

Thiago Marques Leão¹
Sueli Gandolfi Dallari¹

O PODER NORMATIVO DAS COMISSÕES INTERGESTORES BIPARTITE E A EFETIVIDADE DE SUAS NORMAS

The normative power of Bipartite Inter-Commissions and the effectiveness of their rules

¹ Universidade de São Paulo. São Paulo/SP, Brasil.

Correspondência: Thiago Marques Leão. *E-mail*: thmleao@gmail.com.

Recebido em: 30/04/2015. Revisado em: 20/07/2015. Aprovado em: 23/07/2015.

RESUMO

O objetivo deste artigo é discutir o poder normativo da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e a efetividade de suas normas, no bojo do Direito Sanitário brasileiro. Metodologicamente, adotou-se a análise bibliográfica e legislativa, articulada à teoria discursiva do direito e democracia de Habermas. A CIB foi instituída pela Norma Operacional Básica 01/1993 e responde pelos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS). É um espaço de negociação e pactuação entre gestores municipais e estaduais, promovendo a integração dos diferentes sistemas municipais de saúde sob coordenação do governo estadual. As normas expedidas pela CIB, na forma de resoluções, têm natureza jurídica de direitos-meio, isto é, estabelecem os procedimentos específicos para realização do direito à saúde, permitindo que todos os potenciais destinatários dessas normas possam conhecer, aderir, criticar ou mesmo judicializá-las. O poder normativo da CIB decorre da previsão legislativa expressa para regular os aspectos operacionais do SUS e da legitimidade democrática, exercida diretamente pelo cidadão ou através dos Conselhos Estaduais de Saúde (CES). Caracterizado como fórum de negociação e operacionalização das políticas de saúde, com potencial para abrir e aprofundar canais de participação e controle social, é um espaço de gênese democrática de direitos, e suas normas devem ser, portanto, respeitadas por integrarem o ordenamento jurídico e cumprirem sua função de instrumentalização normativa do SUS.

Palavras-Chave

Comissão Intergestores; Direito Sanitário; Poder Normativo; Teoria do Discurso.

ABSTRACT

The objective of this paper is to discuss the normative power of the Inter-managers Bipartite Commission (CIB – in Portuguese) and the effectiveness of its norms, in the context of the Brazilian Health Law. Methodologically, it was adopted a bibliographic and legislative analysis, articulated with Habermas' discursive theory of law and democracy. The CIB was instituted by the Basic Operational Norm 01/1993 and responds for the operational aspects of the Brazilian National Public Health System (SUS – in Portuguese). It is a forum for negotiation and operationalization between municipal and state managers, promoting the integration of the various municipal health systems coordinated by the state government. The norms issued by the CIB in the form of resolutions, have the nature of procedural rights, in other words, they establish specific procedures for fulfilling the right to health, allowing all potential receivers of these norms to acknowledge, to support, to criticize or even to challenge them in court. The normative power of the CIB results from express legal prevision to regulate the operational aspects of the SUS, and its democratic legitimacy is the result of the control directly exercised by citizens or through the State Council of Health. Characterized as a forum for the negotiation and operationalization of health policies, with the potential for opening and deepening channels of participation and social control, it is a space for democratic genesis of rights and its rules, therefore, must be respected, once they integrate the Legal System, and articulate the norms of the SUS.

Keywords

Discourse Theory; Health Law; Inter-managers Commission; Normative Power.

Introdução

Espaços tecnocrático-deliberativos, como as Comissões Intergestores Bipartite (CIB) e Tripartite (CIT), têm assumido um papel cada vez mais central no Sistema Único de Saúde (SUS). A necessidade de operacionalizar e aprofundar as políticas em saúde, em um sistema federativo, e de racionalizar o processo de incorporação de tecnologias contribui para o protagonismo desses fóruns tecnocrático-deliberativos.

O reconhecimento legal das Intergestores – bem como da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) – no contexto de crescente judicialização das políticas de saúde emerge como resposta aos impactos econômicos do fenômeno da judicialização e à imposição de demandas fora da lógica própria ao SUS. O reconhecimento legal das Intergestores vem, em alguma medida, como resposta às demandas judiciais e à interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde. Busca conferir força de lei a essas instâncias deliberativas, para dar maior efetividade às normas infralegais que delas emanam e vincular as decisões judiciais.

