrade (2010), quando o regime militar alterou a estrutura tributária e estabeleceu maior controle dos recursos fiscais. A reforma tributária previa que entes subnacionais contassem com o mínimo de recursos para desempenhar suas funções sem atrapalhar o processo de crescimento, em especial pela arrecadação do ICM (atual ICMS) e de um sistema de transferências intergovernamentais.

Sobre o sistema criado na década de 1960, Nazareth (2007, p. 40) ressalta que o modelo federativo instituído na ocasião foi estruturado de forma a auxiliar o Estado brasileiro na promoção do crescimento e do desenvolvimento econômico, em um cenário de forte centralização política.

Para isso, entre as várias mudanças empreendidas à época, buscou-se ajustar o modelo federativo para auxiliar nessa tarefa, dando condições aos entes da federação para adotarem as medidas de política necessárias ao desenvolvimento (NAZARETH, 2007).

Ainda segundo a autora, buscava fortalecer e estimular as bases tributárias dos Estados e Municípios, o que refletia a centralização do poder na União, além de ser forte o incentivo ao desenvolvimento das regiões Norte e Nordeste do país (NAZARETH, 2007).

Acontece que sem recursos para suprir as obrigações mínimas, os Estados e Municípios insurgiram-se contra a União, o que culminou na EC nº 23/1983, que elevou os percentuais dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios e fechou brechas legais que haviam permitido à União reduzir as bases sobre as quais incidiram os percentuais das participações dos Estados e Municípios na receita (ANDRADE, 2010).

Isso refletiu fortemente no modelo de federalismo que imperou desde o início da década de 60, e que passou também a não mais se adequar aos ideais que norteavam o Estado brasileiro nos anos 80, com o enfraquecimento político do governo militar e o esgotamento do modelo de desenvolvimento brasileiro, já que o Estado também havia mudado o seu papel, precipitada pela deterioração da situação fiscal do governo federal desencadeada pela crise da dívida externa, e a pressão política na direção da redemocratização do país, que conduziu ao movimento de descentralização (NAZARETH, 2007).

Vê-se, portanto, que como resultado de um período autoritário, na fase da ditadura militar Estados e Municípios praticamente restaram

afastados, e todas as receitas concentradas nas mãos da União, o que somente restou alterado com o advento da Constituição da República de 1988, que restaurou a democracia e buscou o fortalecimento da federação (ANDRADE, 2010).

Surge, então, a CF de 1988. Rubinstein (2009) preconiza que a atual Constituição da República, a exemplo das suas antecessoras, manteve a temática da distribuição de competências tributárias prevendo elencos rígidos para cada ente federado, observando, como já dito, a tradição que remete à primeira Constituição republicana.

Na atual sistemática, a União tem maior capacidade para lidar com as externalidades, a mobilidade da base tributária e as economias de escala envolvida na arrecadação tributária (RUBINSTEIN, 2009).

Sobre a atual disciplina das receitas tributárias e sua repartição, Andrade (2010) preleciona o fortalecimento do federalismo foi o principal foco do constituinte, que dentre as cláusulas pétreas tratou da forma de Estado, impossibilitando a sua alteração mesmo por EC.

Nazareth (2007) elenca algumas das principais mudanças ocorridas na Constituição de 1988 no que tange a repartição de receitas: repartiu o poder tributário entre as esferas governamentais, conferindo-lhes competência impositiva privativa (exclusivas) quanto aos impostos e competência impositiva comum quanto às taxas e às contribuições de melhoria; aos estados, foi concedida competência para incorporar os impostos federais sobre combustíveis, energia e comunicações ao seu principal imposto, o ICM – atualmente o ICMS, com o S se referindo a Serviços; atribuiu à União competência residual para impostos inominados e extraordinários, e competência privativa para os empréstimos compulsórios e para as contribuições especiais (de intervenção no domínio econômico, de interesse das categorias profissionais e as sociais) e; o ordenamento constitucional então aprovado atendeu as demandas de maior autonomia dos municípios,

garantindo competência tributária exclusiva aos governos locais para instituir e cobrar impostos sobre a propriedade territorial e urbana (IPTU), sobre a *transmissão inter vivos* de bens imóveis (ITBI) e sobre a prestação de serviços de qualquer natureza (ISS), além da competência comum para taxas e contribuição de melhoria.

Acontece que apesar de ter o constituinte estabelecido o sistema de repartição de receitas, objetivando mitigar as distorções provenientes do desequilíbrio fiscal, como observa Ribeiro (2009), a simples transferência constitucional do produto da arrecadação dos impostos federais para os Estados não garante a autoadministração, haja vista que o exercício das competências materiais conferidas aos Estados não pode depender de receitas a serem arrecadadas pela União e, posteriormente, serem repassadas aos Estados-membros e Distrito Federal e Municípios, como forma de sanar as distorções.

Desta feita, para uma melhor compreensão do tema, necessário se faz analisar a problemática do desequilíbrio fiscal após o advento da Constituição da República de 1988, em virtude da forma como fora tratada a repartição de receitas tributárias, como se passa a abordar no próximo item.

2.5 O DESEQUILÍBRIO DO FEDERALISMO FISCAL APÓS A CF DE 1988

Inicialmente importa registrar que à União competem mais impostos do que aos Municípios, Distrito Federal e aos Estados-Membros da Federação, o que decorre da repartição tributária das receitas, também denominado por alguns estudiosos do tema como repartição da arrecadação tributária, questão bastante polêmica no ordenamento jurídico brasileiro, me que conduz, indubitavelmente, a um desequilíbrio fiscal. Significa dizer que para os estudiosos do Direito o constituinte não foi feliz

na forma como regulamentou a questão, ficando grande parte dos recursos arrecadados com tributos nas mãos da União. E, ainda que este órgão tenha grandes responsabilidades, não se pode negar que em determinadas searas a responsabilidade é compartilhada, tão como se dá na saúde. Porém, a capacidade econômica da União é bem maior que do Município, demonstrando o desequilíbrio citado.

Em meio a esse cenário é que se debate a necessária alteração no sistema tributário, em especial quanto à transferência de recursos de um ente federado para outro, com a conseqüente diminuição do monopólio fiscal da União. A esse respeito são os ensinamentos de Ferreira (2013), que na busca de soluções sugere que a solução estaria na realização de uma nova reforma tributária, pautada na concessão de maior autonomia aos estados e aos municípios, tornando-os financeiramente independentes do governo federal, necessitando anteriormente de uma exauriente discussão sobre o desequilíbrio fiscal da União ter sido decorrência da estruturação fiscal decorrente da Constituição Federal de 1988 ou de conseqüências posteriores do modelo econômico federal.

Para o autor supracitado a discussão acerca da repartição de receitas e conseqüente desequilíbrio, que beneficia atualmente a União, está longe de cessar, pois muito ainda precisa ser debatido para alterar a forma atual sem, contudo, comprometer as obrigações da União. Porém, não ignora a necessidade de uma alteração na forma como são distribuídas as receitas fiscais, seja para resguardar a autonomia de todos os entes federados, seja para proporcionar maior efetividade dos Estados e Municípios, seja para que o princípio federativo seja efetivamente observado.

A repartição de receitas tributárias é uma medida de suma importância à autonomia política, administrativa e financeira dos entes federados, pois de nada adiantaria que a Constituição lhes atribuísse competência administrativa e legislativa se não lhes dotasse de recursos financeiros para

o exercício e desempenho das obrigações – ora, a autonomia de um ente está diretamente ligada à disposição de recursos materiais.

Ocorre que ao estabelecer o constituinte se utilizou de duas técnicas de repartição de renda, quais sejam: a atribuição de competência tributária própria, denominada pelo autor supracitado de “discriminação por fonte”, e a participação dos entes menores na receita arrecada pelos entes maiores, o que denominou de “discriminação por produto”, já que a primeira modalidade instaurou o desequilíbrio federativo fiscal.

Sobre esse evidente desequilíbrio, Rubinstein (2009) preleciona que a proporção média da divisão federativa da arrecadação direta, tem sido entre os anos de 2002 e 2005 de cerca de 70% para a União, 26% para os Estados-membros e 4% para os Municípios. Quando as transferências intergovernamentais de receitas de impostos alheios passam a ser consideradas, a divisão federativa da carga tributária nacional altera-se substancialmente, revelando uma acentuada redistribuição de recursos em favor dos Municípios.

Também em relação aos anos entre 2002 e 2005, sob essa perspectiva a divisão revelou percentuais de receita tributária disponível (arrecadação direta somada às transferências) de 58% para a União, 26% para os Estados-membros e 16% para os Municípios. Cerca de 70% dos Municípios brasileiros têm nas transferências financeiras intergovernamentais (recebidas da União e dos Estados-membros) ao menos 85% de suas receitas correntes (RUBINSTEIN, 2009).

Porém, é sabido que grande parte dos serviços públicos são prestados à população pelos Municípios e, conseqüentemente, pelos Estados, ao passo que a arrecadação dos tributos se dá, em sua grande maioria, como já visto, pela União, instaurando-se um verdadeiro desequilíbrio nesse federalismo fiscal.

Ribeiro (2009), por sua vez, pontua que o Brasil se encontra na contramão da tendência mundial, pois em outros ordenamentos jurídicos há clara mudança de paradigmas, com a descentralização de recursos, o que é visto até mesmo em países unitários. Porém, o Brasil, ainda que adote o federalismo cooperativo, ignora a necessidade de uma adequada repartição de receitas. O que se percebe, na visão do autor, é uma centralização de receitas fiscais nas mãos da União em detrimento principalmente dos Municípios, que se veem comprometidos no que tange a efetivação de direitos, em especial aqueles que clamam uma maior dotação orçamentária, a exemplo da saúde.

Não é difícil concluir que há claro desequilíbrio na repartição de receitas, dada a divisão de competências: nove impostos da União, três dos Estados e três dos Municípios. Vale lembrar, neste ponto, que o Distrito Federal, por cumular as competências dos Estados e do Distrito Federal podem, portanto, instituir os três impostos municipais e os três impostos estaduais.

Acontece que a União, para financiar seus gastos, necessita cada vez mais de recursos volumosos, razão pela qual, continuamente, desde a Constituição de 1988, passou a lançar mão de instrumentos e condutas que permitissem o incremento de sua arrecadação em detrimento dos Estados e Municípios, o que se deu principalmente por meio da majoração das alíquotas de contribuições sociais não repartíveis (FERREIRA, 2013) comprometendo os mecanismos instituídos pelo constituinte para restabelecer o equilíbrio fiscal.

Não há como negar, portanto, que o federalismo fiscal, no Brasil, principalmente após o advento da Constituição da República de 1988, apresenta claro desequilíbrio em decorrência da concentração das receitas na União, em detrimento dos Estados e Municípios.

É nesse cenário que estudiosos preconizam a necessidade de diminuição de receitas da União como forma de equilibrar o federalismo fiscal no país. Isso se deve porque, em linhas gerais, na atual disciplina,

embora sejam impostos arrecadados pelos União, ou seja, que adentre em seus cofres, estes devem ser repassados aos Estados e Distrito Federal, por meio de transferências diretas. Logo, há uma diminuição das receitas da União, nos seguintes percentuais: a) 100% do produto da arrecadação do Imposto de Renda incidente na fonte pagadora, sobre rendimentos pagos a qualquer título pelos Estados e Distrito Federal, suas autarquias e fundações que instituírem e mantiverem; b) 30% do produto da arrecadação do IOF-Ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, nos termos do art. 153, § 5º, inciso I, da Constituição, a ser destinado ao Estado de origem, no qual houver extração do ouro (não se trata de qualquer imposto sobre operações financeiras, mas tão somente do denominado "IOF-OURO"); c) 10% do produto da arrecadação do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, nos termos do art. 159, inciso II, da Constituição; d) 20% do produto de arrecadação do intitulado Imposto Residual, nos termos do art. 154, I, da Constituição; e) 29% do produto de arrecadação da CIDE – Combustível, nos termos do art. 159, III, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 44/2004.

Além de repasses aos Estados-membros e Distrito Federal, também é dever constitucional da União repassar parte da sua arrecadação aos Municípios, como forma de compensar o desequilíbrio fiscal, o que, por conseguinte, diminui suas receitas.

Já no que se refere à repartição de receitas tributárias da União para os Municípios, estas se dão em: a) 100% do produto da arrecadação do Imposto de Renda incidente na fonte pagadora, sobre rendimentos pagos a qualquer título, pelos Municípios, suas autarquias e fundações que instituírem e mantiverem; b) 50% do produto da arrecadação do ITR – Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, relativo aos imóveis situados na circunscrição dos Municípios. Anote-se que, em se tratando do ITR, poderá o limite atingir o patamar de 100% para os

Municípios, caso estes se dediquem às atividades de fiscalização e cobrança do tributo, sem que dessa atividade possa resultar redução de imposto ou qualquer forma de renúncia fiscal, nos termos do art. 158, inciso II, da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003; c) 50% do produto da arrecadação do IPVA, tributo relativo aos veículos automotores, desde que licenciados no Município; d) 25% do montante entregue pela União (10%) aos Estados e Distrito Federal (proporcionalmente ao valor das exportações de produtos industrializados), a título de IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados, nos termos do art. 159, § 3º, da Constituição; e) 25% do produto da arrecadação do ICMS, Imposto sobre Circulação de Mercadoria e serviços; f) 70% do produto de arrecadação do IOF – Ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, nos termos do art. 153, § 5º, II, da Constituição, para o Município de origem, no qual houver extração do ouro; e, como já dito, não se trata simplesmente do Imposto Sobre Operações Financeiras, mas sim do denominado “IOF-OURO; e, como o Distrito Federal cumula as competências dos Municípios e Estados, nesse caso receberá 100% do valor devido; g) 25% do montante entregue pela União (29%) ao Estado, em que se situe o referido Município, a título de CIDE-Combustível, como preconiza o art. 159, III, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 44/2004.

São estes os principais repasses da União para os Estados e Municípios, sendo estas, portanto, as principais medidas voltadas a redução de receitas da União na atualidade, motivo pelo qual muitos criticam o atual sistema tributário, e clamam uma reforma, de modo a corrigir o desequilíbrio fiscal que se instaurou ao longo dos últimos anos.

Logo, seria necessária a instituição de mecanismos de compensação, principalmente para mitigar as desigualdades que afetam os Municípios e comprometem sobremaneira a efetivação de direitos, a exemplo do direito fundamental social à saúde.

Como visto alhures, ao estabelecer as competências tributárias, o constituinte acabou por dotar a União de um maior número de tributos, ao passo que Estados, Distrito Federal e Municípios são competentes para instituir um menor número.

Não bastasse isso, é o Município, e também os Estados, os entes federados que prestam à população, diretamente, a maior parte dos serviços públicos, instaurando um verdadeiro desequilíbrio no federalismo fiscal.

Buscando minimizar os impactos desse desequilíbrio é que a própria Constituição estabeleceu mecanismos de compensação, ou seja, determinou sejam realizadas transferências tributárias da União para os Estados e Municípios, transferências estas que são classificadas em diretas – “repasse de parte da arrecadação para determinado governo”, e em indiretas, “mediante a formação de Fundos Especiais”, não sendo possível, como já mencionado alhures, a transferência de entes federados menores para os maiores, ou seja, somente se efetiva a transferência da União para Estados e Distrito Federal e/ou Municípios, e dos Estados para os Municípios, nunca o contrário.

Vê-se que o próprio constituinte reconheceu o desequilíbrio na repartição que fizera, pois há uma inegável concentração de renda nos cofres públicos federais em detrimento dos Estados e Municípios, motivo pelo qual achou por bem determinar que os entes maiores entreguem parte de sua receita arrecada aos entes menores, como uma forma de compensar o desequilíbrio fiscal que se instaurou.

Resta evidente que a forma como o constituinte distribuiu a competência tributária, centralizando grande parte dos impostos nas mãos da União, acabou por comprometer o equilíbrio fiscal, não sendo os mecanismos de compensação suficientes para restaurar o equilíbrio do sistema, que resta comprometido, principalmente porque, como já dito, a grande maioria dos serviços públicos são prestados diretamente pelos

Municípios e Estados, que são os entes federados que menos arrecadam, ao passo que a União concentra em suas mãos grande parte da receita.

2.5.1 Escolha de Sofia: Implicações Bioéticas do Federalismo Fiscal Desequilibrado

Faz-se inicial introdução de conceitos atinentes à bioética antes de analisá-la diante do federalismo fiscal brasileiro, passando pelos caracteres da bioética principialista e a bioética social.

O termo "bioética" (*bio + ethik*) apareceu pela primeira em um artigo de 1927, escrito por Fritz Jahr e publicado na revista alemã *Kosmos*, com o trabalho de Jahr propondo um "imperativo bioético", respeitando todo ser vivo essencialmente como um fim em si mesmo (GOLDIM, 2006).

A bioética veio a ser mais discutida – ou como tido por alguns, uma "segunda origem" do termo bioética, aqui ligado aos países de língua inglesa – a partir dos grandes avanços tecnológicos no campo da biologia, dado que junto a eles advieram questões éticas relacionadas a suas aplicações (KOERICH; MACHADO; COSTA, 2005), mais precisamente em questões vinculadas à reprodução humana, com André Hellegers criando o Instituto Kennedy de Ética, então denominado de *Joseph P. and Rose F. Kennedy Institute of Ethics*, trabalhando em estudos que traçavam paralelos entre as ciências da natureza e humanidades (GOLDIM, 2006).