O reconhecimento dado pela Lei Federal n. 8.080/1990¹ às Intergestores, como fórum de negociação e pactuação (artigo 14-A), e à efetividade de suas decisões, notadamente quanto à dispensação de medicamentos na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica específica (artigo 19-P), faz com que a CIB e a CIT passem a integrar o campo do Direito Sanitário nos espaços de gênese de direitos. Isso impõe aos operadores do direito, em especial àqueles que lidam com as atividades públicas e privadas relacionadas à saúde, que acolham e compreendam o papel desses fóruns na instrumentalização e operacionalização do direito à saúde, no contexto do SUS.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é discutir o poder normativo da CIB e a efetividade de suas normas, no bojo do Direito Sanitário brasileiro. Para tanto, adotou-se uma metodologia qualitativa que, diante da amplitude da temática, possibilita múltiplos desdobramentos analíticos e o aprofundamento da investigação e do debate, capazes de introduzir novas formas de intervenção e solução das questões levantadas pela pesquisa².

A discussão foi pautada por uma análise bibliográfica e legislativa, e esse conjunto metodológico-teórico foi articulado com a teoria discursiva do direito e democracia de Habermas, oferecendo recursos analíticos para se discutir a legitimidade normativa da CIB como espaço deliberativo-normativo.

¹BRASIL. *Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²GROULX, Lionel-Henri. Contribuição da pesquisa qualitativa à pesquisa social. In: POUPART, Jean et al (Orgs). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 95-126.

I. As Comissões Intergestores Bipartite

A CIB foi instituída pela Norma Operacional Básica (NOB) 01/1993³, com vistas à regionalização das ações e dos serviços de saúde, fomentando a integração dos diferentes sistemas municipais de saúde – sob a coordenação dos governos estaduais, mas garantindo autonomia aos gestores municipais que integram a Bipartite. As CIBs são fóruns deliberativos e negociais⁴, com a função precípua de elaborar propostas, acompanhar a implementação de políticas, avaliar seus resultados e definir a destinação de recursos⁵. Bipartite porque composta por gestores de duas esferas de governo: municipal e estadual. A CIT, instituída pela mesma NOB, congrega também a esfera de gestão federal.

O caráter deliberativo da CIB é decorrência de expressa determinação legal, e a Intergestores está vinculada aos objetivos que lhe foram atribuídos por lei (*stricto sensu*) e à normativa infralegal que regulamenta sua atuação. A CIB tem previsão legal na Lei n. 8.080/1990, em seu artigo 14-A – incluída recentemente pela Lei Federal n. 12.466/2011⁶: “Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS)”. E, em seu parágrafo único, estabelece como seus objetivos:

I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde;

II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados;

III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados.

³MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria n. 455, de 20 de maio de 1993*. Estabelece normas e procedimentos reguladores do processo de descentralização da gestão das ações e serviços de saúde, através da Norma Operacional Básica - SUS 01/93. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1993/prt0545_20_05_1993.html>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁴NASCIMENTO, Paulo Roberto do. *Espaços de deliberação democrática no SUS e discussão sobre a universalidade de direitos*. 2006. 180f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

⁵DALLARI Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2010.

⁶BRASIL. *Lei Federal n. 12.466, de 24 de agosto de 2011*. Acrescenta arts. 14-A e 14-B à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, para dispor sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e suas respectivas composições, e dar outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12466.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

A partir de uma situação específica, no artigo 19-P da Lei Federal n. 8.080/1990, é reconhecida legalmente a função normativa da CIB, isto é, seu poder para expedir normas juridicamente válidas, aplicáveis e exigíveis, e que vinculam as decisões de seus destinatários:

Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: [...] II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite⁷.

De acordo com Côrtes⁸, a CIB é resultado de uma demanda de gestores, que encontravam dificuldades em administrar um sistema federativo para viabilizar a coordenação vertical e horizontal de forma descentralizada. Assim, a proposta de criação das CIBs e CITs foi articulada junto ao Conselho Nacional de Saúde (CNS) por gestores estaduais e municipais, que buscavam maior autonomia e gerência do sistema.

A NOB 01/93, que estabeleceu o novo desenho organizacional com a CIB, nos estados, e com a CIT, no âmbito federal, chegou em um momento em que “os novos dirigentes federais eram claramente identificados com o movimento sanitário e mais permeáveis às propostas de aprofundamento da municipalização e descentralização do sistema”⁹. A NOB promoveu uma descentralização política, com a valorização dos municípios e a previsão legal da municipalização da gestão em saúde, com o reconhecimento da diversidade de situações regionais. Avançou também na afirmação da participação popular e abriu possibilidades de novos modelos de assistência à saúde, na articulação entre estado e municípios¹⁰.

Desde sua concepção, a CIB possui uma vocação tecnocrática, bem como um caráter deliberativo alinhado às diretrizes do SUS e que se reflete, formal e potencialmente, nas normas que dela emanam. As Comissões Intergestores, ao lado das instâncias tradicionais de participação e controle social (conselhos e conferências), compõem “a complexa engenharia política de representação e articulação de interesses”¹¹ em saúde pública.

No espaço das comissões, pode-se potencializar aquilo que Habermas descreveu como uma “rede de argumentações, negociações e comunicações políticas,

⁷BRASIL. *Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*, cit.

⁸CÔRTEZ, Soraya Vargas et al. Conselho Nacional de Saúde: histórico, papel institucional e atores estatais. In CÔRTEZ, Soraya Vargas (Org.) *Participação e saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2009. p. 41-71.

⁹Id. *Ibid.*, p. 64.

¹⁰PAIM, Jairnilson Silva. *Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica*. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008.

¹¹LIMA, Nísia Trindade et. al. (Orgs.). *Apresentação*. In. *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2005. p. 16.

na qual se realiza o processo de legislação¹². Dentro de uma perspectiva ampliada de legislação, necessária a um sistema jurídico complexo – que não se limita ao reconhecimento da lei em sentido estrito, como aquela emanada do Poder Legislativo, tradicionalmente associado à produção normativa –, a CIB cumpre a função legislativa de estabelecer as normas infralegais que regulamentam e pormenorizam as leis. Essas normas infralegais buscam responder à previsão constitucional, contida no artigo 198¹³, de que as ações e os serviços públicos de saúde possam integrar uma rede regionalizada e hierarquizada. Isso visa a garantir a racionalização e otimização dos recursos empregados, com a criação de um sistema de referência e contrarreferência¹⁴. Busca-se, assim, reduzir o impacto econômico da demanda sempre crescente em saúde e viabilizar a gestão do SUS.

A organização das regiões sanitárias pressupõe o estabelecimento de acordos intergovernamentais entre os entes federados, para que haja gestão regionalizada da saúde. Isso se dá, no âmbito estadual, através das CIB. “Nessas comissões, denominadas Bipartites, têm assento representações dos gestores de nível municipal e estadual. As intergestores são, portanto, espaços de negociação¹⁵. Dessas negociações, emanam as normas que orientam a atuação administrativa no âmbito do SUS e que devem, necessariamente, ser levadas em consideração pelos poderes Executivo e Judiciário, em suas respectivas esferas de competência, para garantia do direito à saúde, com respeito à deliberação institucional.

O Decreto Federal n. 7.508/2011, em seu artigo 2º, inciso IV, dispõe que as Comissões Intergestores são “instâncias de pactuação consensual entre os entes federativos para definição das regras da gestão compartilhada do SUS¹⁶. Essas pactuações, quanto aos “aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, de acordo com a definição da política de saúde dos entes federativos, consubstanciada nos seus planos de saúde, [são] aprovadas pelos respectivos conselhos de saúde” (artigo 32, inciso I). Tomando a teoria *habermasiana*, as Comissões Intergestores corresponderiam a

[...] arenas nas quais pode acontecer uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de matérias relevantes para toda a sociedade e necessitadas de regulamentação.

¹²HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 291.

¹³Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:[...]. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹⁴DALLARI Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit.

¹⁵NASCIMENTO, Paulo Roberto do. op. cit., p. 16.

¹⁶BRASIL. *Decreto Federal n. 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

O fluxo comunicacional que serpenteia entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas garante a transformação do poder produzido comunicativamente, e da influência adquirida através da publicidade, em poder aplicável administrativamente pelos caminhos das legislações¹⁷.