No final da década de 1980, Van Rensselaer Potter buscou expandir o conceito de bioética, anteriormente associada *do homem para o homem*, e objetivando, então, que a bioética alcançasse as questões ambientais, tendo como base teórica a obra de Aldo Leopold, que já havia criado, em 1930, o conceito de ética da terra (*land ethics*) (GOLDIM, 2006).

O trabalho de Potter à ocasião fez com que a bioética alcançasse "apenas" um novo campo do qual seus imperativos deviam operar, mas

mais importante, abriu o precedente no qual essa preocupação ética poderia alcançar todas as outras questões possíveis das ciências da natureza, mesmo que não tivesse sido anteriormente contemplada.

A bioética começou no homem, passou para as plantas e animais, atingiu questões ambientais e, grosso modo, pode vir a ser um assunto em qualquer outro campo que se entender razoável e necessário (KOERICH; MACHADO; COSTA, 2005).

No ano de 1979, Tom L. Beauchamp e James F. Childress publicaram o livro *Principles of Biomedical Ethics* (Princípios Ética Biomédica, em tradução livre), na qual dissertam sobre uma teoria fundamentada em quatro pilares principiológicos – não maleficência; beneficência; autonomia e justiça – com esse grupo de princípios posteriormente recebendo a denominação na bioética de “principlismo” (isto é, a corrente bioética que segue estes princípios) (SANTIAGO; CARVALHO, 2009).

O princípio da autonomia se baseia preponderantemente no chamado “consentimento informado”, isto é, a comunicação entre o profissional da saúde e o paciente deve prevenir a ignorância que leve a uma escolha constrangida, devendo suprir o vácuo de informação e compreensão, ou em outros termos, o dever do profissional de criar um relacionamento no qual indique as opções, benefícios, riscos e custos, discuti-las com o paciente ajuda-lo a escolher aquela que o profissional genuinamente entende como mais benéfica (NOSE, 2019).

Já o princípio da beneficência tem relação com o dever do profissional de saúde em ajudar aos outros, de fazer ou promover o bem em detrimento de seus interesses puramente pessoais, ou em termos práticos, deve o profissional buscar o máximo de benefícios, reduzindo ao mínimo os danos e riscos, sem também adotar uma postura demasiada paternalista para com o paciente (KOERICH; MACHADO; COSTA, 2005).

O princípio da não-maleficência é diretamente vinculado ao princípio da beneficência. A não-maleficência cuida principalmente com o fato de que o profissional se comprometa a avaliar e evitar os danos previsíveis, diferindo-se da beneficência porque envolve a abstenção, sendo, por isso, mais abrangente, uma vez que é dirigido a toda sociedade e não apenas aos profissionais da saúde (CAMPOS; OLIVEIRA, 2017).

Já o princípio da justiça, possivelmente o mais relevante para este projeto, diz respeito à adequada distribuição de deveres, recursos e benefícios sociais, de forma que os seres humanos sejam tratados de forma isonômica desde seu nascimento, não lhes sendo negado determinado tratamento ou cuidado em geral em função de nenhum tipo de discriminação (SANTIAGO; CARVALHO, 2009).

Dado que a Constituição de 1988 reiteradamente trata da saúde como um direito universal, além do próprio SUS ter como princípios doutrinário a universalidade, integralidade e equidade, é de clareza solar que a saúde pública brasileira, ao menos em aspecto teórico-legislativo, buscou especial proteção ao princípio bioética da justiça, objetivando evitar, em última instância, qualquer tipo de segregação social.

No entanto, o que se verifica nos países em desenvolvimento (ou periféricos), mesmo quando estes buscaram criar arcabouço legislativo que garantisse a saúde – como nas Cartas Magnas do próprio Brasil, ou também no México, com sua Constituição sendo umas das que mais influenciaram a Constituição Cidadã brasileira –, o que se observou foi que a maioria da população desses países segue lutando pela obtenção de condições mínimas de sobrevivência e dignidade. Essa premissa simples serve para a conclusão de que a bioética carece de uma proeminente agenda social (GARRAFA; MANCHOLA-CASTILLO, 2017).

Mais diretamente ainda, vê-se com razoável obviedade que, para o atendimento desse princípio, evidentemente que os entes de federação, dado o caráter regionalizado de operação do SUS, precisa de recursos suficientes

para a garantia universal à saúde, no entanto, é fato notório que esse cenário está distante da realidade brasileira.

Contextualização bioética posta, alcançasse o título deste excerto: a “Escolha de Sofia”, popular expressão em alusão ao romance de William Styron, no qual Sofia Zawitowska, jovem polonesa, filha de colaborador nazista que, ao escrever os discursos de seu pai, acabou por descobrir que a solução última dos nazistas para os judeus era o de extermínio.

Adiante, é enviada aos campos de concentração de Auschwitz com seus dois filhos, e nessa situação ela se vê obrigada, pelos nazistas, a fazer a terrível escolha: qual dos dois filhos ela salvaria. No traumático processo, Sofia chegou à conclusão, baseada em critérios preponderantemente de utilidade, que a melhor escolha seria a da filha, por conta de seu filho ser mais forte e ter chance de sobreviver aos campos de concentração, além dele ser loiro de olhos azuis e falar alemão, poderia, ainda, ter uma definitiva segunda chance para viver, mais precisamente, sendo enviado para um dos programas educacionais nazistas, o *Lebensborn* (NUNES, 2015).

Inserida a questão filosófica, volta-se ao debate bioético, começando pela citação da Resolução 2.156/2016 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que estabeleceu em seu artigo 1º critérios gerais para a admissão rotineira em unidade de tratamento intensivo (UTI), com as admissões devendo ser baseadas em: I) diagnóstico e necessidade do paciente; II) serviços médicos disponíveis na instituição; III) priorização de acordo com a condição do paciente; IV) disponibilidade de leitos; V) potencial benefício para o paciente com as intervenções terapêuticas e prognóstico. Ou seja, o CFM já traçou uma *diretriz sofianiana* para os casos extremos (CFM, 2016).

Agora adicionando o contexto da pandemia de Covid-19⁷, situação que fez a *Escolha de Sofia* um quadro diário – quando não repetidamente

⁷ Com todas as escusas, usamos deste lugar-comum acadêmico por entendermos como uma das situações mais didáticas possíveis para a exposição desse dilema bioético. Coloca-se, ainda,

durante um mesmo dia – para profissionais de saúde intensivistas (médicos, enfermeiros, entre outros), fazendo com que estes, diante da falta de recursos nos hospitais, tivessem que escolher qual paciente tinha mais chance de sobrevivência e, portanto, “compensava” aceitar seu ingresso na internação (PORTAL R7, 2021).

Ainda que o cenário análogo à guerra tornasse justificável para qualquer país do mundo⁸ – evidentemente que segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade – uma situação excepcional nesse sentido, no Brasil isso se tornou corriqueiro por muito tempo.

A escolha em tempos de crise ficou evidente quando a Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB) estabeleceu, junto à Associação

Brasileira de Medicina de Emergência (ABRAMEDE), Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG) e Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP) criou o protocolo de condução dos profissionais de saúde para a pandemia de Covid-19, sendo a recomendação de que se buscasse salvar: i) mais vidas - uso do score SOFA (Avaliação Sequencial de Falência orgânica) para aferição da chance de sobrevivência -, e (ii) mais anos de vida - avaliação da presença de comorbidades graves que comprometam a sobrevivência no curto prazo -, com (iii) observância de uma medida de funcionalidade do paciente, que impacte sobre os desfechos clínicos (CARVALHO, 2020).

De forma a provar que existe essa falta de recursos, usa-se, inicialmente, estudo da Confederação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos (CMB) publicado no portal da Federação das Santas Casas

que a escolha do cenário de pandemia não significa que, passada a crise sanitária, o SUS voltou a uma situação na qual *Escolhas de Sofia* passaram a inexistir, mas apenas que a pandemia fez o quadro migrar da obriedade para a clareza solar.

⁸ Usa-se como exemplo essa matéria sobre a necessidade da NHS (*National Health Service*), sistema de saúde do Reino Unido – em exemplo anedótico do que aconteceu, grosso modo, em qualquer país desenvolvido ou periférico em todo o mundo – que precisou, além de criar espaços improvisados para colocar novos leitos, adotar critérios de prioridade de qual paciente “compensava” tratar, tal qual como no apresentado no Brasil na continuação do parágrafo. “Covid-19: Hospitals move to create extra bed capacity to relieve pressure”. Disponível em: <https://www.bmj.com/content/375/bmj.n2775>. Acesso em: 14 set. 2022.

e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo (FEHOSP), que em 2022 publicou levantamento concluindo que nos últimos seis anos – ou seja, ainda antes da pandemia, mas se agravando nesta – 315 instituições tiveram que encerrar os serviços no país por não ter verba suficiente para continuar operando, sendo o principal motivo alegado a falta de repasses financeiros do governo federal (FEHOSP, 2022).

Reforçando, em estudo conduzido pelo Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) publicado em 2022 sob o nome “Gestão Orçamentária e Financeira do SUS”, a *falta de recursos* foi um dos termos mais repetidamente respondidos pelos entrevistados, como exemplo na pergunta “Quais as principais dificuldades para executar os recursos federais transferidos na modalidade fundo a fundo pelo Ministério da Saúde?”, questão feita para que os dados fossem demonstrados no método “nuvem de palavras”, a *falta de recursos* (ou simplesmente “recursos” na citada nuvem) foi o termo mais destacado, enquanto na pergunta (CONASEMS, 2022).

Atestado o quadro de permanentes *escolhas de Sofia*, faz-se o estudo do sistema de repasses da União para os estados e municípios, traduzindo em números e justificativas legislativa o porquê da temerária situação.

3 A NECESSIDADE DE REAVALIAÇÃO DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS E A GARANTIA DA PLENA UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

A criação do Estado moderno passou por inúmeras transformações. Para que se possa discutir o tema proposto é imprescindível um estudo no campo social, político, histórico e filosófico.

O protótipo do Estado constitucional ou, respectivamente, da democracia pluralista se apresenta hoje como o mais bem-sucedido modelo antagônico (certamente ainda mais carente de reformas) ao Estado

totalitário de qualquer *couleur* e a todas as pretensões fundamentalistas de verdade, os monopólios de informação e às ideologias imutáveis. Assim, ele se caracteriza exatamente pelo fato de não estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim de ser predestinado apenas a uma mera busca da verdade. Ele se fundamenta sobre “verdade” provisórias, revidáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as “decreta”. Até o momento, a visão da “sociedade aberta” de K.R. Popper ou, respectivamente, o seu racionalismo crítico retrata exemplarmente a relação do Estado constitucional para como o problema da verdade e para com conceitos e procedimentos, desde que as condições culturais da verdade também sejam consideradas (HÄBERLE, 2008).

Tudo isso é comparável a um relativismo universal. Pois a dignidade da pessoa humana, compreendida como uma “premissa cultural antropológica” do Estado constitucional, e a democracia liberal, interpretada como a sua “consequência organizatório”, tem valores fundamentais por base se as colocarmos apenas no plano teórico-consensual de construções recíprocas, de acordo com a espécie do imperativo categórico, do contrato social dissimulado no sentido de Kant ou do direito natural. Estes “valores fundamentais” (verdades jurídicas) também valem como “limites da tolerância”, como por exemplo, contra tentativas de introduzir o Estado totalitário ou em todos os esforços referentes as “garantias de eternidade” do Estado constitucional – na forma de um limite vinculador “absoluto” até mesmo ao legislador constitucional. Por fim, a esta imposição jurídica desse limite só poderá vingar quando o Estado constitucional investir na educação de seus (jovens) cidadãos e quando ele possuir elementos de uma imagem da pessoa humana, os quais são compatíveis com o postulado da busca da verdade no contexto de seus valores básicos (HÄBERLE, 2008).

Todos os princípios que se possam adotar partindo deste ponto de vista são, ou *empíricos*, ou *racionais*. Os *primeiros*, derivados do princípio

da *felicidade*, assentam no sentimento físico ou no moral; os *segundos*, derivados do princípio da *perfeição*, assentam, ou no conceito racional dessa perfeição como efeito possível, ou no conceito de uma perfeição independente (a vontade de Deus) como causa determinante da nossa vontade (KANT, 2007).

Há uma grande diferença entre submeter uma multidão e reger uma sociedade. No fato de homens esparsos, independentemente do número que constituam, serem sucessivamente subjugados a um único, não vejo nisso um povo e seu chefe, mas sim um senhor e seus escravos; é um ajuntamento, mas de modo algum uma associação; não há nisto nem bem público, nem corpo político (ROUSSEAU, 2018).

De fato, encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Esse é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social (ROUSSEAU, 2018).

Ao dizer que um povo tem um governo democrático constitucional e razoavelmente justo (embora não necessariamente justo por completo), diz-se que o governo está eficazmente sob seu controle político e eleitoral, que responde pelos seus interesses fundamentais e que os protege como especificado em uma constituição escrita ou não-escrita (ROUSSEAU, 2018).

Na teoria da racionalização de Weber, o desenvolvimento do direito assume um lugar tão célebre quanto ambíguo. A ambiguidade da racionalização do direito consiste em que ela possibilita – ou parece possibilitar- tanto a institucionalização do agir econômico e administrativo racional-teleológico em relação a seus fundamentos moral-práticos (HABERMAS, 2012).

É aqui, na criação de um contrato social e sua racionalização, que nasce o interesse de vários campos do conhecimento humano, dentre eles a bioética.

Se julgarmos, por exemplo, o princípio da justiça pela ótica da bioética através dos ensinamentos de Rawls ao aplicarmos o chamado “véu da ignorância” na tentativa de idealizar quais seriam os principais direitos garantidos pelo contrato social, com certeza uma das garantias basilares seria o da saúde.

A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais (RAWLS, 1997).

Na mesma senda, dissertam Garrafa e Pessini (2003) que as condições de miséria urbana serão um dos grandes problemas do século XXI, podendo se ver, por exemplo, grandes cidades da América do Sul, das quais quase um terço de seus habitantes não contam com acesso à água tratada e 80% dos surtos de doenças estão relacionadas a contaminação da água, além de contar com baixíssimo orçamento para a saúde (menos de US\$ 5,00 per capita por anos em Uganda (1996) e menos de US\$ 100,00 no Brasil no ano de 2000).

A superação de tais obstáculos dependem não só de decisões éticas, mas como também de decisões político-orçamentárias, visto que toda garantia de um direito pelo Estado tem um custo.

Os direitos não têm somente um custo orçamentário, mas também um custo social. Um estudo abrangente do custo dos direitos, portanto, necessariamente dedicaria uma atenção considerável a esses custos não monetários. O custo orçamentário dos direitos, no entanto, estudado

isoladamente dos custos sociais e custos privados, constitui um domínio amplo de exploração e análise. A concentração exclusiva no orçamento também é maneira mais simples de chamar a atenção para o quanto as liberdades individuais dependem de contribuições coletivas administrativas por autoridades públicas (GODOY, 2013).

Nesse sentido, adentramos no cerne da discussão: “efetivamente o contrato social nacional consegue prever mecanismos para alcançar o objetivo almejado?”.

Ocorre que, a responsabilização da saúde aos municípios de forma igualitária e solidária com os demais Entes Federados é um grande problema a ser resolvido através de uma reanálise do pacto federativo.

Fato é que as políticas de saúde no Brasil dependem da boa funcionalidade do pacto federativo, o qual vive uma crise ante a sua falta de cooperativismo entre os entes.

A organização federativa centrípeta, com a concentração arrecadatória da União e dos Estados-membros, fragiliza os municípios, sujeitando-os financeiramente àqueles entes.

Somando-se isso à infinidade de atribuições dos entes municipais e à determinação constitucional de regionalização e hierarquização do sistema de saúde impõem um olhar mais detalhado sobre os limites do federalismo solidário, sobretudo, quanto à validade das normas administrativas de repartição da competência entre os gestores.

Desde a Constituição de 1988, passando pela legislação infraconstitucional e, em caráter progressivo e aditivo, pelas diferentes Portarias e Decretos do governo federal, cada vez mais são enfatizados os fatores cooperativos na gestão de responsabilidades e atribuições entre os entes federados. As relações entre federalismo e políticas setoriais são, entretanto, povoadas de controvérsias.

As políticas indutivas da cooperação regional esbarram em dois grandes obstáculos: (i) a competição aberta entre governantes estaduais e municipais por recursos, incentivos e prerrogativas na provisão e no acesso aos serviços de saúde; e (ii) a disseminação de centenas de instituições multipartites na forma de colegiados estaduais e regionais que, para o exercício de poder efetivo, deveriam se constituir em centenas de mini governos regionais assimétricos e que, em grande parte, tornaram-se poderosas estruturas de veto de políticas coordenadas no SUS.

Apesar de os objetivos de descentralização do sistema federativo serem virtuosos, embora virtudes sociais também sejam observadas em sistemas unitários e centralizados, na conjuntura do setor saúde brasileiro, a crise relacionada aos aspectos cooperativos é evidente (RIBEIRO, 2016).