As Intergestores são espaços de negociação compostos apenas por atores estatais (gestores municipais e estaduais), o que fragiliza seu potencial democrático-discursivo. Contudo, há a possibilidade de que atores societais participem e colaborem com as discussões nas reuniões da CIB, que são públicas e cujas demandas em pauta podem ser originárias dos conselhos (Lei Federal n. 8.142/1990, artigo 1º, parágrafo 2º¹⁸). Ademais, suas deliberações – quando versam sobre a política estadual de saúde – devem estar sob o escrutínio desses conselhos, conforme o artigo 1º, Parágrafo Único do Regimento Interno. Trata-se de aspectos que potencializam uma maior permeabilidade social, neste fórum que é composto exclusivamente por gestores.

A CIB, ainda, está sujeita ao controle de uma esfera pública crítica não institucionalizada – que tem a seu dispor instrumentos constitucionais de participação popular – e também à tutela jurisdicional de seus interesses, eventualmente violados ou ameaçados de lesão, pelo desrespeito ao ordenamento jurídico e aos procedimentos e princípios discursivos de formação racional de vontades. Nesse sentido, a CIB tem maior inserção no ideal de democracia sanitária, apesar de ser um espaço eminentemente tecnocrático.

A CIB funciona como o que *Habermas* denomina “sistema parcial especializado em decisões”, submetido a uma formação democrática e institucionalizada de vontade, em que o princípio do discurso do direito pode se manifestar por meios de procedimentos discursivo-democráticos necessários à tomada racional de decisões, sem perder de vista o controle exercido pela esfera pública. Como aconteceria em outros espaços deliberativos, como o próprio Poder Legislativo, não há participação direta e contínua da sociedade civil. O Poder Legislativo, porém, busca legitimar-se como espaço formado por representantes eleitos diretamente – o que, formalmente, garantiria seu caráter democrático –, e por procedimentos legais – para garantir seu caráter racional. Os integrantes da CIB, porém, não são eleitos pelo voto popular, e sim indiretamente, indicados pelo governador e pelos prefeitos eleitos.

¹⁷HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, cit., v. 2, p. 22.

¹⁸“§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.” BRASIL. *Lei Federal n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

II. O poder normativo da CIB

A CIB é concebida, desde o início, como uma instância de negociação e pactuação dos aspectos operacionais do SUS. A Lei Federal n. 8.080/1990 reconhece sua legitimidade para decidir sobre aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada (municípios e estado); definir diretrizes na organização das redes de ações e serviços de saúde; e decidir sobre os aspectos vinculados à integração dessas ações (artigo 14-A). Também reconhece a efetividade de suas pactuações, expressamente no caso das responsabilidades pelo fornecimento de medicamentos não previstos em protocolos clínicos ou diretrizes terapêuticas no âmbito estadual, de forma complementar (artigo 19-P).

O poder normativo executivo, amplamente compreendido, significa o poder conferido à administração pública de editar atos normativos infralegais, que regulamentam as leis *stricto sensu*, buscando sua fiel execução. “Por conterem normas gerais, muitas leis, para adquirirem eficácia técnica, exigem detalhamentos. Os regulamentos, assim, explicitam as normas legais, tendo em vista sua execução”¹⁹. Essas normas não podem, em tese, contrariar os conteúdos normativos da lei, atendendo, assim, ao conteúdo liberal do princípio da legalidade.

Nesse sentido, o poder normativo da CIB consiste no poder para expedir normas jurídicas sanitárias gerais e abstratas que regulamentem, conforme previsão legal, os aspectos operacionais das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde no SUS, à luz do Direito Sanitário. O poder normativo executivo decorre das configurações próprias das sociedades complexas, do alargamento das funções do Estado e da complexidade crescente dos ordenamentos jurídicos – complexidade esta que leva à “proliferação das normas jurídicas de regulamentação, ou seja, de normas jurídicas infralegais produzidas a partir das leis por autoridades administrativas dotadas de poder normativo”²⁰.

A normativa infralegal sanitária corresponde ao conjunto de normas que pormenoriza a organização do SUS, inclusive no que se refere à distribuição de competências e atribuição de responsabilidades, evitando a duplicidade de gastos e conferindo eficiência, economia e agilidade ao Sistema, bem como buscando garantir o acesso racional e equitativo aos bens e serviços de saúde. Essas normas são resultado de um processo democrático-deliberativo e formuladas a partir de estudos técnicos – com participação da comunidade científica e da sociedade civil, atentando a aspectos sanitários, sociais e econômicos – e não devem ser desconsideradas.

¹⁹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁰AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 108.