A pandemia mundial do Covid-19 nos trouxe diversas reflexões das mais variadas maneiras. Nos mostrou o quão frágil é o nosso sistema de saúde bem como mudanças no aspecto normativo e estrutural deste serviço devem ser repensadas doravante pelos governantes.

Conforme a realidade fática vivenciada pela população, resta claro que não houve uma estruturação por parte dos governantes para o combate a pandemia, sendo que, mais uma vez, os municípios ficaram à mercê das diretrizes e repasses dos governos estaduais e federal.

Um dos problemas está no montante da transferência do SUS per capita – como aludido no excerto anterior em que se comparou com o repasse feito pelo sistema de saúde do Reino Unido –, pois é possível afirmar que as transferências para custeio desta espécie de serviço são insuficientes e determinam a induzir contrapartidas crescentes dos gestores municipais para sua manutenção. No caso dos municípios de médio e grande porte, os seus limites físico-financeiros de referência regional são também insuficientes para cobrir gastos com procedimentos de média e alta complexidade, exigindo uma maior contrapartida de recursos próprios. Isso

já caracterizaria uma situação de iniquidade do ponto de vista fiscal frente aos cidadãos residentes em outros municípios.

Sendo assim, há a necessidade de avançar na avaliação dos padrões de gasto público em saúde, especialmente considerando a qualidade do processo de descentralização da gestão que atribuiu aos municípios brasileiros um papel central na prestação dos serviços de saúde.

Por fim, assinala-se um padrão de gastos cujos elementos centrais têm sinalizado para injustiças fiscais e para a necessidade de aprofundar nas soluções que impeçam a reprodução de desigualdades e a quebra de uniformidade na provisão dos serviços de saúde.

A universalização do serviço de saúde está muito distante do objetivo almejado pelo constituinte sendo a mesma ineficaz. Necessário de faz a rediscussão não só desta diretriz constitucional, mas como também da maneira como a repartição de receitas é determinada, passando pela readequação do modelo de pacto federativo adotado pelo Brasil.

3.1 REPARTIÇÃO DE RECEITAS E A JUSTIÇA SOCIAL

Falar em repartição de receitas fiscais, no Brasil, e relacionar à questão social, clama a compreensão de como o constituinte organizou a problemática no texto da vigente Carta Política, o que foi feito anteriormente, principalmente no capítulo segundo. Nesse ponto, para tornar mais clara a compreensão do tema, busca-se nos ensinamentos de Marcelo Neves algumas lições.

Nesse cenário ganha relevo a metáfora apresentada por Neves (2013), em que contrapõe a figura dos juízes "lolau" e Hércules, já que aquele não se prende às regras, impedindo que o direito responda às demandas sociais, ou seja, não se isola do contexto social. É, pois sensível às exigências

sociais, às necessidades prementes dos seres humanos, socorrendo-se da regra da ponderação para, com parcimônia, resolver problemas que a letra fria da lei não é capaz de fazê-lo, embora não o faça de modo desarrazoado, mas sim consciente de que a ponderação também tem limites.

Porém, admite uma comparação, valorando princípios a partir dos sistemas sociais e dos grupos, consciente de que a ponderação também deve ser afastada se não conduzir a construção de critérios que permitam resguardar a segurança jurídica. Logo, sopesar os interesses em questão é o ponto de partida para a resolução de problemas no mundo jurídico, haja vista os reflexos sociais das decisões tomadas pelo Judiciário.

Adiante no exercício de Neves (2013) o juiz lolau está plenamente ciente de que o regresso ao formalismo, no qual as regras tomam de maneira abarcante a cadeia argumentativa, é uma solução subcomplexa para as controvérsias constitucionais mais problemáticas. Embora entenda a reação formalista ao principialismo irresponsável e à "ponderação sem medida", ele descarta seguir esse caminho, pois percebe que, se o seguisse, o direito ficaria demasiadamente rígido e perigosamente inflexível, diametralmente oposto as necessidades de uma sociedade complexa, no entanto, ele tem uma percepção um tanto especial. Também o excesso de apego às técnicas da ponderação pode levar a outro tipo de formalismo, em que o sopesar é um valor em si mesmo, divorciado da realidade. Cumpre, portanto, buscar outros caminhos além do formalismo das regras e do substancialismo dos princípios e da ponderação entre eles.

A atividade do magistrado, portanto, não pode jamais se reduzir a mera aplicação da lei. E em se tratando de repartição de receitas, não há que se falar, no cenário brasileiro, em efetividade, haja vista a concentração de receitas tributárias nas mãos da União.

Esse novo modelo de ponderação, baseado na concepção de princípios como critérios pragmáticos destinados a solucionar problemas do caso a

ser julgado, que Canotilho (2009) denominou de “neoconstitucionalismo principialista”, Ferrajoli (2009) de “neoconstitucionalismo”, e Marcelo Neves (2013) de modelo de “ponderação otimizada de princípios constitucionais”, acabou produzindo uma discricionariedade judicial inevitável, mas que é necessária ao enfrentamento de problemas não solucionado pelas normas e princípios jurídicos.

Anote-se, ainda, que apesar dos mecanismos de compensação, em especial as transferências diretas de receita tributária, a desigualdade não é sanada, e se agrava se considerado o fato de que a grande maioria dos serviços públicos são prestados pelos Municípios e Estados, e não pela União, que concentra, repita-se, a grande parte das receitas tributárias.

Não se pode ignorar, ainda, que para driblar o sistema de repartição de receitas, a União passou a se valer de medidas outras, a exemplo de instituição de contribuições específicas, não repartíveis, o que acaba por comprometer ainda mais a arrecadação de tributos pelos demais entes da federação, e onerando o contribuinte, que já convive diuturnamente com uma alta carga tributária.

A repartição de receitas e as fórmulas inadequadas que vigoram na atualidade ganham ainda mais importância se levada em consideração a extensão quase continental do Brasil. É um país de imensa área territorial, com grande desigualdade social. Logo, não raras vezes os municípios carecem de recursos para arcar com a folha de pagamento dos seus servidores, somente investindo em saúde e outros direitos sociais com os recursos que lhe são repassados pelos Estados e União.

Não bastasse isso, há uma grande disparidade entre municípios, alguns com uma área territorial considerável e muitas fontes de renda, enquanto outros não possuem sequer instrumentos para proporcionar trabalho digno aos seus munícipes.

Portanto, a repartição fiscal, no Brasil, também demonstra na desigualdade social e a importância de se repensar o federalismo cooperativo no que tange a inobservância quanto à participação dos municípios na receita tributária. Apenas para exemplificar, não se pode esperar que municípios como São Paulo e Rio de Janeiro, por exemplo, sejam norte para pequenos municípios da região norte e nordeste, que sequer consegue assegurar aos seus munícipes condições de vida digna.

Logo, é preciso repensar o sistema tributário, não apenas no que diz respeito à repartição de receitas e a sua descentralização, já que hoje há uma concentração nas mãos da União, mas também quanto à competência tributária, pois esta também beneficia a União em detrimento dos municípios.

A esse respeito leciona Brião (2006), que vê na repartição tributária um claro exemplo de que o Brasil, embora se declare um uma federação cooperativa, não exerce verdadeiramente um federalismo fiscal, o que é fomenta a desigualdade social e compromete o equilíbrio na efetivação dos direitos sociais.

E a autora, mais adiante acrescenta que por conta de quatro fatores principais – forma como foi instituído; a presença de fortes disparidades regionais; a pouca atribuição de responsabilidades pelas unidades subnacionais e; a recentralização de receitas pela União – o federalismo brasileiro, por causa da maneira como foi criado, partindo de um modelo centralizado para um modelo descentralizado de poder, ao invés de partir-se de “baixo para cima”, não permitiu que o Brasil conseguisse implantar o federalismo em sua plenitude (BRIÃO, 2006).

Não se pode ignorar que desde o final do século XX o país, como já dito alhures, apresenta-se na contramão da grande parte dos Estados, pois vive uma constante recentralização de receitas na União, em detrimento dos Municípios. Significa dizer que embora se preconize um Estado federado, a repartição de receitas não consegue proporcionar equilíbrio dentre os entes federativos,

impedindo que os ideais norteadores da federação sejam alcançados, com a efetiva descentralização de poderes e recursos (BRIÃO, 2006).

Torres (2014) também não é alheio aos problemas vivenciados pelo federalismo brasileiro e aponta que, na verdade, o modelo de Estado foi implantado no Brasil e não restou acabado, tendo o constituinte ignorado questões importantes, como a diversidade cultural e social, a extensão territorial e a importância de recursos para que a autonomia se efetive.

Já Santana (2012) acrescenta que o federalismo precisa ser visto de forma ampla, não limitado à questão administrativa e a consequente autonomia nessa seara. É preciso alcançar pontos outros, como a repartição de receitas tributárias, o que somente é possível com mudanças legislativas voltadas à melhor distribuição de recursos financeiros e à consequente descentralização de receitas tributárias. Para o autor o repasse feito pela União, por exemplo, é insuficiente para assegurar o equilíbrio e autonomia dos entes federados e compromete o federalismo cooperativo.

Muito embora o autor acima mencionado aborde a questão sob a ótica do ICMS, e ressalte a dificuldade de se lidar com a legislação dos Estados-membros, não raras vezes conflitante, suas lições se aplicam ao federalismo como um todo, pois são necessários mecanismos de compensação do desequilíbrio que se instaurou nos últimos anos.

Carvalho e Morais (2012) também são críticos do federalismo fiscal na forma instaurada no Brasil, pois entendem que compromete a efetividade dos direitos sociais, na medida em que cada governo dever arcar com seu mister sem, contudo, arrecadar de forma semelhante, ainda que proporcionalmente aos demais entes federados. Logo, a União, embora atenda a nível federal, tem uma arrecadação proporcionalmente muito superior àquela dos Municípios, o que na prática gera inúmeros problemas.

Não há como negar que os efeitos negativos, no âmbito do sistema tributário nacional, em virtude da repartição das receitas tributárias, após

o advento da Constituição da República de 1988, são inúmeros, e não se restringem aos Estados-membros e Municípios, pois o meio empresarial também precisou buscar alternativas para driblar o sistema, contribuindo para o comprometimento de um sistema já desequilibrado.

É urgente, portanto, o enfrentamento do problema, no afã de harmonizar o federalismo fiscal nas três esferas do governo – União, Estados e Municípios, sem excessos de tributação, pois claramente esta atinge os contribuintes, e com medidas outras senão a repartição de receitas, pois claramente tais medidas são insuficientes para a efetiva observância do princípio federativo, concebido como cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso Rodas (2020) clama a alteração do texto constitucional, ou, pelo menos, a interpretação à luz da Constituição, de modo a evitar que os repasses comprometam a autonomia dos entes federados, e venha a comprometer, por conseguinte, o próprio princípio federativo, flexibilizando as vinculações orçamentárias concedendo maior autonomia aos Estados para decidir quais investimentos ou gastos serão realizados com o produto das transferências voluntárias do Governo Federal, as quais passariam com a flexibilização, a ser não condicionadas.

Nesse contexto instauram-se inúmeros problemas e, como lembra Torres (2013), se os entes federados não discutem a questão, também os Poderes Legislativo e Executivo vêm ignorando a funcionalidade do sistema tributário brasileiro, no que tange a efetivação de direitos por parte dos Estados e Municípios.

Não se pode ignorar, ainda, que não raras vezes a União vem se valendo de manobras para driblar as regras constitucionais na instituição de tributos não repartíveis, a exemplo das contribuições sociais, com já dito alhures, o que afronta o pacto federativo, clamando a intervenção do Poder Judiciário para fazer cessar essa prática que desequilibra o federalismo

fiscal, comprometendo, ainda mais, um sistema deveras desigual, ainda que não se esteja buscando, por meio de uma EC, alterar a forma de Estado, até mesmo porque o art. 60, § 4º, da Constituição da República, menciona que as medidas “tendentes” a alterar a forma.

Resta claro, portanto, que por se tratar de um princípio fundamental estruturante da República Federativa do Brasil, deve o princípio federativo ser resguardado de forma ampla, pois vai além da estrutura adotada pelo Estado brasileiro, pois reflete diretamente na forma como os entes federados vão atuar na efetivação de direitos, mormente os sociais fundamentais, como a saúde. É preciso uma descentralização de recursos, que pode se efetivar de diversas formas, dentre elas um maior repasse, a compensação de despesas dos Estados e Municípios, dentre outras, a depender da necessidade de equilíbrio fiscal.

Em meio a esse cenário o direito à saúde ganha relevo pois, como dito, há um comprometimento orçamentário dos municípios, na medida em que a solidariedade decorrente da CF de 1988 e das legislações esparsas não observa a escassez de recursos, o que gera ainda mais prejuízos quando se trata de municípios pequenos, que contam com pouca receita tributária. Contudo, antes de se averiguar especificamente a questão, é mister contextualizar o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, objeto do próximo tópico.

3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Abordar as questões afetas à efetivação do direito à saúde, mormente o papel dos municípios, calma que se contextualize o direito fundamental à saúde e como funciona a saúde pública no Brasil, ou seja, o SUS no Brasil.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), como leciona Carvalho (2017), que define a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades. E,

ainda, dispõe que gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social (CARVALHO, 2017).

Com o intuito de efetivar o direito à saúde, busca-se uma política de prevenção aos males que afetam o corpo e a mente dos indivíduos, além de tratamento aos que dele necessitam.

Anote-se, ainda, que em 1986 a VIII Conferência Nacional de Saúde, como lecionam Bruno e Andrade (2007) destacam a amplitude do direito à saúde, que não se limite a fatores como cirurgias, medicação, internação, além de derivar de uma série de fatores, tais como a habitação, o meio ambiente, o acesso ao trabalho e ao lazer, dentre outros.

Dessa forma, a saúde, enquanto direito, deve ser entendida não apenas como ausência de doenças, mas sim como o bem-estar psíquico e físico dos indivíduos, o qual é consequência dos mais diversos fatores e condições. Porém, até chegar ao reconhecimento, no direito brasileiro, de que a saúde é um direito social, nos termos da CF de 1988, e que é dever do Estado zelar para que sejam implementadas medidas para assegurar o bem-estar físico e psíquico, já que a saúde, como dito, não se limita a ausência de doenças, um longo caminho foi percorrido, inclusive na seara constitucional.

A proteção à saúde no Brasil começou a ser cogitada, no Estado Brasileiro, na primeira Constituição, outorgada ainda na fase imperial, no ano de 1824. Esse rumo começou a ser trilhado com a vinda da Corte portuguesa em 1808, e o que se objetivava, nessa época, era a realização de algum controle sanitário, para desta forma prevenir doenças (GUERRA, 2017).

Não obstante, a saúde, no Brasil, sempre teve como maior inimigo a falta de saneamento básico. Nesse momento da história brasileira a cólera, varíola e a febre amarela eram disseminadas justamente pela falta

de saneamento. Na época do Brasil Império essa proteção tinha um viés meramente administrativo, associada à saúde do trabalhador, período no qual o direito à saúde não era plenamente resguardado, a valorização desse direito veio aos poucos, por se tratar de uma Constituição com um caráter individualista que seguia os mesmos passos do constitucionalismo Europeu, apresentando sutis traços de distanciamento do absolutismo (GUERRA, 2017).

Atualmente, a saúde, constitucionalmente prevista nos arts. 196 a 200, é compreendida 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.

Portanto, atualmente a saúde é elemento da vida, estando conectada à dignidade da pessoa humana. Deste modo, pode-se constatar que os direitos à vida e à saúde são consequência da dignidade humana. Este princípio encontra-se previsto no art. 1º, inciso III da CF/88, responsável pelo reconhecimento da saúde enquanto direito fundamental social, como já dito alhures, que clama, como pontua Costa (2012), uma atuação proativa do Estado.

Portanto, a previsão do direito à saúde em âmbito constitucional, seguida da criação da Lei Orgânica da Saúde, que instituiu o SUS, foram marcos importantes para a conquista normativa deste direito. No entanto, as dificuldades e os óbices que são enfrentados diariamente pelos usuários do SUS revelam uma situação caótica, em que o descaso e a negligência dos entes públicos afetam diretamente a efetividade dos direitos sociais, em especial à saúde, corroborando para o fenômeno da judicialização da saúde.

A saúde, no ordenamento jurídico brasileiro, se encontra consagrada no rol dos direitos fundamentais sociais, contemplada sob o Título VIII, do Capítulo II, Seção II, da CF de 1988 (CF/88), que trata da Ordem Social, inserindo-o no capítulo da Seguridade Social, que também abarca a Previdência e a Assistência Social. Trata-se, portanto, de um direito fundamental social.

O enunciado que serve de base para a interpretação, e que traça os contornos da norma, é bastante claro ao estabelecer a saúde como direito de todos e dever do Estado. Para tanto deve o Estado, por meio de implementação de políticas públicas, a teor do que se extrai do art. 196 da CF/88, buscar meios para a redução do risco de doenças, possibilitando o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.

Contudo, para melhor compreensão da matéria, cumpre trazer a célebre definição do que são direitos fundamentais, rol no qual insere-se o direito à saúde, segundo concepção de Paulino Filho (2018), que entende os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, mostrando que mesmo no Estado constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

O constituinte, nos arts. 1º a 20 da CF/88, tratou de consagrar, como cláusulas pétreas, um amplo rol de direitos fundamentais, que atuam, a um só tempo, na promoção dos direitos mínimos do indivíduo e na limitação à atuação arbitrária do Estado, sem ignorar que também possui importante papel no que tange a indicação, ao Poder Público, de fins a serem realizados.

Valendo-se agora do conceito empregado pela OMS, no preâmbulo da sua Constituição, tem-se que a “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Por conseguinte, trata-se de um conceito amplo, cunhado em um momento histórico em que as sociedades se encontravam devastadas diante das atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, havendo a necessidade de os Estados serem reconstruídos, surgindo, como preconiza Paulino Filho (2018) a noção de implementação de um Estado voltado ao

bem-estar, à promoção dos direitos fundamentais de segunda geração, dentre os quais se encontra consagrado o direito fundamental à saúde.

Essa noção de saúde, como algo amplo, implica na obrigação dos Estados de implementar políticas voltadas à prevenção e tratamento de males que afligem tanto o corpo quanto à mente, inclusive com a instituição de sistemas voltados ao atendimento dos doentes.

Segundo Silva (2013) o término da Segunda Guerra Mundial e a queda do regime nazista corroborou para o surgimento da Teoria dos Direitos Fundamentais, reforçando a noção de direitos humanos, inerentes aos indivíduos, ao reconhecer que a importância da Constituição na consagração dos direitos fundamentais que, segundo o autor, inegavelmente possui conteúdo ético e são compreendidos, em apertada síntese, como valores básicos para a vida com dignidade.

Avançando-se alguns anos, é finalmente promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, após mais de duas décadas sob a vigência de uma ditadura militar, documento que veio a lume assegurando uma gama de direitos e garantias ao indivíduo.

Desta feita, a CF de 1988 inovou em diversos aspectos, dos quais se destaca pela pertinência temática com a presente obra o rol dos direitos sociais fundamentais básicos, a teor do que se extrai do *caput* do art. 6º. Logo, a saúde restou consagrada como direito social inviolável do cidadão, pois, de acordo com Silva (2013), os [...] direitos sociais receberam um *status* privilegiado nas Constituições, lembrando o autor que tal medida teve início ainda no ano de 1917, quando a Constituição do México erigiu os direitos fundamentais de segunda geração ao status de norma constitucional, o que foi seguido pela Constituição alemã, de Weimar, de 1919.

Por ser a saúde um direito fundamental, reveste-se de elevado valor constitucional com o intuito de garantir ao indivíduo os meios necessários para uma vida digna, exigindo atitude positivo-ativa do Estado.

Ademais, é o art. 196 e seguintes da CF/88, cuja principal finalidade é assegurar à população o acesso a tratamentos de saúde, que traça os princípios e diretrizes norteadoras da saúde no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda segundo o autor, o *caput* do art. 6º da Carta Política elenca, de forma genérica, os direitos sociais por excelência, dentre os quais se encontra o direito fundamental social à saúde, que são compreendidos como liberdades públicas.

Portanto, embora consagrada no art. 6º, *caput*, da CF/88, são os arts. 196 a 200 que norteiam o direito fundamental social à saúde no Estado brasileiro, imputando ao poder público o dever de implementar ações e serviços para que a sociedade tenha acesso a remédios, internação, cirurgias, dentre outras medidas voltadas à prevenção e promoção à saúde.

Dada as suas características, o direito à saúde, enquanto direito fundamental social, está elencado no rol da seguridade social, ao lado da assistência social e da previdência social (TEMER *et al.*, 2018).

Resta claro, portanto, que na atual ordem constitucional, a saúde se encontra elenca no rol dos direitos sociais fundamentais e, para tanto, exige do Estado a atuação ativa para a sua implementação, ganhando relevo, nesse cenário, o SUS, objeto do próximo tópico.

3.3 DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Como dito alhures, o direito fundamental à saúde se encontra consagrado no art. 6º, *caput*, e arts. 196 a 200, todos da CF/88, sendo seguida da criação da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como “Lei Orgânica da Saúde”, a qual instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS). São, pois, importantes marcos para a conquista normativa deste direito.

Desta feita, para assegurar a efetivação do direito à saúde, o constituinte estabeleceu algumas diretrizes, a exemplo da descentralização, com direção única em cada ente federativo; o atendimento integral, priorizando as atividades de cunho preventivo, sem, contudo, abandonar os serviços de natureza assistencial; e, ainda, a participação da comunidade.

Portanto, a promulgação da Lei nº 8.080/1990, substituindo a Lei nº 6.229/1975, que dispunha sobre o Sistema Nacional de Saúde (SNS), o qual se mostrava insuficiente para atender as necessidades dos indivíduos, pois o Ministério da Saúde priorizava as campanhas de vacinação e o controle de endemias em detrimento dos demais serviços terapêuticos, é uma forma de se assegurar aos indivíduos o acesso à saúde (SÁ; BEZERRA; SILVA, 2022).

As finalidades e atribuições do SUS, grosso modo atinentes à fiscalização em diversas frentes e em participação em políticas públicas, estão dispostas no artigo 200 da Carta Magna⁹.

Portanto, não há como negar que a Lei nº 8.080/1990, que norteia, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, de forma permanente ou eventual, busca, como se extrai do seu preâmbulo do diploma legal em comento, através do SUS, a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes. Logo, com a instituição do SUS, ocorre uma verdadeira evolução em matéria de políticas públicas da área da saúde.

⁹ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Cuida-se o SUS de legítima política de Estado, e não de governo, que é (ou deveria ser) insuscetível aos interesses político-ideológicos, não podendo ser cooptada por determinado partido que estivesse no poder para fins casuísticos. Em outras palavras, trata-se de uma política pública contínua, prevista constitucionalmente dada a sua importância, pois a saúde adquire sinônimo de cidadania e, em última análise, de direito à vida.

Nesse ponto vale ressaltar que apesar de todos os entes federativos possuírem competência para legislar sobre a saúde, não significa que todos possam produzir normas conforme bem entenderem, o que certamente acarretaria a desorganização do sistema e a ineficiência do SUS, distanciando-se dos objetivos traçados pela Constituição. Logo, as normas devem ser editadas de forma a assegurar o equilíbrio e o bem-estar de todos, no âmbito nacional (SÁ; BEZERRA; SILVA, 2022).

Outrossim, como se extrai do art. 9º da Lei do SUS, a direção do sistema é única e é exercida pelo Ministério da Saúde, no âmbito da União; pelas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente, na seara estadual e do Distrito Federal; e, no âmbito dos Municípios, pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Há ainda, em cada esfera governamental, dois espaços para que a sociedade possa participar da gerência do SUS, democratizando a sua gestão. São eles as conferências de saúde e os conselhos de saúde, como forma de cumprir o determinado pelo art. 198, III, da CF/88. Esse modelo de gestão que garantiu a atuação popular rompeu com o modelo contributivo anterior, o qual era excludente e discriminatório, pois a participação popular.

Anote-se, ainda, que diversos são os princípios que alicerçam o SUS, tendo a função de informar o sistema, nortear os atos administrativos e traçar os parâmetros de atuação tanto para o agente público quanto para a população, permitindo o controle social das políticas públicas. E essa diversidade principiológica causa grande divergência doutrinária, sobretudo

pela falta de precisão legislativa sobre o tema, que muitas vezes confunde "princípio" com "diretrizes".

De acordo com Franco (2019), o SUS, por regular todas as ações e serviços de saúde, no território nacional, embora estas sejam prestadas de forma descentralizada, se norteia por princípios que não podem ser ignorados pelo gestor público, a exemplo da universalidade de acesso, integralidade do cuidado, autonomia das pessoas, igualdade de acesso, dentre outros.

Entretanto, da leitura dos arts. 196 e 198 da CF/88 é possível extrair os seguintes princípios implícitos: a) universalidade; b) unicidade; c) regionalização; d) hierarquização; e) igualdade. Não obstante, o art. 7º, da Lei nº 8.080/1990 elenca um rol mais amplo de princípios, como a preservação da autonomia das pessoas (inciso III), direito à informação (inciso IV), participação da comunidade (inciso VIII), conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos de todos os entes federados (incisos XI), dentre outros.

Sem a pretensão de esgotar a análise princípio lógica, em especial pela divergência entre o número apresentado na CF/88 e a Lei Orgânica da Saúde, cumpre destacar a importância do princípio da universalidade. Cuida-se do princípio mais importante que norteia a saúde pública, adquirindo especial relevância para com os objetivos ora propostos nesta obra. Sua base normativa pode ser extraída do art. 196, da Constituição vigente, constituindo-se a saúde num direito de todos e dever do estado, abrangendo inclusive os estrangeiros, sem qualquer discriminação.

Tem-se, ainda, o princípio da unicidade. O referido princípio obriga que os entes político-federativos atuem de forma harmônica no planejamento e execução das políticas públicas de saúde, prezando pela eficiência do sistema, que é uno. O mesmo princípio busca evitar que os diversos órgãos integrantes do SUS pratiquem condutas contraditórias

entre si, desperdiçando recursos e acarretando a ineficiência do sistema (SÁ; BEZERRA; SILVA, 2022).

Outrossim, é o SUS é norteado pelo princípio da igualdade. Consoante o previsto no art. 196 da CF/88, as ações da área da saúde, preventivas e curativas, devem ser prestadas de forma igualitária à sociedade. O princípio da igualdade objetiva, assim, saldar o déficit social oriundo de governos anteriores, garantindo não somente a igualdade formal entre os indivíduos, mas também material, como corolário da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, em que pese todo o arcabouço legislativo, há situações em que o interessado precisa socorrer-se do Poder Judiciário para ver satisfeito o seu direito à saúde, mormente quanto ao acesso à medicação. Significa dizer que as dificuldades e os óbices que são enfrentados diariamente pelos usuários do SUS revelam uma situação caótica, em que o descaso e a negligência dos entes públicos afetam diretamente a efetividade dos direitos sociais, em especial à saúde, levando ao fenômeno da judicialização, que é importante ao presente estudo, para melhor compreensão do comprometimento orçamentário dos municípios.

3.4 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A atuação do Poder Judiciário, por meio da judicialização, deve ser considerada um fenômeno pela estrutura do sistema de saúde e pelo contexto histórico da sociedade brasileira. De fato, a busca da assistência à saúde a partir de uma ação judicial deixa transparente a falha nos canais de participação e controle social da comunidade com o poder público.

Exatamente por isso a não consolidação do direito à saúde e o direito subjetivo do cidadão de cobrar do governo tem levado a uma crescente intervenção do Poder Judiciário nas últimas décadas, especialmente no

que se refere à demanda por medicamentos e procedimentos médicos mais complexos, a exemplo de cirurgias, próteses etc. (PEREIRA, 2010).

Cumpra esclarecer, contudo, que a judicialização resulta da ineficácia do Estado na prestação dos serviços sociais fundamentais, sendo ela justificada pelo princípio do acesso ao Poder Judiciário ou da inafastabilidade da jurisdição, princípio amplo que engloba o acesso à justiça formal e material.

E o autor, sobre o conceito de judicialização, este seria o instituto em que diversas questões de repercussão política e social passaram a ser analisadas pelo Poder Judiciário, em processo que ocorreu não por uma escolha do Poder Judiciário, mas porque este se viu praticamente “obrigado” a agir diante da inação dos demais poderes (SÁ; BEZERRA; SILVA, 2022).

O fenômeno da judicialização da saúde envolve diversos aspectos, entre princípios e valores constitucionais, como dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, isonomia, princípio da equidade, separação dos poderes, responsabilidade de cada ente federado e princípio federativo, universalidade e integralidade e o princípio da reserva do possível (VALLE; CAMARGO, 2010).

Quando se aborda a temática da prestação judicial, a assistência farmacêutica é a mais comum, o que evidencia a ineficiência da estrutura do SUS. Sobre essa premissa dissertam Gandini, Barione e Souza (2008), sobre o número elevado da demanda ter criado uma categoria jurídica própria de “judicialização da saúde”, com o direito de se valer do Poder Judiciário para executar essa obrigação ficando tão certo quanto o dever do Estado à prestação de atendimento médico e assistência farmacêutica, conforme assegurado pela Constituição Federal o assegura (artigo 5º, inciso XXXV); porém, nessa dinâmica de provocação da Administração por vias jurisdicionais a prestar indiscriminadamente, atendimento médico e assistência farmacêutica, os cofres públicos sofrem grande prejuízo,

comprometendo o funcionamento do Estado como um todo e não apenas da estrutura do SUS.

Desde a década de 1990, com pedidos de medicamentos antirretrovirais para o HIV/AIDS, a judicialização da saúde é um tema polêmico, que exige atenção tanto do Poder Judiciário como do ponto de vista político, considerando o suporte legal e normas infralegais, bem como as disposições constitucionais (DELDUQUE; MARQUES; ROMERO, 2009) já que tem sido uma via alternativa do cidadão ao acesso a medicamentos no SUS.

Delduque, Marques e Romero (2009) ressaltam que a saúde pode ser tutelada pela via judicial quando há o envolvimento de conflitos relacionados ao direito social em saúde, pois este se encontra ligado à elaboração de políticas e os serviços públicos de saúde. A incidência do direito nos campos fora dos domínios do sistema jurídico, atuando sobre o campo político, denomina-se judicialização da política de saúde.

O acesso limitado às ações e serviços de saúde, bem como as diferentes necessidades levam à busca pelo Judiciário, ocasionando o fenômeno da judicialização, fenômeno este conhecido como judicialização da saúde, tem ocorrido de forma considerável, em diversos tribunais (MARQUES, 2011).

Portanto, o fenômeno da judicialização da saúde expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais.

De fato, o Estado vem se mostrando, nos últimos anos, ineficiente quanto a efetivação do direito à saúde, o que, de certa forma, justifica o fenômeno da judicialização, embora não se possa conceber que esta atuação do Judiciário seja uma forma de ingerência no âmbito do Poder Legislativo, como se extrai da lição de Gandini, Barione e Souza (2008) que escrevem

sobre a impossibilidade de atuação do juiz como legislador positivo ser uma das justificativas usadas pelos tribunais superiores, para frear o avanço desse fenômeno da judicialização do direito à saúde

Destarte, essa atuação positiva, desde que criteriosa, representa real avanço em termos de efetivação dos direitos fundamentais. As questões que comportam maiores polêmicas, como, por exemplo, a responsabilidade dos entes federativos e a existência ou não de direito ao fornecimento de medicamentos ou procedimentos que não constam dos protocolos oficiais, inclusive os de alto custo, já estão sendo definidas, de forma mais harmônica, pela jurisprudência nacional, o que é essencial para a segurança jurídica e para a própria estabilidade do SUS, que se ressentida da grande discrepância entre os provimentos judiciais no Brasil (VALLE, 2011).

3.5 MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL E JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Sempre que se discute questões afetas à judicialização princípios como do mínimo existencial e da reserva do possível são invocados pelos defensores e contrários à imputação, pelo Poder Judiciário, de obrigações ao Estado, o que também ocorre em se tratando da judicialização da saúde.

Decerto, quando o Poder Judiciário determina que o Estado preste determinado serviço público, dada a ineficiência dos meios administrativos, nem sempre considera as previsões orçamentárias. Instaure-se, pois, um conflito, já que de um lado há o direito à prestação dos direitos sociais e, de outro, as limitações financeiras do Estado. Nesse sentido, o conflito entre o mínimo existencial dos cidadãos e o princípio da reserva do possível, alegado pelos órgãos públicos, desencadeou o ajuizamento de inúmeras ações judiciais visando à tutela do direito à saúde, cujos fundamentos principais são os dispositivos da Lei do SUS e o art. 196 da CF.

Fazza (2015) o conceitua como conteúdo mínimo essencial de um direito fundamental associado a demandas de primeira necessidade, as quais representa um núcleo permanente e intangível que não pode ser afetado e esvaziado. A autora ressalta ainda que o núcleo essencial do direito à saúde consiste na proteção e na preservação da vida humana.

O mínimo existencial pode ser descrito como as condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que exige prestações estatais positivas (TORRES, 2009), devendo ser incluídas garantias tais como a educação, a moradia, o lazer, a prestação médica entre outras.

É objetivamente mínimo por ser garantia de todos os homens, independentemente de qualquer condição subjetiva do sujeito como raça, ou condição social, e subjetivamente mínimo por tocar principalmente quem esteja abaixo da linha de pobreza.

O acesso ao mínimo existencial está relacionado diretamente à dignidade da pessoa humana pois trata-se de direito inerente a condição humana de viver não só com o ínfimo para sua sobrevivência, mas com condições satisfatórias a sua subsistência, está ancorada na ética e se fundamenta no exercício da liberdade, na ideia de felicidade, não é totalmente infensa à ideia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva.

Lopes (2013) afirma que é incontroverso que o mínimo existencial é um valor mínimo, e é crucial que ele possa ser determinado em função de um caso concreto. Ele pode estar fundado na dignidade da pessoa humana, ou em outro dispositivo legal, o valor mínimo pode estar inserido em um dispositivo legal, ou seja, o legislador pode inserir uma cláusula aberta ou o valor mínimo pode estar fixado expressamente na CF de 1988.