Conforme *Habermas*, citando *Günther*, os juízes e, *mutatis mutandi*, todo aquele que trabalha sob a égide do sistema jurídico, tal como os gestores públicos, “[...] só podem solucionar colisões de normas se assumirem ‘que todas as normas válidas formam, em última instância, um sistema ideal e coerente, que permite apenas uma resposta correta para a situação de aplicação’”²¹. As normas infralegais não estão descoladas do ordenamento jurídico; pelo contrário, inseridas nesse sistema normativo, desempenham um papel fundamental na lógica dinâmica do ordenamento e em sua relação com as demais normas constitucionais e legais. Ainda com *Habermas* contribuindo para esse entendimento:

[...] o advento e o crescimento do Estado-gestor tornou muito mais complexa a legislação como fonte do direito. Se no início ela pôde restringir-se à produção de leis, hoje abarca um rol enorme de atos, como resoluções, regimentos, instruções normativas, circulares, ordens de serviços etc. que, em tese (liberal), deveriam estar subordinadas às leis enquanto expressão da vontade do povo, mas que, na prática, implodem a chamada estrutura hierárquica das fontes²².

Devido à generalidade de determinadas leis, para que estas tenham efetividade é necessário um detalhamento infralegal²³. Não é suficiente estabelecer que há direito, por exemplo, à assistência farmacêutica. É preciso que se estabeleçam questões de financiamento e acesso a esses medicamentos, qual o ente público responsável pelo seu fornecimento, quais os medicamentos e insumos, entre aqueles disponíveis no mercado, que serão adquiridos pela administração pública etc. Essa é uma demanda resultante do alargamento do Estado-provedor e da crescente complexidade da atuação administrativa moderna.

No cumprimento desse papel regulatório e como espaço de instrumentalização do direito social à saúde, a CIB expede resoluções – normas jurídicas infralegais – que são designadas no presente artigo como **direitos-meio**, isto é, direitos a procedimentos específicos que garantam a realização do direito à saúde (direito-fim, *in casu*). São esses direitos-meio que traduzem os aspectos operacionais e as diretrizes organizacionais que competem à Intergestores.

Assim, as resoluções da CIB atendem ao primado da segurança jurídica e da racionalização do ordenamento, de forma que os sujeitos potencialmente atingidos saibam como o direito será garantido e possam mesmo, se for o caso, questionar esses direitos-meio judicialmente. À CIB compete pactuar a operacionalização das políticas de saúde – que, por sua vez, são o instrumento eleito pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) para garantia do direito à saúde. Ignorá-las é aceitar o risco

²¹HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, cit., v. 1, p. 290.

²²FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 202.

²³Id., loc. cit.

de fazer do SUS um conjunto de normas eminentemente simbólicas, impedindo a concretização normativa do texto legal e, conseqüentemente, sua efetividade. Com efeito, explica *Neves*,

(...) quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar providência no sentido de criar pressupostos para eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica²⁴.

Enquanto normas jurídicas, essas resoluções não devem ser ignoradas, pois são construídas democraticamente e inseridas em um contexto coerente de normas, isto é, no ordenamento jurídico. São normas sanitárias válidas e que integram um sistema harmônico e funcional. Assim, tais resoluções obrigam seus destinatários²⁵: de um lado, a administração pública fica obrigada a fornecer determinados serviços ou bens, com respeito aos critérios estabelecidos democraticamente; de outro lado, ao usuário deve ser garantido que, respeitando esses direitos-meio, atingirá o direito-fim com isonomia e equidade.

Os direitos-meio garantiriam, no plano ideal, as “regras do jogo” que, publicamente conhecidas e efetivas, protegem o cidadão de condutas arbitrárias (comissivas ou omissivas) do Estado, bem como promoveriam a eficiência e racionalização dos serviços e interesses coletivos implicados. *Mutatis mutandi*, não diferem substancialmente dos direitos processuais, que estabelecem como se dá a tutela jurisdicional de determinado direito em litígio. Os direitos-meio garantiriam nas decisões administrativas – assim como os direitos processuais nas sentenças judiciais – que os sujeitos de direito potencialmente atingidos por essas normas tivessem “a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários”²⁶.