Ademais, a Constituição contém apenas menções que nos remetem a este princípio, como no art. 3º, III, em que se preceituam como objetivos

fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de algumas imunidades tributárias como o art. 153, § 4º.

Ainda, existem também emendas constitucionais promulgadas a partir da EC 14/96, e tem aparecido mais frequentemente nas declarações internacionais de direitos humanos (LOPES, 2013).

Dessa forma, percebe-se que o mínimo existencial é composto por uma dimensão negativa que impede o Estado de tributar o indivíduo de acordo com a situação econômica do deste e outra positiva que diz respeito aos serviços públicos prestados pelo Estado, ambas as dimensões ligadas à liberdade.

Torres (2009) ainda divide a aplicação do mínimo existencial em quatro status, em consonância com a teoria do status de Jellinek, citada anteriormente. O autor entende que a problemática do relacionamento entre o mínimo existencial e o Estado compreende: o *status negativus*, o *status positivus libertatis*, o *status ativus processualis*, mas exclui o *status positivus socialis*.

O *status negativus* nos direitos sociais, consiste nas imunidades tributárias, tais como a da cesta básica no que tange ao ICMS e ao IPI, moradia quanto ao IPTU, quanto a gratuidade ao acesso à justiça, imunidade para as instituições assistenciais etc. (TORRES, 2009).

Já o *status positivus libertatis* é garantido pela proteção positiva das liberdades através do serviço público específico e divisível, esse status gera pretensões a prestações positivas obrigatórias do Estado, independente da vontade da maioria. Deverão estas serem complementadas com prestações sociais sujeitas a reserva do possível que compõe o *status positivus socialis* (TORRES, 2009).

A título de exemplo o direito à moradia, no que concerne à indigentes e às pessoas sem teto, moradia é um direito fundamental, integrando-se

ao mínimo existencial e tornando obrigatória sua prestação, já o direito a melhoria de condições de moradia está ligada ao *status positivus socialis*.

O *status positivus socialis* constitui-se das prestações entregues pelo Estado para a proteção dos chamados direitos sociais que não geram prestações estatais gratuitas e obrigatórias, mas são importantes para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. Por esta razão esse status não está vinculado a problemática entre o mínimo existencial, pois está sujeito a reserva do possível.

O *status ativus processualis*, por sua vez, “[...] consiste de que o mínimo existencial, assim pelo seu aspecto negativo como pela necessidade da proteção positiva, precisa para se concretizar, do processo democrático” (TORRES, 2009, p. 278), seja do processo judicial, administrativo ou legislativo.

Desta feita, as parcelas ligadas ao mínimo existencial que integram o *status positivus libertatis* podem ser exigidas diretamente do Estado pois possuem previsão constitucional e legal a exemplo o direito a seguridade social, a educação, direito à moradia, alimentação, educação básica e direito a assistência jurídica. Os direitos não enquadrados no mínimo existencial pertencem a parcela do *status positivus socialis*.

Seguindo a doutrina de Robert Alexy (2014), o princípio democrático e a reserva do possível podem ser ponderados. Logo, o reconhecimento ao mínimo existencial sempre deve prevalecer quando em conflito com aqueles princípios. Esse é o ponto central deste estudo, como se verá no próximo capítulo, em que a jurisprudência se posiciona pela priorização do mínimo existencial.

É nesse ponto que Reis Júnior (2009), citando corrente doutrinária alemã, aduz que havendo recursos, mesmos escassos, o problema será conduzido à decisão do legislador. No entanto, existe a possibilidade de serem reconhecidos pelo Judiciário tais direitos a prestação, independente da atuação legislativa, quando estiverem diante de um padrão mínimo de prestações materiais.

Já com relação a necessidade de observância do princípio da reserva do possível, alegação esta comumente utilizada como tese defensiva pelo ente público, está relacionada diretamente com o orçamento público e diz respeito ao planejamento de recursos financeiros que cada ente dispõe para custeio, investimento e execução de ações para a saúde preventiva e curativa de toda a coletividade.

Existe o debate doutrinário sobre a reserva do possível configurar um princípio ou uma condição da realidade. Seria mais adequado nomeá-la como condição da realidade já que não corresponde a um mandato de otimização, apesar de poder ser sopesado pois até bens jurídicos podem ser sopesados. O que se pondera, na verdade, é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social".

A reserva do possível é uma condição da realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. Todavia, não se trata simplesmente afirmar que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só encontrarão efetividade quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas.

Portanto, aplicável a teoria externa dos direitos fundamentais à reserva do possível. Também pode atuar como garantidor dos direitos fundamentais, como por exemplo no caso de conflito de direitos, observando critérios de proporcionalidade, garantia do mínimo existencial de todos os direitos, e indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Não obstante, muitos outros argumentos são utilizados pelo Estado para o indeferimento dos tratamentos de saúde pleiteados judicialmente, conforme já mencionado anteriormente, de modo que o Poder Judiciário passou a ser acionado de forma demasiada e reiterada, para intervir, analisar,

ponderar e aplicar de forma direta e imediata os princípios e leis aplicáveis às demandas relacionadas à saúde.

Desse modo, em razão do caráter amplo e indeterminado da previsão constitucional "saúde é direito de todos e dever do estado" (art. 196, CF/88), torna-se inegável a judicialização da saúde, com a intervenção do Judiciário, a fim de efetivar preceitos constitucionais e fundamentais, tal qual a saúde pública.

Como dito, há quem critique a intervenção excessiva do Judiciário, alegando a ocorrência de ativismo judicial, isto é, intromissão e ingerência do Poder Judiciário nas escolhas dos demais poderes.

De acordo com Vale (2015), ativismo judicial é a atuação do Poder Judiciário mediante uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes.

No Brasil proliferam-se ações judiciais buscando a tutela de um direito individual, especificamente, a concessão de fármacos não previstos em lista oficial e também o fornecimento de medicamentos padronizados que deveriam ser concedidos gratuitamente, gerando uma despesa excessiva ao Poder Executivo.

Portanto, além de alterar o planejamento de uma política pública destinada à coletividade, o deferimento de uma ação individual coloca em conflito a vida de um único indivíduo e a vida de toda a comunidade, haja vista que tais decisões judiciais comprometem a coletividade e violam a prestação universal e isonômica aos cidadãos.

Assim, para garantir ao coletivo, através da prestação de recursos essenciais de sobrevivência digna, é um dos pilares dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana. Aliás, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil.

Nesse cenário, alguns direitos fundamentais merecem destaque quanto a sua função e importância na vida dos indivíduos e programas constitucionais de atuação dos poderes públicos a eles interligados. E, exemplo claro disso é o direito fundamental à saúde, haja vista a sua importância para uma vida com dignidade, pois representa muito mais que a ausência de doença, pois é a saúde que assegura o bem-estar físico e psíquico dos indivíduos, como já dito.

Por conseguinte, a necessidade de atuação estatal é evidente nesse cenário. Portanto, desenvolver políticas públicas, voltadas especificamente para a saúde, irá demonstrar o compromisso do Estado com essa missão que decorre do modelo adotado pelo constituinte, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

As políticas públicas são, em linhas gerais, opções políticas. Dessa forma, parece óbvio que o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em detalhes, a realização das despesas destinadas à prestação dos serviços e ao atendimento de seus fins, e que, considerando que a essencialidade está condicionada a inúmeros fatores, dentre eles, a situação histórica, geográfica e o momento político.

Contudo, há também a necessidade de se pensar medidas para que o federalismo fiscal não comprometa a atuação dos entes federados na prestação do direito à saúde. Contudo, a atuação positiva, desde que criteriosa, representa real avanço em termos de efetivação dos direitos fundamentais. As questões que comportam maiores polêmicas, como, por exemplo, a responsabilidade dos entes federativos e a existência ou não de direito ao fornecimento de medicamentos ou procedimentos que não constam dos protocolos oficiais, inclusive os de alto custo, já estão sendo definidas, de forma mais harmônica, pela jurisprudência nacional, o que é essencial para a segurança jurídica e para a própria estabilidade do SUS, que se resente da grande discrepância entre os provimentos judiciais no Brasil.

Percebe-se, portanto, que ante a inexistência ou insuficiência das políticas públicas voltadas à saúde, o Poder Judiciário vem atuando, de forma ativa, na efetivação deste importante direito social fundamental, com a determinação, por exemplo, de fornecimento de remédios, de realização de cirurgias, dentre outras formas de consagração da saúde. E, nesse cenário, a judicialização ganha relevo.

Contudo, a judicialização traz problemas para o Estado, principalmente de cunho orçamentário, sem ignorar as consequências sociais, sendo mister que o Poder Público efetivamente atue para a que sejam implementadas políticas públicas de saúde.

Outrossim, é possível verificar o posicionamento jurisprudencial no caminho da afirmação do Estado como condutor da prestação que envolve o Direito fundamental à saúde em uma nação constitucionalmente amparada, pois, o direito à saúde um direito fundamental social, não o compreende mais como apenas um direito individual, mas prestigia sua dimensão subjetiva pública, portanto, direito de todos. É, pois, imprescindível ao bem-estar coletivo.

Nesse cenário é que alguns defendem a utilização da extrafiscalidade para a efetivação o direito à saúde, como uma forma de mitigar o desequilíbrio na distribuição de receitas, como se passa a expor.

3.6 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA EFETIVAÇÃO ATRAVÉS DAS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS DE CARÁTER EXTRAFISCAL

A compreensão da extrafiscalidade ocorre pela via da exclusão. Uma vez que se compreende a ideia de fiscalidade, percebe-se que a ideia da extrafiscalidade gravita no seu espaço entrono. Isto é, e a fiscalidade se refere à forma como o Estado arrecada tributos para que, com isso,

se tenha recursos para realizar seus fins, a extrafiscalidade, por óbvio, corresponde a uma fórmula que ocupa um espaço alternativo a essa ideia.

Desta forma, toda vez que não estiver presente à prevalência arrecadatória, estaremos diante da extrafiscalidade. No entanto, é preciso aliar mais do que meramente à promoção da econômica e da circulação de riqueza para fins de se justificar o uso da extrafiscalidade.

Portanto, o uso da extrafiscalidade pode ser utilizado para induzir determinados comportamentos humanos, mas estes comportamentos que são objetos de indução através das normas tributárias devem também estar a favor da promoção dos demais direitos consagrados na constituição.

Veja-se um exemplo de efetivação para fins de garantia do direito fundamental à saúde é a cobrança de alíquotas diferenciadas a produtos nocivos à saúde do indivíduo, como o exemplo do fumo ou das bebidas açucaradas, noção posta no exercício do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)¹⁰.

Tal comportamento irá trazer um desencorajamento para os consumidores de tabaco, o que por sua vez irá refletir em uma diminuição nas doenças decorrentes do uso do cigarro. E com isso, por óbvio, também haverá uma diminuição nos casos com a saúde pública decorrente de tais enfermidades.

Não é que a extrafiscalidade não possa ser utilizada para fins de fomentar determinado setor econômico, ela pode, e deve ser utilizada nesse sentido, não se pretende que ocorra o sacrifício dos princípios constitucionais também consagrados como a busca do desenvolvimento econômico e social, a livre iniciativa e a livre concorrência.

¹⁰ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre [...]IV - produtos industrializados; [...]§ 3º O imposto previsto no inciso IV: I - será seletivo, em função da essencialidade do produto.

Destarte, o que não pode ocorrer é a potencialização no uso da atividade tributária de caráter extrafiscal na promoção dos direitos fundamentais, em especial no que tange o direito à saúde, em todos os seus vieses.

Partindo da perspectiva de que o Sistema Tributário deve servir como instrumento para concretização dos direitos fundamentais, não apenas aqueles tributos que devem constitucionalmente ser arrecadados para o emprego na seara da saúde, o que lamentavelmente, na prática, nem sempre acontece, tendo o fruto da arrecadação destinos diversos, mas também através das normas tributárias de caráter indutoras, para garantir o máximo de eficácia aos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana, é que defendemos que as normas tributárias não podem, ainda que indiretamente, fomentar comportamentos que sejam contrários à promoção da saúde.

Sendo assim, diante de eventual colisão de interesse entre a norma tributária de caráter indutora que promove o fomento econômico e a circulação de riquezas, mas que atinge, ainda que de forma reflexa, o direito à saúde, haja vista o conteúdo valorativo da dignidade da pessoa humana, cuja saúde é parte integrante, tal norma seria desprovida de validade.

A proposição pretendida é de que as autoridades legislativas não percam este norte, de que para que uma norma tributária indutora tenha validade, ela não pode atingir o direito fundamental a saúde, e mais, sempre que possível, ela deve induzir a comportamentos que promovam a saúde.

O que sem dúvidas acaba por exigir um maior cuidado quando da elaboração de tais normas, que nunca devem surgir desacompanhadas de estudos técnicos dos impactos que irá causar nas mais diversas searas, entre elas, e, principalmente, na saúde. Contudo, até que se implementem políticas de caráter extrafiscal, é necessário averiguar como podem ser mitigados os problemas decorrentes da solidariedade em matéria de saúde e o consequente comprometimento dos municípios no que tange o orçamento público.

3.7 SOLIDARIEDADE DOS ENTES E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO MUNICIPAL: PAPEL DO JUDICIÁRIO E LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

Inicialmente cumpre ressaltar que os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, se apresentam ora como prestações positivas, ora como direitos de defesa, também denominados pela doutrina de negativos, sendo que as duas dimensões exigem o emprego de recursos públicos para a sua efetivação, ou seja, são os direitos sociais que representam a dimensão prestacional dos direitos sociais, sendo este o principal argumento contrário a judicialização, pois o Poder Judiciário estaria intervindo em algo sem conhecer a realidade acerca dos recursos financeiros.

Isso se deve porque a dependência de recursos financeiros para a concretização dos direitos sociais é questão afeta aos Poder Executivo, a quem cabe formular as políticas públicas para tornar os direitos sociais consagrados na Constituição em direitos exigíveis.

Um dos problemas de efetividade nos direitos sociais é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público, e isso faz com que a população brasileira conviva com essas frustrações por falta de uma formulação transparente e manutenção eficiente de políticas públicas.

É sabido que uma das funções essenciais constitucionais do Estado é a promoção do bem comum. A atuação dos entes governamentais implica, para Pasold (1984, p. 56-57), em ações que o Estado execute, valorizando e envolvendo o seu sujeito, atendendo ao seu objeto e realizando os seus objetivos, sempre com a prevalência do social e privilegiando.

A Constituição da República de 1988 consagrou expressamente no art. 2º que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A separação dos Poderes é um mecanismo clássico de organização e limitação do poder político, e consiste em impedir que todas as funções sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Isto produz um sistema de freios e contrapesos e permite que o 'poder controle o próprio poder' – ou seja, gera a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco.

Este modelo que distinguiu as três funções estatais (legislação, execução e jurisdição) foi proposto na teoria de "Tripartição de Poderes" proposta por Montesquieu.

Acerca do critério formal das funções estatais, Sarai (2011) explica que função legislativa é a função que o Estado exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas que se fundam direta e imediatamente na Constituição; função jurisdicional é a função que o Estado exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de 'coisa julgada' e; função administrativa é a função que o Estado exerce mediante comportamento infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais.

Cumprir destacar o Ministério Público e o Tribunal de Contas que não fazem parte da trilogia clássica, mas hodiernamente desempenham fundamental papel no processo democrático, na defesa e controle contra abuso e desmandos da organização estatal.

Com o aumento da complexidade nas funções desempenhadas pelo Estado, Carvalho (2014) menciona que é possível chegar-se a uma nova noção da divisão de poderes, baseada na colaboração e de cooperação dos deveres inscritos na Constituição e na legislação infraconstitucional com terceiros na implementação de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão (isto é, os Direitos Sociais).

Percebe-se que a concepção clássica de Montesquieu serve hoje como um modelo estanque de atuação dos poderes do Estado uma vez que houve um

aumento na complexidade da atuação do Estado Democrático de Direito que deu nova dinâmica na articulação (inclusive com a incorporação de outros poderes) no sentido de cumprir e garantir o que foi estabelecido constitucionalmente.

Nesse cenário, a intervenção do Judiciário, diante da inércia do Estado para a concretização das políticas públicas de natureza social, ou seja, voltadas à efetivação dos direitos sociais, violaria, como já apontado alhures, o princípio da separação dos poderes, pois estaria o Judiciário adentrando na esfera orçamentária do Estado.

Contudo, deve-se levar em conta a imprescindibilidade do exercício dos direitos sociais para uma vida digna, o que ganha relevância se reconhecida a omissão do Estado na concretização dos direitos sociais.

Não significa defender que seja o Estado compelido a agir independentemente de recursos financeiros para tanto. O que se espera é que o Estado, na concretização dos direitos sociais, o faça de modo a assegurar o exercício dos direitos e garantias fundamentais pelos cidadãos, o que afastaria a necessidade de intervenção do Judiciário, fato este que, indubitavelmente, é sim capaz de causar desequilíbrio nas finanças estatais.

Élida Graziane Pinto (2019), ao dissertar sobre escassez de recursos financeiros e a implementação das políticas públicas, vê na insuficiência de recursos que satisfaçam todas as necessidades uma necessidade de escolhas alocativas, que devem seguir critérios de justiça distributiva, invariavelmente passando por "escolhas trágicas" pautadas por diretrizes de macrojustiça.

É nesse contexto que argumenta-se que o Judiciário, a quem cabe a concretização da justiça no caso concreto, quando chamado a apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito, não teria meios de determinar uma prestação de direito social por parte do Estado, pois poderia comprometer recursos públicos, privilegiando aquele que buscou a prestação jurisdicional em

detrimento de outros que seriam alcançados pelas políticas gerais, voltadas à concretização de direitos sociais.

Lado outro, encontram-se os defensores da necessidade da judicialização sempre que o Estado for omissivo na concretização dos direitos sociais, pois tais direitos são assegurados constitucionalmente, sem os quais não há o que se falar em dignidade da pessoa humana. “Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial” (PINTO, 2019).

Isso trouxe ao quadro no qual o Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, no entanto, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias (PINTO, 2019).

Não há dúvidas de que a judicialização das relações sociais é problemática, pois de um lado há aqueles que defendem a afronta ao princípio da separação dos poderes, enquanto outros entendem ser a forma de solucionar o problema resultante da inércia do poder público no tocante às políticas sociais.

Fato é que, na atualidade, e em decorrência da maior conscientização dos cidadãos, que teve o seu auge com o advento da Constituição da República de 1988, e levando-se ainda em consideração o direito fundamental ao acesso à justiça, não há como afastar da apreciação do Poder Judiciário as questões afetas aos direitos sociais. Ou seja, o Judiciário passa a exercer importante papel na consagração dos direitos sociais.

Nesse cenário o que se percebe é um deslocamento das questões sociais para as denominadas teorias do direito, pois se não há a efetivação

dos direitos sociais pelo poder público, cabe ao Judiciário apresentar respostas concretas aos problemas que lhe são levados à apreciação.

Porém, e como já dito, não há como pensar em efetivação de direitos sociais sem a preocupação com o orçamento público, principalmente quando se trata da judicialização, pois a ingerência do Judiciário no âmbito de atuação de outros Poderes precisa considerar a reserva do possível.

De fato, elementos tradicionais como saúde, educação, por exemplo, compõem os elementos tradicionais em políticas públicas. Cada dia surgem novos programas de assistência ao estudante, ao velho, ao índio, à criança, à mulher, ao deficiente, ao doente, ao prisioneiro, às cidades. Esses programas tornam-se cada vez mais detalhados.

E isto exige uma atuação ativa por parte do Estado, muito embora este enfrente problemas para a efetivação dos direitos sociais, como disserta Moura (2006) a atual situação brasileira não permite uma rápida concretização célere da totalidade dos direitos, por fatores que passam desde o tamanho continental do Estado brasileiro, aliado às profundas desigualdades socioeconômicas e ausência de recursos financeiros.

Entende Celina Souza (2006) que políticas públicas constituem um conjunto de objetivos, decisões e ações que leva a cabo um governo para solucionar os problemas que, em determinado momento histórico, os cidadãos e o próprio governo consideram prioritários. São estratégias intencionais, dirigidas a objetivos que se deve alcançar, fazendo convergir uma visão e uma ação de longo prazo, mas com efeitos também em curto e médio prazos.

Ora, se as políticas públicas são uma forma de intervenção do Estado, e que remetem ao Estado do Bem-estar, que teve seu ápice na década de 50, e por isso são caracterizadas pelo intervencionismo estatal, e que buscam explicar e orientar o processo político-social.

Acontece que essa atuação estatal, por meio de políticas públicas, demanda a alocação de recursos, o que se agrava no Brasil por força das diferenças regionais. Neste cenário, caberia ao Executivo a elaboração de proposta orçamentária que levasse em consideração a necessidade de se adequar as políticas públicas às diversas realidades brasileiras, bastando confrontar os problemas vivenciados pelos brasileiros que moram na região sudeste e aqueles que vivem no nordeste e norte do país.

Logo, a articulação das políticas públicas pelos entes governamentais põe em questão o papel do Poder Judiciário quanto à possibilidade de o cidadão agir em juízo em face do Estado para fins de concretização dos direitos sociais.

É importante destacar que quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental: a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos.

E, quando não efetiva essa atuação, como já exposto alhures, é que ganha relevância a judicialização. Em outras palavras pode-se dizer que somente se faz necessária a ingerência do Poder Judiciário pela inércia do Estado na implementação de políticas públicas eficazes.

Neste ponto é mister frisar que considerando a necessidade de evolução do planejamento estratégico em vista da crescente demanda por prestações sociais em face do Estado, se criaram instrumentos de controle e de programação.

As principais ferramentas do planejamento estratégico são as leis orçamentárias, ou seja, através de leis orçamentárias os recursos públicos são adequados de acordo com a política pública a sociedade.

É sabido que as leis orçamentárias são feitas por períodos de vigência quadrienal e anual, no caso brasileiro, ou seja, uma lei decorre da outra com relação

às metas traçadas, não se podem incluir em lei posterior gastos sem previsão (em planos previamente estabelecidos). Como lei orçamentária destaca-se o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Destarte, as políticas públicas estão norteadas pelas leis orçamentárias que visam estabelecer a programação das ações, objetivos e metas firmadas pelo governo. Portanto, objetivamente, orçamento relaciona-se com a possibilidade de controle do gasto público e, na relação Estado e Sociedade, é um mecanismo pelo qual pelo menos em tese, os cidadãos podem limitar e controlar a ação dos governantes (SOUZA, 2006).

Não há como negar a importância da administração pública na implementação das políticas de maneira a utilizar atos de gestão com a devida competência, respeitando as normas constitucionais em busca da defesa dos direitos de liberdade e pela implementação dos direitos sociais e, por conseguinte, na efetivação dos direitos sociais.

Não se pode ignorar, contudo, que o Estado exerce uma atividade complexa no tocante a gestão dos recursos financeiros, não raras vezes escassos, tendo então que eleger prioridades, ou seja, buscar a maximização de resultados.

Anote-se que a maior parte dos recursos necessários para garantir as políticas públicas, advém da arrecadação de impostos, cabendo ao Legislador fazer as escolhas comporão o orçamento a serem destinadas às políticas públicas, ou seja, a eleição de prioridades.

Desse modo, as escolhas das prioridades do que se priorizar envolve políticas públicas. Essas escolhas envolvem diversas circunstâncias econômicas, políticas e sociais, além da dificuldade em se obter recursos necessários para atender à crescente demanda social.

Em meio a esse cenário cumpre ressaltar que inúmeras questões referentes à saúde, direito social fundamental que recebe do Estado especial

atenção desde o advento da CF de 1988, já chegaram à apreciação do Poder Judiciário, a exemplo do fornecimento de fármacos não constantes na lista oficial do Ministério da Saúde, da obrigatoriedade do Estado em assegurar tratamentos não aprovados pelos órgãos oficiais e, também, a solidariedade dos entes federados. É exatamente esta temática que interessa, em especial, ao presente estudo, pois está intrinsecamente relacionada à obrigação estatal de prestar o serviço à saúde aos administrados e as dificuldades enfrentadas pelos municípios para atender a este mister.

3.7.1 A Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a solidariedade dos entes federados: Tema 793

A primeira questão a se ressaltar nesse ponto é que a noção de justiça está pautada na concepção da ética e com os referenciais centrais no campo das ideias dispostos por pensadores como Sócrates, Platão e Aristóteles. Esse último, por exemplo, contribuiu de forma essencial na disposição social da justiça, principalmente com a consideração de que se deve distribuir a cada um o que lhe é devido (NEMETCHEK, 2019).

Logo, a justiça figura como elemento que norteia a distribuição de bens comuns de forma proporcional, associando-se, ainda, com a noção de igualdade.

Não é demais ressaltar, ainda, que a vida em comunidade depende da existência de uma perspectiva de bem comum, ainda que no campo político incidam múltiplos conflitos acerca do que é o bem comum e como concretizá-lo. Ocorre que a discussão sobre o bem comum envolve também a questão da realização da justiça.

Assim, destaca-se que o campo da justiça distributiva, que integra a tarefa de distribuição de bens dentro da sociedade, considera a ação justa

mediante a prática equitativa, corrigindo as possíveis falhas de efetivação de direitos que sejam observadas na comunidade.

Nesse viés, a noção de ética, desde as disposições clássicas do pensamento ocidental, deve nortear também a noção de justiça. E o conceito de ética se refere ao ideal grego de caráter ou disposição, diz respeito aos aspectos do caráter dos sujeitos, a disposição de um comportamento moral no qual é possível o desenvolvimento das virtudes.

Desta feita, por ético abarca-se tudo o que se desdobra em um bem para os sujeitos e a sociedade. Em vista dessas considerações, observa-se de que modo é possível realizar a análise do Tema 793, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF ainda no ano de 2015, à luz da justiça distributiva.

Não é demais reforçar que o Tema 793 do STF reconhece a legitimidade passiva do Estado nas demandas de saúde pública. Entende-se a questão da responsabilidade solidária entre os entes federados – Municípios, Estado e Distrito Federal e União, quanto à prestação no campo da saúde, por força do art. 198 da CF de 1988 e do art. 15 da Lei nº 8.080/1990 – Lei Orgânica da Saúde.

Buscando explicar melhor o que vem a ser a solidariedade quando se trata da efetivação de direitos sociais, mormente a fundamentação constitucional e legal, Amaral (2019) escreve sobre o tema, colocando que o art. 198 da Constituição fala em uma rede regionalizada e hierarquizada que deve garantir a integralidade de cuidado – entendendo-se integralidade como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema –, com prioridade às atividades preventivas.

A integralidade, portanto, deve ser garantida por todos os entes da federação (vide art. 7º., II da Lei 8.080/90). É um sistema que pressupõe uma rede de serviços de saúde que vão da baixa complexidade tecnológica à alta

complexidade e elevados custos distribuídos regionalmente e, além disso, com dependência interfederativa (AMARAL, 2019).

Todavia, tem-se a percepção de que os entes da federação não possuem a mesma capacidade financeira para responder às demandas de recursos de seus cidadãos. Assim, é necessário, desde a efetivação de uma justiça distributiva, atribuir ao ente federado adequado o dever de cumprimento da obrigação em face judicial. Significa dizer que é preciso, no caso em concreto, aferir qual dos entes federados maiores recursos possui para atender a determinada demanda, o que somente pode ser feito pelo Judiciário na análise das ações que buscam a efetivação do direito à saúde.

Nesse sentido, colaciona-se decisão proferida pela mais alta Corte sobre a questão, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. (BRASIL, 2020, s.p.).

De fato, e como já dito alhures, é entendimento da mais alta Corte que a responsabilidade dos entes federados é solidária em se tratando do

direito à saúde. Logo, e em tese, qualquer dos entes – Municípios, Estados e Distrito Federal e União, pode ser compelido, no caso concreto, a cumprir determinada decisão judicial.¹¹

Basta imaginar uma decisão que determine o fornecimento de dado fármaco. Sendo condenados solidariamente os entes federados, a parte pode exigir, caso não cumprida voluntariamente a decisão judicial, da União, do Estado–membro ou do Município a entrega do medicamento, ou mesmo buscar o cumprimento da sentença em face de todos.

Em meio a esse cenário, e de acordo com Nogueira (2019), o Tema 793 reforça a responsabilidade solidária dos entes federados ante o dever de prestação de assistência no campo da saúde. As proposições desse tema reverberam na questão da legitimidade passiva e na esfera das

¹¹ Nesse sentido: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178/SE**, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, publ. 16 mar. 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-855178-se>. Acesso em: 22 maio 2022).

No mesmo sentido: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF. TEMA 793 DA REPERCUSSÃO GERAL. PARTE FINAL. REGRAS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. INCLUSÃO DA UNIÃO NA LIDE. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 16.3.2015 (Tema 793), reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia constitucional referente à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e reafirmou a jurisprudência pertinente ao tema. 2. No julgamento dos embargos de declaração, ocorrido em 23.05.2019, no citado RE 855.178-RG, de que fui redator para o acórdão, DJe 16.04.2020, esta Corte fixou a seguinte tese: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”. 3. Observância pela instância de origem da parte final do Tema 793 da repercussão geral. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Inaplicável o art. 85 § 11, do CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1298325/PR**, Relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, publ. 11 jun. 2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230223735/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-1298325-pr-0034422-8220208160000>. Acesso em: 22 maio 2022).

competências administrativas e financeiras conformadas no escopo do SUS que, de forma ampla, consagra a descentralização com base exatamente na responsabilização solidária.

A esse respeito lecionam Bernardi e Cardoso (2021), que sobre a discussão no âmbito da mais alta Corte enfatizam sobre a questão da solidariedade ter voltado a debate no STF, no ano de 2019, com o julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178 (Tema 793) (BERNARDI; CARDOSO, 2021).

Na ocasião, o redator do acórdão, Min. Edson Fachin, propôs a “instrumentalização eficaz da solidariedade em matéria de saúde”, isto é, muito embora a responsabilidade dos entes seja solidária, a parte autora deverá direcionar a demanda ao ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação, de acordo com a hierarquização do SUS, ou, não sendo o tratamento, medicamento e procedimento incluído nas políticas públicas, a União deverá necessariamente integrar o polo passivo (BERNARDI; CARDOSO, 2021).

Nos casos em que a parte não direcionar a demanda ao ente correto, o magistrado deverá, de ofício, incluir o ente competente no polo passivo, ainda que isso signifique deslocamento de competência (BERNARDI; CARDOSO, 2021).

Dessa forma, a importância do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 está na disposição do polo passivo, desde o viés da solidariedade, considerando as competências administrativas dos entes federativos, até a possível mitigação da solidariedade preconizada.

A relevância da discussão é inegável pois, como leciona Nogueira (2019) a situação de seguir com a demanda, na aferição da condenação errônea do ente público para a entrega do medicamento, de uma terapia ou tecnologia, implica em graves efeitos ao SUS e a comunidade social em vista da desorganização do sistema. A resolução de problemáticas

atinentes à competência da entrega de medicamentos e tratamentos de saúde judicialmente envolve a identificação do demandado considerando o impacto financeiro da demanda.

De fato, quando o Judiciário determina que o Município, por exemplo, forneça determinado medicamento, pode comprometer toda a questão orçamentária, principalmente porque a judicialização envolve, via de regra, fármacos de alto custo, não constantes da lista oficial do Ministério da Saúde. Portanto, ao condenar um ente federado a fornecer determinado fármaco a um indivíduo, compromete-se a efetivação do direito à saúde de um incontável número de pessoas, não raras vezes de toda a coletividade em virtude dos poucos recursos de alguns Municípios.

A questão, portanto, é o principal fundamento da discussão no âmbito da mais alta Corte, que busca restabelecer o equilíbrio fiscal, como bem leciona Leite (2019), que em um cenário de estados-membros em crises financeiras, revela-se um contrassenso que os entes estaduais se tornem os principais responsáveis pelo financiamento e fornecimento de tratamentos de alto custo ou de tecnologias que não tenham sido incorporadas ao SUS pelo Ministério da Saúde, pior ainda fica na presunção de que a União assume parcela ínfima dessas obrigações.

A pressão crítica sobre os recursos financeiros dos estados e a justiça envolvida no restabelecimento de um equilíbrio financeiro entre os membros da Federação em relação à judicialização requer urgência no endereçamento da questão (LEITE, 2019).

Desta feita, o Tema 793, em discussão no STF, reconhece a responsabilidade solidária dos entes da Federação, assim como aponta o ressarcimento daquele que suportou o ônus financeiro de acordo com as normas de repartição de competências em vigor. Tais questões se relacionam com problemáticas atinentes à judicialização da saúde, como, por exemplo, saber qual ente federado é de fato o responsável pelo fornecimento de um

medicamento ou tratamento específico, o que envolve pensar também o fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS, o fornecimento de fármacos que não possuem registro na ANVISA, a utilização “off label” de medicamentos e o fornecimento de remédios de custo elevado, como pontuam Carvalho Filho e Leão (2019).

Por isso Leite (2019) assevera que a tese fixada pelo STF corrobora para o reconhecimento da solidariedade em se tratando do direito à saúde mas, principalmente, da necessidade de se restabelecer o equilíbrio financeiro, ao determinar que o julgador deve ordenar o ressarcimento ao ente que, não possuindo atribuição jurídico-administrativa, proporciona o financiamento de determinado tratamento médico e/ou hospitalar.

Portanto, e considerando a situação hipotética acima mencionado, o que discute o STF é se eventual condenação de um Município ao fornecimento de um medicamento de alto custo autoriza o ressarcimento, pelo Estado e/ou União, dos valores destinados ao cumprimento de uma decisão judicial, de forma a mitigar os danos à coletividade.

Não obstante, e de acordo com Morozowski (2020) a noção de que todos os entes federados seriam responsáveis pelos custos ignora as normas que estruturam o SUS e desconsidera as distinções orçamentárias entre os Municípios, Estados/Distrito Federal e União. Significa dizer, por exemplo, que um município pequeno, à luz dos critérios da justiça distributiva, não deve possuir a obrigação, mesmo que solidária, de fornecimento das mesmas tecnologias em quantidade e qualidade como é possível a União.