O que chamamos de direitos-meio são direitos de natureza administrativa, consubstanciados em normas infralegais e que consistem no direito ao acesso a determinado bem ou serviço público de saúde de acordo com as deliberações das instâncias competentes – as quais vinculam a atividade administrativa e também a forma de acesso a esses bens e serviços. Essa caracterização das normas infralegais que emanam das CIB como direitos-meios tem sua fundamentação no artigo 196 da CF/88, que garante a saúde como direito de todos, “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, e que sinaliza na direção da validade jurídica e efetividade das normas infralegais como procedimento/meio específico para garantia do direito à saúde.

²⁴NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 31.

²⁵HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, cit., v. 1.

²⁶Id. *Ibid.*, p. 274.

Ao reconhecer que a efetivação do direito à saúde depende dessas políticas, bem como ao eleger a cidadania e a participação popular como eixos do Estado nacional e, notadamente, da atuação estatal em saúde, a CF/88 indica a necessidade da construção democrática das normas infralegais e de sua importância e efetividade, no bojo do ordenamento jurídico nacional.

De acordo com *Habermas*, a concepção liberal de legalidade concentra-se em uma interpretação estreita do conceito de lei, caracterizando-a a partir de princípios semânticos gerais e abstratos, nos quais a lei se confirma como tal pelo preenchimento de aspectos meramente formais. Contudo, “[...] Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política”²⁷.

Seguindo o pensamento de *Alexy*²⁸, o discurso ideal pertence ao plano das ideias; contudo, a teoria do discurso mostra-se como um plano regulativo muito útil quando se perseguem instrumentos para construção racional do discurso jus-político democrático. Para a gênese democrática de direitos, quando não é possível neutralizar as relações de poder que concretamente são verificadas na práxis política, as negociações são pressuposto da construção do discurso racional. É através dessas negociações e dos acordos estabelecidos que se busca encontrar pontos de equilíbrio entre interesses conflitantes. A democracia deliberativa deve ser pautada pela racionalidade discursiva e pela busca de consenso, não pela racionalidade estratégica que busca vantagens individuais ou para pequenos grupos²⁹.

Ao tratar o problema da representatividade dos tribunais constitucionais alemães, *Alexy* sustenta a ideia de representatividade argumentativa, que se alinha bem com a construção teórica de *Habermas* e com a análise específica da CIB:

O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. **A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio de tomada de decisão pública.** Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva³⁰. (grifo nosso)

As decisões da CIB não apresentam os mesmos problemas abordados por *Alexy* quanto às decisões dos tribunais constitucionais e, portanto, não sofrem da mesma dúvida quanto a sua representatividade. Os membros da CIB são indicados

²⁷HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, cit., v. 1, p. 290.

²⁸ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2011. p. 28.

²⁹NEVES, Marcelo. op. cit., p. 120-121.

³⁰ALEXY, Robert. op. cit., p. 163.

pelos prefeitos e pelo governador eleitos pelo voto direto. Suas deliberações não vão de encontro à legislação *stricto sensu*, não as validam nem invalidam em face de uma norma referencial maior como fazem os tribunais constitucionais. As normas infralegais expedidas pela CIB estão necessariamente submetidas à lei, tendo por função precípua regulamentar ou construir mecanismos para efetivação das previsões legais.

Ainda, apesar de não haver um controle direto sobre os membros da CIB – não existe previsão normativa de participação ou controle direto do cidadão nas reuniões do fórum –, suas deliberações estão sujeitas a uma esfera pública crítica que tem controle sobre os gestores eleitos (prefeitos e governadores), que pode ser exercido nos mesmos moldes do Poder Legislativo: pressão popular e voto. Apesar de os membros da CIB não serem diretamente eleitos, eles são indicados por representantes que foram democraticamente eleitos. Finalmente, essa esfera pública tem meios previstos legalmente para judicializar, eventualmente, as decisões negociadas na Intergestores.

Esses aspectos, sem dúvida, não neutralizam as limitações democráticas da CIB, quando consideramos a necessária representatividade e participação direta da população nos espaços deliberativos. Não têm o condão de fazê-lo, mas aproximam esse espaço do controle e da participação sociais – que, apesar da necessidade de aprofundamento, indicam na direção da permeabilidade democrática da Intergestores.