E sobre a importância da tese fixada no âmbito da mais alta Corte, Leite (2019) disserta que a conclusão do julgamento do aludido RE, com o estabelecimento da tese do Tema 793, ao mesmo tempo em que reafirma a solidariedade, também a equilibra, ao possibilitar o redirecionamento da obrigação e o ressarcimento do ônus financeiro, sendo possível falar em uma solidariedade mitigada, dividida em camadas (LEITE, 2019).

A tese restaura a importância da organização descentralizada do SUS, em que há distribuição de competências entre os entes federados (municípios, estados e União) estabelecida em atos normativos, possibilitando o realinhamento das decisões judiciais com o sistema de saúde público e como ele reparte administrativamente as atribuições relacionadas ao custeio e fornecimento de serviços e tratamentos em saúde (LEITE, 2019).

Outrossim, é preciso reconhecer que o Brasil, em sua dimensão continental, possui realidades diversas, sendo que há Municípios ricos, com muitos recursos para investimentos em políticas públicas de saúde, ao passo que outros sequer possuem renda para efetivamente assegurar a prestação de direitos fundamentais sociais, dependendo de recursos repassados pelos demais entes federados. Logo, é de suma relevância considerar, na análise do caso concreto, os aportes orçamentários do ente federado.

Dando seguimento, e acerca do alcance orçamentário dos entes da federação, considerando o enfoque da arrecadação, destaca-se:

A Constituição Federal estabelece a responsabilidade de cada ente público pela instituição e arrecadação dos tributos indicados em seu texto. A Carta Política também dispõe sobre a repartição do produto arrecadado. A entrega de recurso de um ente para outro é conhecida como transferência constitucional por repartição de receita. Essas transferências de recursos acontecem do maior em favor do menor. Assim, a União deve repassar recursos para os estados, o DF e os municípios; e os estados devem dividir a receita de tributos com seus próprios municípios. Em muitos casos, tais transferências são a principal fonte de receita dos governos, principalmente em municípios pequenos. Além da Constituição, também existem leis que instituem transferências obrigatórias entre os entes federados. É o caso das transferências realizadas pelo Fundo Nacional de Saúde (transferências do Sistema Único de Saúde – SUS); pelo Fundo Nacional de Assistência Social (transferências da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS); pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (salário-educação, Programa Dinheiro Direto na Escola, programa da merenda escolar), etc. Além das transferências obrigatórias, muitas vezes os entes públicos fazem acordos para repasses de mais recursos, com o objetivo de desenvolver ações de interesse comum. Nesse caso, temos as chamadas transferências voluntárias, que são formalizadas normalmente por meio de convênios (CONOF, 2016, s.p.).

De fato, as ações no campo da saúde implicam, de forma solidária, os entes da federação e, com isso, os indivíduos ingressam com demandas contra qualquer um dos entes federados, inclusive elegendo aquele que menos apresenta resistência à efetivação das decisões judiciais. Por isso, e como leciona Morozowski (2020), era comum que as partes elessem, via de regra, os Estados e Municípios como parte ré nas ações que buscavam a prestação do direito à saúde, considerando que a União, de forma reiterada, descumpria as ordens judiciais.

Logo, o polo passivo era eleito com base na maior possibilidade de cumprimento da decisão judicial, recaindo sobre os Municípios e Estados-membros, na grande maioria dos casos, as ações judiciais cujo objeto é a saúde pública, ainda que os recursos orçamentários da União sejam inegavelmente maiores.

Não se pode ignorar, ainda, que a judicialização da saúde é responsável por compreender o orçamento dos entes estatais, gerando maiores consequências no âmbito dos Estados-membros e Municípios.

Os Estados acabam sendo prejudicados, assumindo ônus patrimonial pelo cumprimento das decisões e sendo impedidos de efetivar o pleno ressarcimento perante a União. Porém, a repercussão geral do RE sinaliza a mudança desse cenário com a tese de que os entes da federação, embora sejam solidariamente responsáveis nas demandas de saúde, diante dos parâmetros constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (LEITE, 2019).

A partir de agora, os profissionais do direito, mormente os magistrados, devem focar na organização do SUS e à divisão de competências e recursos entre os entes federativos no sistema. Diante da fixação dessa tese, altera-se substancialmente a dinâmica de efetivação das prestações de saúde de

responsabilidade da União decorrentes de decisões judiciais, vislumbrando-se a ocorrência de duas situações possíveis envolvendo o ente estadual (LEITE, 2019).

Em meio a esse cenário é que alguns Ministros do STF pontuam que a União Federal deve estar no polo passivo da demanda quando se trata de pleito de tecnologia inexistente no SUS, por exemplo, visto que este ente federado detém a competência para incorporar tecnologia na esfera da saúde, de acordo com o art. 19-Q, da Lei nº 8.080/1990.

Segundo Nogueira (2019), os contrastes argumentativos entre o Ministro Edson Fachin, que trata da integração de outros réus de forma conjunta com a União Federal, e o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso, acerca da competência exclusiva da União, buscam a efetivação da saúde no campo fático da vida. Assim, entende-se que a decisão de qual ente deve seguir no polo passivo, conforme as disposições da justiça distributiva, deve considerar em qual dos componentes da assistência farmacêutica (CEAB, CESAF ou CEAF) se encontra a medicação; verificar aquele ente que detém a política pública; dispor a doença que se quer tratar; averiguar a etapa de atenção à saúde (primário, secundário ou terciário); auferir os efeitos financeiros e a complexidade da demanda; e, ainda, analisar o ente que financia a medicação. São questões, portanto, que devem ser analisadas pelo julgador no caso concreto, para identificar se os entes respondem solidariamente ou se apenas a União tem a obrigação de suportar a condenação judicial.

Portanto, existe uma análise ética acerca da realização da justiça sanitária em panoramas de escassez e desigualdade. Assim, é crucial que ocorra uma repartição equitativa de serviços sanitários e das responsabilidades em sua efetivação. Significa dizer, portanto, que a distribuição dos recursos na comunidade social e política deve se dar mediante as premissas da justiça distributiva, conforme as proposições de Rawls (RECHMANN; MAGALHAES, 2020).

Outrossim, os debates coletivos acerca das estruturas de acesso e efetivação à saúde, assim como das políticas sanitárias devem envolver os princípios da justiça e da equidade, como na medida de tratamento desigual aos desiguais conforme a sua desigualdade, além de priorizar a distribuição de recursos para populações mais vulneráveis, na maximização de benefícios conforme a ótica utilitarista de ofertar um maior bem ao maior número de pessoas (RECHMANN; MAGALHAES, 2020).

Contudo, Amaral (2021) defende que o magistrado não pode, na leitura do Tema 793 do STF, direcionar o cumprimento da sentença e apontar a ocorrência de ressarcimento para aquele ente federado que suportou o encargo financeiro direcionado a um ente público não citado no processo judicial, ou seja, não determinado pelo demandante no bojo do processo, pois entendimento em sentido contrário vai de encontro às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Desta feita, para o supracitado autor, se a União não figurou no polo passivo do processo de conhecimento, por exemplo, não pode suportar eventual cumprimento de sentença por ter maiores recursos que o Município condenado a fornecer determinado remédio ou assegurar dado tratamento ao demandante, nem mesmo pode ser a União compelida a ressarcir o Município dos gastos suportados.

Por conseguinte, a possibilidade de redirecionamento está adstrita ao cumprimento das normas de competência, dentro do que for citado no processo, ou seja, considerando os entes públicos que forem demandados conjuntamente em vista da solidariedade constitucional disposta no art. 196 e no Tema 793 em comento, permitindo efetivar os critérios constitucionais de descentralização e hierarquização.

Nesse sentido são as lições de Nogueira (2019), segundo o qual se a permanência de outros réus no polo passivo, como forma de garantir em eventual inadimplemento do devedor principal, reafirma a solidariedade

e protege o cidadão, também mantém os custos altos e desnecessários, vindos da participação de mais réus do que devedores efetivos da prestação.

Colocar os três entes no polo passivo é custoso e ineficiente, fazendo começar um processo moroso e incerto para quem precisa ser atendido. Resta a questão de como diminuir os custos da judicialização advindos da solidariedade sem prejuízo ao paciente, à luz da tese fixada, sendo a resposta parte de outro instituto. As penalidades e condenação em honorários, que encarecem sobremaneira o processo, devem ser aplicadas somente contra o devedor principal, aquele a quem o juiz direcionou o cumprimento da obrigação e se ficou inerte. Somente ele deve ser o responsável pelo pagamento de multas, sequestros, bloqueios judiciais e honorários advocatícios, pois foi quem deu causa à demanda por se omitir ou não cumprir com suas competências administrativas ou com a ordem judicial (NOGUEIRA, 2019).

As ponderações do autor supracitado são relevantes e evidenciam a complexidade do tema, pois acionar judicialmente todos os entes federados é uma forma de assegurar sucesso no cumprimento da decisão judicial quando se busca a efetivação do direito à saúde. Porém, aumentam os custos e comprometem a efetividade, pois fazer constar no polo passivo Município, Estado/Distrito Federal e União é mais custoso não apenas para o demandante, mas para toda a sociedade. Basta imaginar os recursos e esforços envidados para a defesa de todos em um processo judicial.

Outrossim, basta imaginar inúmeros bloqueios judiciais para o cumprimento de uma decisão judicial, que recaia sobre os três entes da federação. São apenas exemplos, que demonstram o lado ruim da solidariedade passiva e da judicialização da saúde. Logo, há de se pensar em um litisconsórcio passivo considerando os inúmeros fatores que decorrem da questão.

Não destoaria desse entendimento as lições de Carvalho Filho e Leão (2019), os quais reforçam que a tutela dos direitos fundamentais deve

ocorrer com base no princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando a saúde na forma de um direito universal.

Desta feita, observa-se a expansão dos desafios que englobam as dinâmicas entre o Estado, a comunidade social e o Judiciário nas esferas de efetivação do direito à saúde. Assim, e com base na interpretação aludida nesta investigação acerca do Tema 793 do STF, entende-se ser possível diminuir tais desafios a partir da adoção de uma postura que considere as disparidades orçamentárias entre os entes federados na efetivação da justiça e a necessidade de responder a esse quadro mediante a aplicação dos parâmetros da justiça distributiva.

Resta claro que não há um entendimento pacífico quanto aos benefícios da solidariedade passiva no cumprimento do direito à saúde quando o Estado é omissivo na efetivação do referido direito social, nem mesmo quanto aos malefícios. O que se percebe é a necessidade de se pensar o tema à luz da justiça distributiva e com vistas ao fomento da igualdade, considerando as peculiaridades e aportes orçamentários de cada um dos envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente obra tratou do tema relativo à repartição de receitas tributárias e condições de garantia de acesso ao direito fundamental à saúde pelos municípios, tendo como foco o pacto federativo cooperativo. Constatou-se que a temática é de grande relevo acadêmico, social e jurídico, na medida em que o direito à saúde é consagrado, na Constituição Federal de 1988, como direito social fundamental

Verificou-se que os direitos fundamentais sociais, mais especificamente, o direito à saúde, não é considerado absoluto, ou seja, é um direito passível de restrições a sua atuação por parte do Estado que traz, atualmente, a questão da reserva do possível como um dos seus principais

argumentos para eximir-se do cumprimento da obrigação instituída pela Constituição Federal de 1988.

Com o nascimento da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde passou a ser considerado um direito fundamental social e, conseqüentemente, um direito acessível a todos. Assim, verificou-se a obrigação do Estado em assegurar o acesso universal e igualitário a todos aqueles que recorrerem a ele como forma de suprir os seus anseios no que concerne à prestação do direito à saúde.

O direito à saúde, portanto, é enquadrado como um direito fundamental, e está instituído no art. 6º da Constituição Federal 1988, como um direito capaz de ser efetivado de forma imediata. Na sequência, surgem os artigos 196 a 200 que tratam do papel do Estado na assistência à saúde, sendo que o artigo 198 define o Sistema Único de Saúde. Estes dispositivos legais, conforme visto, foram regulamentados pela Lei n. 8.080 de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde; a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Sendo assim, fica o Estado obrigado a garantir o acesso a serviços e ações voltados à saúde, de forma a proporcionar o atendimento integral, que compreende em fornecer assistência médico-hospitalar e medicamentos, desde que sejam comprovados por parte dos indivíduos que, de fato, são necessários para a preservação da sua vida e da sua saúde.

Nesse cenário a criação do Sistema Único de Saúde resultou da participação popular e desde então, a saúde passou a receber tratamento constitucional. No art. 196, a Constituição Federal de 1988 garante a saúde a todos e responsabiliza o Estado por sua prestação, por meio de políticas públicas, com objetivo de reduzir o risco de doenças, atuando preventivamente e de outros agravos, de modo universal e igualitário.

Os direitos fundamentais sociais possuem aplicação imediata e devem ser impostos ao Estado quando o serviço público não funcionar de

forma eficiente, tornando-se necessário o esforço conjunto entre a sociedade e o Poder Público diante da dificuldade de sua realização.

O que se busca é uma alternativa para a atividade judicial, é importante amenizar o crescente ativismo judicial que se instalou no Brasil. Porém, por vezes o Estado se mostra omissos em prestar de forma imediata este direito aos seus cidadãos, cabendo a eles exigirem na esfera Judiciária.

Atualmente, é de conhecimento geral o dever de o Estado garantir o cumprimento das políticas públicas, em especial referente à saúde, direito fundamental garantido na Constituição Federal, porém, a intervenção judicial tem crescido demasiadamente em razão da ineficácia existente no serviço de assistência à saúde.

No entanto, por vezes o Estado se mostra omissos em prestar, de forma imediata, o direito à saúde aos seus cidadãos, cabendo a eles exigirem em juízo os seus bens e serviços que lhes são de direito na esfera do Poder Judiciário, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988.

Em meio a esse cenário são cada vez mais comuns ações judiciais pleiteando da União, Estados-membros e Municípios, de forma solidária ou não, a prestação da saúde em casos específicos, culminando em decisões judiciais diversas, pois inúmeros são os fatores que devem ser analisados pelo magistrado. E o ponto central deste estudo é a questão da solidariedade imposta aos entes federados, já que a saúde é dever da União, Estados-membros e Distrito Federal, e também dos Municípios, e o impacto orçamentário no âmbito deste último, via de regra o que menor capacidade orçamentária possui.

De fato, a CF e a legislação ordinária consagram a solidariedade dos entes federados no que diz respeito à assistência à saúde, o que se evidencia na descentralização das políticas públicas e nas disposições constitucionais e que reflete, também, na legitimidade passiva das ações que tem como objeto fornecimento de fármacos não registrados na Anvisa, dever

de fornecer medicamentos de alto custo, disponibilização de tratamentos experimentais, e questões outras, que decorrem do efetivo acesso à saúde.

Na prática, porém, é cada vez mais comum que o Município cumpra as obrigações impostas pelo Judiciário, e não é ressarcido pelo ente que de fato possui o dever de prestar determinado serviço, na área da saúde pública, na esfera administrativa, ou seja, fornecer o medicamento, assegurar a internação, providenciar a transferência do paciente, dentre outras.

A questão teve sua repercussão geral, no que tange a solidariedade dos entes federados, reconhecida pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178, um dos inúmeros desdobramentos da judicialização da saúde no país. Logo, evidenciou-se os reflexos na competência administrativa e, repita-se, na legitimidade passiva nas ações judiciais, sem ignorar, claro, a questão orçamentária e as limitações, principalmente dos Municípios, no cumprimento das decisões judiciais.

De fato, não se pode ignorar que quando o Judiciário determina que um ente federal, em especial que os Estados e Municípios forneçam um remédio de alto custo, por exemplo, pode comprometer o direito à saúde de toda a coletividade, pois o ente federado precisa direcionar recursos que deveriam atender a toda a sociedade, ou mesmo verbas que não são destinadas à saúde, para atender a decisão judicial.

Porém, não se pode negar que nem sempre é fácil identificar, em uma ação judicial, qual o ente federado que deveria figurar no polo passivo, pois o demandante tende a buscar a efetivação do direito em face dos Estados e dos Municípios, pois é sabido que a União tende a descumprir decisões judiciais.

Logo, se a solidariedade consagrada no texto constitucional busca resguardar o cidadão, ela também gera problemas, principalmente porque pode agravar ainda mais a desigualdade social, pois são inúmeros os Municípios que não possuem recursos para cumprir obrigações reconhecidas em processos

judiciais. Porém, não é simples direcionar o cumprimento de uma decisão judicial aquele que não figurou no polo passivo, ainda que possua mais recursos, como é o caso da União, pois tal prática viola a ampla defesa e o contraditório.

Portanto, é preciso a correta identificação do responsável já na ação de conhecimento, para que as competências administrativas sejam observadas e principalmente respeitadas as garantias de todos os envolvidos no processo judicial. Significa dizer que se o STF acertou ao tentar organizar a prestação jurisdicional nas ações que tem por objeto a efetivação da saúde, há de se direcionar o cumprimento da sentença de forma justa.