III. A efetividade das normas emanadas da CIB

As normas de Direito Sanitário fazem parte de um conjunto sistematizado e harmônico, unidas de forma lógica, sistêmica e funcional³¹. As normas sanitárias, como de resto todas as normas jurídicas dotadas de validade jurídica e vigência, integram o sistema jurídico e estão interligadas de forma dinâmica e organizadas hierarquicamente. A vigência é o tempo de validade da norma, o período em que ela integra o ordenamento com condições formais de produzir efeitos. A validade, no sentido técnico-formal, caracteriza-se pelo cumprimento das exigências legais para sua promulgação e seu ingresso no ordenamento jurídico. É válida a norma “que esteja **integrada** no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com requisitos do próprio ordenamento”³² (grifo nosso).

O ordenamento jurídico caracteriza-se como um conjunto de elementos normativos e de princípios jurídicos, que estabelece as regras de interação desses princípios e normas entre si. Sua natureza dinâmica prove, em oposição à ideia de

³¹AITH, Fernando. op. cit.

³²FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, cit., p. 165.

sistema estático³³: das contínuas transformações, reformas, ingresso e revogação de normas e princípios; do reconhecimento de novos direitos e titulares destes direitos; e de decisões que alteram a interação e a própria existência jurídica desses elementos normativos. Se vigência é o tempo de validade da norma, a eficácia diz respeito à possibilidade **formal** de produzir efeitos jurídicos, uma vez cumpridos determinados requisitos.

A ideia de efetividade, por sua vez, faz referência “às condições de aplicabilidade, exigibilidade e **executoriedade** da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”³⁴. Essa efetividade tem respaldo na legitimidade da CIB e seu poder normativo, enquanto espaço deliberativo de gênese de direitos, e em sua inserção dentro da lógica sistêmica do ordenamento brasileiro. Na dogmática jurídica, efetividade e validade não se confundem: uma norma pode ser válida sem necessariamente ser eficaz ou efetiva. Porém, a validade é elemento indispensável para a caracterização da efetividade das normas da CIB, no sistema funcional do direito sanitário.

De acordo com Bobbio, a efetividade – ou eficácia material – de uma norma relaciona-se com a possibilidade de ela ser ou não seguida por seus destinatários e, no caso de violação ou descumprimento da norma, a possibilidade de utilização de meios coercitivos e sanções³⁵. Para *José Afonso da Silva*, a efetividade – ou eficácia social – refere-se a real efetivação da norma, em outras palavras, sua concreta efetivação:

Eficácia do Direito: toma-se a expressão em dois sentidos. A **eficácia social** designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao “fato de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforma à norma se verificar na ordem dos fatos”. É o que tecnicamente se chama efetividade da norma³⁶. (grifos nossos)

A efetividade, portanto, é a capacidade de a norma atingir seus objetivos e metas previamente acordados como, por exemplo: promover e ampliar o processo de descentralização administrativa; regular e orientar ações em saúde a partir de determinadas diretrizes; fiscalizar a atuação de municípios; estabelecer procedimentos; racionalizar a adoção de políticas etc. Quando se fala em eficácia social da norma, para se referir à efetividade, está-se pautando pela noção de produção social de efeitos na persecução do objetivo final da norma – que é o controle ou a

³³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação, cit.

³⁴Id. *Teoria da norma jurídica*: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 119.

³⁵BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012. p. 49.

³⁶SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 13.

regulação das relações sociais. Eficácia jurídica, ou formal, é apenas a possibilidade e as condições formais para se atingir essa finalidade³⁷.

A efetividade das normas emitidas pela CIB, assim, está ligada à força normativa das normas infralegais, sua aplicabilidade direta e imediata, “na extensão máxima de sua densidade normativa”³⁸ e exprime uma relação entre o aspecto dispositivo (aspecto relato) de uma norma e sua coercitividade (aspecto cometimento)³⁹, enquanto norma de natureza jurídica. Tomando a teoria do direito formulada por *Habermas*, a efetividade corresponde ao que ele chama de “validade social”:

A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. (...) A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apóia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas⁴⁰.

Nesse sentido, caracterizados o poder normativo e a efetividade das normas emanadas pela CIB, não se pode ignorar seu lugar no campo⁴¹ do Direito Sanitário, pormenorizando as leis *stricto sensu* e operacionalizando as políticas de saúde, pautada pela racionalidade e pelo potencial democrático-deliberativo.