Em meio a esse cenário algumas constatações foram feitas. A primeira diz respeito ao fato de que a solidariedade no cumprimento das decisões judiciais, no que tange o direito à saúde, comprometem principalmente os Municípios, que possuem menor arrecadação tributária. E, quando prestam determinado serviço em saúde pública, por determinação judicial, deixa de ofertar o serviço à coletividade, via de regra por falta de recursos orçamentários.

Outrossim, verificou-se que a repartição de receitas é uma característica do Estado federado e busca efetivamente assegurar a autonomia financeira da União, Estados e Municípios. Logo, aquele ente que possui uma maior arrecadação, deve repartir as receitas com os outros entes, principalmente quando há o comprometimento do orçamento, no caso em análise com o cumprimento de decisões judiciais.

Não obstante, verificou-se também que a forma como se dá a prestação da saúde, no Brasil, de forma descentralizada e pautada na solidariedade, compromete os Municípios e viola o princípio federativo, sendo mister, para o reequilíbrio das receitas, o ressarcimento aos cofres municipais quando a obrigação judicial for suportada por este ente, obrigação que, claro, deveria ser cumprida administrativa pelo Estado ou pela União. Em se tratando de dever do próprio Município, a decisão do Judiciário só vem reforçar uma obrigação determinada em lei e não cumprida pelo referido

ente. Caso contrário, haverá um desequilíbrio, pois, o Município suportará o ônus de obrigações que, na prática, cabem aos Estados-membros e à União.

Portanto, considera-se que à luz da justiça distributiva a competência solidária dos entes federados no cumprimento das decisões judiciais deve respeitar as capacidades orçamentárias de cada um – Municípios, Estados e Distrito Federal, conforme a caracterização dos pedidos constantes na inicial. Desta feita, os entes federativos possuem disparidades que se relacionam, entre outras questões, com as suas atividades fiscais. Desse modo, é preciso compreender as disparidades e desigualdades existentes na sociedade quanto a efetivação da saúde e, mediante a atuação institucional do Judiciário, dentro de suas competências, proporcionar a entrega da justiça de forma efetiva.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 15. Ed. rev. Atual. Ampl – Salvador: JusPODIVM, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Tema 793 do STF, direito à saúde e coisa julgada parcial. **Jus**, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89090/tema-793-do-stf-direito-a-saude-e-coisa-julgada-parcial>. Acesso em: 18 abr. 2022.

AMARAL, Tarsila Costa do. Reflexões sobre a responsabilidade solidária e o ressarcimento no sistema único de saúde a partir da tese fixada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 16, n. 2, 2019.

ANDRADE, Luana de Oliveira. **A repartição das receitas tributárias**. 2010. 28 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Direito Tributário) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

BBC. **Brasil tem milhares de cidades que não arrecadam o suficiente nem para sustentar prefeitura e Câmara.** 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54669538>. Acesso em: 05 out. 2022.

BERNARDI, Lucas Parizzi; CARDOSO, Matheus Helfer. Da instrumentalização eficaz da solidariedade em matéria de saúde ao conflito de competência: impasses na aplicação do Tema 793 do STF. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2021. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/21423/1192613197>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BMJ. **Covid-19: Hospitals move to create extra bed capacity to relieve pressure.** Disponível em: <https://www.bmj.com/content/375/bmj.n2775>. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Subcomissão analisará impactos da extinção de pequenos municípios.** 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/808723-subcomissao-analisara-impactos-da-extincao-de-pequenos-municipios/>. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966: Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 12452, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 9 de junho de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. **Recuso Extraordinário 855.178**. Certidão de julgamento. Relator Min. Edson Fachin. Julgado em 23/05/2019. DJe 03/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE**, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, publ. 16 abr. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861515103/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-855178-se>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Série Histórica – Evolução da Participação dos Entes Federativos na Arrecadação Total – Anos 2009 a 2018. **Receita Federal do Brasil**, 2018. Disponível em: Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-no-brasil-capa>. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRIÃO, Sílvia Félix. **Federalismo fiscal e as disparidades regionais no Brasil**. 2006. 96 fl. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006.

BRUNO, Reinaldo Moreira; ANDRADE, Artur Fontes de. As políticas públicas de saúde e seus efeitos jurídicos em razão da precariedade de seus programas. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, v. 1, p. 7-28, 2007.

CAMPOS, Adriana; OLIVEIRA, Daniela Rezende de. A relação entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência (e não-maleficência) na bioética médica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** | Belo Horizonte | n. 115 | pp. 13-45 | jul./dez. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Carla. **A “escolha de Sofia”: reflexões bioéticas sobre a alocação de recursos na Covid19**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-bioetica/331806/a--escolha-de-sofia---reflexoes-bioeticas-sobre-a-alocacao-de-recursos-na-covid19>. Acesso em: 15 set. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; LEÃO, Simone Leticia Severo e Souza Dabés. A concretização do direito à saúde pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2019.

CARVALHO, Osvaldo Santos de; MORAIS, Valério Pimenta de. ICMS e federação. In: PUTY, Cláudio (org.). **Reforma tributária: competitividade, equidade e equilíbrio federativo**. Brasília: Câmara dos Deputados: Edições Câmara, 2012.

CARVALHO, Ralph Knochenhauer. **A judicialização do acesso à saúde no Brasil: O caso HIV – AIDS**. 2017, 61 f. Monografia (Pós-graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017.

CARVALHO, Shirley A. de O. **Judicialização De Políticas Públicas E Ativismo Judicial No Contexto Do Estado Constitucional: Uma Análise De Precedentes Do Supremo Tribunal Federal**. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE. **Gestão orçamentária e financeira do SUS** [livro eletrônico] / org. Gustavo Andrey de Almeida Lopes Fernandes...[et al.]. -- Brasília, DF: 2022.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE. **Alocação de recursos e o direito à saúde**] / org. Daniel Wei Liang Wang...[et al.]. -- Brasília, DF: 2021.

CONOF, Consultoria de **Orçamento e Fiscalização Financeira**. Entendendo o orçamento. 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/entenda/cartilha/cartilha.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM Nº 2.156/2016: Conselho define critérios para melhorar fluxo de atendimento médico em UTIs**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/resolucao-cfm-no-2-156-2016-conselho-define-criterios-para-melhorar-fluxo-de-atendimento-medico-em-utis/>. Acesso em: 15 set. 2022.

COSTA, Ricardo Oliveira. Há, no Brasil, transferências não condicionadas voluntárias entre União e Estados? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2514, 20 maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14912>. Acesso em: 20 maio 2022.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. A saúde precisa de juízes epidemiologistas! **Saúde em Debate**, São José do Rio Preto, São Paulo, v. 33, n. 81, p. 80-87, abr. 2009.

FAZZA, Ana Luiza Lima. O direito à saúde e a possibilidade do controle judicial. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 15, n. 173, p. 9-22, jul./2015.

FEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS BENEFICENTES DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Santa Casa De Jahu Divulga Nota Às Autoridades E Expõe Crise Financeira**. 2022. Disponível em: <https://www.fehosp.com.br/noticias/detalhes/5445>. Acesso em: 15 set. 2022.

FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães. A criação de municípios e a formalização de regiões metropolitanas: os desafios da coordenação federativa. **Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management)**, 2015 set./dez., 7(3), 295-309.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, 2009, p. 95-113. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

FERREIRA, Fernando Guimarães. **O federalismo fiscal brasileiro na perspectiva da imunidade intergovernamental recíproca**. 2013. Disponível em: http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/download/85/66. Acesso em: 10 maio 2022.

FERREIRA, Iverson Kech. **O Custo do Direito e a Reserva do Possível**. Disponível em: <https://iversonkfadv.jusbrasil.com.br/artigos/466707908/o-custo-do-direito-e-a-reserva-do-possivel>. 2017. Acesso em: 11 set. 2022.

FERREIRA, Rodrigo. **O que é Tributo?** 2013. Disponível em: <https://rfersantos.jusbrasil.com.br/artigos/224862277/o-que-e-tributo>. Acesso em: 12 set. 2022.

FRANCO, Glenda Sabrina Morales. **Acesso a medicamentos**: um estudo sobre a judicialização e o fornecimento de medicamentos. 2019, 108 f. Dissertação (Mestrado Profissional) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. *In*: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 49, jan. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 01 maio 2022.

GARRAFA, Volnei; MANCHOLA-CASTILLO, Camilo. Releitura Crítica (Social E Política) Do Princípio Da Justiça Em Bioética. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 18, n. 3, p. 11-30, set./dez. 2017.

GARRAFA, Volnei; PESSINI Leo. **Bioética: Poder e Justiça**. São Paulo. Ed Loyola. 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Os Custos dos Direitos**, parte I. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-07/embargos-culturais-holmes-sunstein-demonstram-custo-financeiro-direitos>. Acesso em: 12 set. 2022.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: Origens E Complexidade. **Rev HCPA** 2006; 26(2): 86-92.

GUERRA, Daniela de Lima Ranieri. **A dialética do direito à saúde**: entre o direito fundamental à saúde e a escassez de recursos. 2017, 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre-MG, 2017.

HÄBERLE, Peter. **Direitos fundamentais no Estado prestacional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

HÄBERLE, Peter. **Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 2008.

HABERMAS, Jurgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: racionalidade da ação e racionalidade social, v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Edições70 Ltda, 2007.

KOERICH, Magda Santos; MACHADO, Rosani Ramos; COSTA, Eliani. Ética E Bioética: Para Dar Início À Reflexão. **Contexto Enferm** 2005 Jan-Mar; 14(1):106-10.

LEITE, Rafael Soares *et al.* O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 8, n. 3, p. 70-88, 2019.

LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno da Reserva do Possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beletti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"**. 2. ed. 2. tir., Livraria do advogado, Porto Alegre, 2013.

MACHADO, Denise de Almeida. **Educação republicana e laicidade: Uma leitura de Thomas Jefferson**. 2015, 65f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí – RS, 2015. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4988/Denise%20de%20Almeida%20Machado.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 05 out. 2022.

MAILER, Daniela Tadei. **Repartição da receita é tema do direito financeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-set-30/reparticao-receita-tema-direito-financeiro-nao-tributario>. Acesso em: 13 set. 2022.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Madras, 2019.

MARQUES, Onofre Ricardo de Almeida; MELO, Marilene Barros de; SANTOS, Alessandra Patrícia de Souza. Ações judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde do Brasil, bases legais e implicações: um estudo de caso em um tribunal da Região Sudeste. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 12, n. 1, jun. 2011.

MELO, Augusto Carlos Cavalcante. A base de cálculo do ICMS na substituição tributária. **Revista tributária e finanças públicas**, São Paulo, ano 13, n. 65, p. 63-77, nov-dez, 2007.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 9. ed. São Paulo: Martin Claret, 2019.

MORAES, William. Competência tributária: conceito e características. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6583, 10 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49070>. Acesso em: 15 set. 2022.

MOROZOWSKI, Ana Carolina. Tema 793 do STF e responsabilidade dos entes federados no SUS. Afinal, o que deve repercutir? **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332592/tema-793-do-stf-e-responsabilidade-dos-entes-federados-no-sus--afinal--o-que-deve-repercutir>. Acesso em: 20 abr. 2022.

MOURA, Marcelo de Souza. Teoria do Mínimo Existencial e os direitos de crianças e adolescentes - efetivando direitos sociais na extremada desigualdade socioeconômica brasileira. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 5, n. 203, 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1638>. Acesso em: 02 maio 2022.

NAZARETH, Paula Alexandra Canas de Paiva. **Descentralização e federalismo fiscal: um estudo de caso dos Municípios do Rio de Janeiro**. 2007. 311 fl. Tese (Doutorado em Direito Tributário) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

NEMETCHEK, Brooklyn. A concept analysis of social justice in global health. **Nursing Outlook**, v. 67, n. 3, p. 244-251, may./june., 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, Marcia Coli. O Tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.** Brasília, a. 8, n. 4, out./dez. 2019.

NOSÉ, Víctor Menon. **Bioética: aplicação da teoria do consentimento informado e a responsabilidade civil e ética do médico em pesquisas envolvendo seres humanos**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo-SP, 2019. 119f.

NUNES, Lauren de Lacerda. **Dilemas morais, erros inevitáveis e Trauma**. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade Federal de Santa Maria (UFSM-RS), Santa Maria-RS, 2015, 131f.

PASOLD, César Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. Florianópolis: C. L. Pasold, 1984.

PAULINO FILHO, Ronaldo. Características dos direitos fundamentais: aspectos doutrinários. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 28, nº 1504. 2018. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/3894/caracteristicas-direitos-fundamentais-aspectos-doutrinarios>. Acesso em: 12 set. 2022.

PEREIRA, Fábio Franco. **A Federação No Constitucionalismo Brasileiro**. 214 fl. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PEREIRA, Januária Ramos *et al.* Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s3/v15s3a30.pdf>. Acesso em: 01 maio 2022.

PEREIRA, Peterson de Paula. Processo legislativo: a revisão entre as Casas do Congresso Nacional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/137>. Acesso em: 15 set. 2022.

PINTO, Élica Graziane. **Uma estéril década de microjustiça da saúde no STF reclama novas respostas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/contas-vista-esteril-decada-microjustica-saude-stf>. Acesso em: 14 set. 2022.

PORTAL R7. **Médicos já se preparam para escolher quais pacientes tratar**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/saude/medicos-ja-se-preparam-para-escolher-quais-pacientes-tratar-29062022>. Acesso em: 14 set. 2022.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RECHMANN, Itanaina Lemos; MAGALHAES, T. A. A vulnerabilidade dos usuários do SUS acerca dos serviços de atenção especializada: abordagem segundo a Bioética da Proteção. **Direito Unifacs**, 2020. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6510>. Acesso em: 20 abr. 2022.

RECHSTEINER, Sandra Arlette. **Responsabilidade Tributária Do Artigo 135, Inciso III Do Código Tributário Nacional**. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília-DF, 2011. 59f.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo dos. A Teoria da Reserva do Possível e o Reconhecimento pelo Estado de Prestações Positivas. *In*: BRITO, Edvaldo Pereira de (coord.). **Revista de Direitos Tributário e Finanças Públicas**, a. 17, n. 86, p. 09-31, maio/jun. 2009.

RIBEIRO José Mendes; MOREIRA, Marcelo Rasga. **A crise do federalismo cooperativo nas políticas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: 2016. Disponível: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/bJSyLw4V3LpYJG5fR36Bnfh/abstract/?lang=pt> . Acesso em: 23 ago. 2022.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Temas de direito constitucional tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODAS, Sérgio. **Crise mostra necessidade de aumentar autonomia financeira de estados e municípios**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/crise-mostra-urgencia-aumentar-autonomia-estados-municipios>. Acesso em: 13 set. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 2. ed., 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: EDIJUR, 2018.

RUBINSTEIN, Flávio. A repartição de competências tributárias no Brasil sob a ótica da Teoria Normativa do Federalismo Fiscal. *In*: VASCONCELLOS, Roberto França. **Direito tributário: política fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÁ, Luas Breitenbah de; BEZERRA, Ytalo Henrique; SILVA, Isadora Margarete Guimarães. Judicialização da Saúde e o Fornecimento de Fármacos não Constantes na RENAME. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. São Paulo, v.8.n.05. maio. 2022.

SANTANA, Carlos Martins Marques de. O ICMS e o federalismo. *In*: PUTY, Cláudio (org.). **Reforma tributária: competitividade, equidade e equilíbrio federativo**. Brasília: Câmara dos Deputados: Edições Câmara, 2012.

SANTIAGO, Ivanete da Silva; CARVALHO, Karen Knopp de. Princípios da Bioética e o Cuidado na Enfermagem. *In*: **I Congresso Internacional de Filosofia Moral e Política**, 2009, Pelotas. I Congresso Internacional de Filosofia Moral e Política, 2009. v. I.

SARAI, Leandro. Repensando o conceito de administração pública na busca da máxima efetividade de seus princípios constitucionais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2767, 28 jan. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18370>. Acesso em: 15 set. 2022.

SCAFF, Fernando Fecury. **Federalismo (s)em juízo**. São Paulo: Noeses, 2019.

SILVA, Luzia Gomes da. **A evolução dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34507/a-evolucao-dos-direitos-humanos>. 2013. Acesso em: 15 set. 2022.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O Estado Unitário e o Estado Federativo**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/federalismo-a-brasileira/279802/o-estado-unitario-e-o-estado-federativo>. Acesso em: 10 set. 2022.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

SOUZA, Gabriela de Oliveira Mascarenhas de. **Aspectos legais da contribuição de melhoria**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66845/aspectos-legais-da-contribuicao-de-melhoria>. Acesso em: 12 set. 2022.

TEMER, Milena Cirqueira; SOUZA, Barbara Amaranto de; ALVIM, Thaysa Kassisde Faria; GRAPIUNA, Juliana Dias. Seguridade Social No Brasil E O Direito À Saúde Como Garantia De Um Direito Fundamental. 2018. **Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social**.

TORRES, Heleno Taveira. Federalismo cooperativo exige reformas política e tributária no país. **Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-27/consultor-tributario-receita-promover-politicas-coerentes-economia?pagina=3>. Acesso em: 10 maio 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao mínimo existencial**. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação**. 2015. Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>. Acesso em: 12 set. 2022.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31, 01 nov. 2010/fev. 2011.