Considerações finais

Normativa e teoricamente, a CIB se caracteriza como espaço potencialmente democrático: (i) previsão constitucional do poder normativo executivo e legal da CIB; (ii) inserção no ordenamento jurídico; (iii) representatividade, ainda que indireta; e (iv) **potencialidade** discursivo-racional. A Intergestores é um espaço de negociação e pactuação entre gestores das esferas municipal e estadual, com vistas ao estabelecimento de aspectos operacionais do SUS. Tem previsão legal no artigo 14-A da Lei Federal n. 8.080/1990 e nas normas infralegais que regulamentam sua atuação, notadamente na NOB 01/1993.

³⁷SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 65-66.

³⁸BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

³⁹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*, cit.

⁴⁰HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, cit., v. 2, p. 50.

⁴¹Por campo, entende-se, de acordo com Bourdieu, “o universo no qual estão inseridos os agentes e as instituições que produzem, reproduzem ou difundem a arte, a literatura ou a ciência”. (BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. Tradução Denice Barbara Catani. São Paulo: Ed. UNESP, 2004. p. 20).

Seu poder normativo é um desdobramento daquele conferido à administração para expedir normas infralegais para fiel cumprimento da lei. Quanto a suas resoluções, estas têm fundamento constitucional no próprio artigo 196 da CF/88 – que, ao reconhecer o direito à saúde como direito de todos e responsabilidade do Estado, dispõe que este direito será garantido mediante políticas sociais e econômicas. Daí decorre, por uma interpretação compreensiva e sistêmica, que a CIB, reconhecida legalmente como fórum de negociação e pactuação dos aspectos operacionais do Sistema, exerce essa função de instrumentalizar o direito fundamental à saúde, decidindo aspectos operacionais, financeiros e administrativos e definindo diretrizes sobre integração e organização das ações em saúde nos níveis municipal e estadual. Nesse sentido, formal e legalmente, a CIB é um espaço de construção de normas jurídicas.

Apesar do potencial democrático e de sua permeabilidade à participação social serem limitados pela própria estruturação institucional da Intergestores, tem potencial para abrir e aprofundar canais de participação e controle social seja por meio dos Conselhos de Saúde, seja pela participação direta de associações civis de usuários, seja pelo controle jurisdicional.

Uma vez que se reconheça a legitimidade, o poder normativo e a efetividade das normas infralegais da CIB, deve-se reconhecer também seu lugar como fórum de negociação e operacionalização das políticas do SUS. No bojo das normas de direito sanitário, a Intergestores potencializa a racionalização das ações e dos gastos em saúde, criando mecanismos para que a incorporação de tecnologias e a distribuição de competências, por exemplo, respeitem as diretrizes e a lógica do SUS.

Hoje, a judicialização das políticas de saúde e as pressões econômicas pela incorporação de tecnologias são fenômenos que não podem ser ignorados. Espaços como as Intergestores ganham um papel importante, com potencial para promover a regionalização, o aprofundamento e a racionalidade das ações em saúde, de forma democrática e equitativa.

Referências

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

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. Tradução Denice Barbara Catani. São Paulo: Ed. UNESP, 2004.

CÔRTEZ, Soraya Vargas et al. Conselho Nacional de Saúde: histórico, papel institucional e atores estatais. In CÔRTEZ, Soraya Vargas (Org.) *Participação e saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2009. p. 41-71.

DALLARI Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GROULX, Lionel-Henri. Contribuição da pesquisa qualitativa à pesquisa social. In: POUPART, Jean et al (Orgs). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 95-126.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 e v. 2.

LIMA, Nísia Trindade et. al. (Orgs.). Apresentação. In. *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2005.

NASCIMENTO, Paulo Roberto do. *Espaços de deliberação democrática no SUS e discussão sobre a universalidade de direitos*. 2006. 180f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PAIM, Jairnilson Silva. *Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica*. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

Thiago Marques Leão - Doutorando pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (FSP/USP); mestre pela FSP/USP; bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Integrante do Grupo de Pesquisa “Teoria Social, Mudanças Contemporâneas e Saúde” da FSP/USP; pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Direito à Saúde e Família” da UCSAL. São Paulo/SP, Brasil. *E-mail*: thmleao@gmail.com.

Sueli Gandolfi Dallari - Professora Titular da Universidade de São Paulo (US). Doutora, mestre e livre-docente em Saúde Pública pela USP e pós-doutorado em direito médico pela Université de Paris XII (França) e em saúde pública pela Columbia University (EUA). Advogada. São Paulo/SP, Brasil.