

# **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II**

**FERNANDO DE BRITO ALVES**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

##### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

##### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

##### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-401-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. IV

Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II**

---

#### **Apresentação**

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ao longo de sua história, vem reafirmando o seu compromisso com a educação jurídica de qualidade pela realização de pelo menos um encontro e um congresso anuais, espaçados semestralmente e estruturados nos mais altos níveis organizacional e logístico.

Com o advento da Pandemia Covid-19, logo em seus primeiros meses, enquanto para muitos o cenário era de exclusiva desesperança, o Conpedi olhou para dentro de si, identificou a necessidade de inovar e promover intenso trabalho de reengenharia operacional, para criar um novo modelo de eventos jurídicos de grande porte, inteiramente conduzido no modal virtual. Isso, em momento no qual pouquíssimas instituições pioneiras se dedicavam eficientemente à espécie. Nesses recentes tempos difíceis, a rápida percepção do Conpedi permitiu sair na vanguarda para o enfrentamento dos efeitos da pandemia Covid-19, desde logo, e já em junho de 2020, em tempo recorde, reinventou-se para organizar o I Encontro Virtual do Conpedi, seguido semestralmente dos II e III Encontros Virtuais.

Superados os desafios do desconhecido, conclui, agora, com enorme êxito, em novembro de 2021, o IV Encontro Virtual do Conpedi - Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities. Em cinco belíssimos dias de palestras, apresentações, debates, painéis e inúmeros GT's foi coberta ampla temática de pesquisa jurídica e áreas transversais. No presente volume, figuram os artigos apresentados por seus autores no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e políticas Públicas II, abrangendo estudos de gestão pública e empresarial, desenho e aplicação de políticas públicas nas áreas de educação, saúde, moradia, dentre outros tantos. As apresentações foram permeadas por frutíferos debates e o resultado vem aqui tornar-se público.

A todos uma ótima leitura e estimulante reflexão.

FERNANDO DE BRITO ALVES - Graduado em Direito pela FDENP e graduado em Filosofia pela USG. Especialista em História e Historiografia pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Mestre em Direito pela UENP. Doutor em Direito pela ITE. Pós-doutorado pela Universidade de Coimbra - Visiting Researcher na Universidad de Murcia - Editor da Revista Argumenta. Professor e Coordenador do PPG em Ciência Jurídica da UENP. Procurador-Jurídico da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA - Graduado em Direito pela UERJ e graduado em Administração pela AMAN. Especialista em Educação pela UFRJ. Especialista em Direito Empresarial e Tributário pela FGV. Mestre em Direito e Economia pela UNIG. Doutor em Direito pela UNESA. Pós-doutorado pela Universidade de Paris X. Visiting Researcher na New York Fordham University. Visiting Professor Erasmus na Cardinal Stefan Wyszynski de Varsóvia. Professor PPGD UNOESC e UniRV.

## O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O DIREITO À SAÚDE CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM AND THE RIGHT TO HEALTH

Augusto Pellatieri Belluzzo Gonçalves  
Luisa Astarita Sangoi

### Resumo

A Constituição Federal do Brasil reconheceu a posição de destaque dos direitos fundamentais. Exige-se então, por força do texto constitucional, uma atuação efetiva do Estado na materialização dos direitos fundamentais. Dessa forma, o contributo desse trabalho é apresentar subsídios teóricos úteis à plena concretização do direito à saúde a partir do constitucionalismo, evidenciando a atual inércia do Poder Público no atendimento desse direito. Ao fim, reforça-se que interpretar os direitos sociais como produto do constitucionalismo não é apenas entender sua origem, mas sim uma maneira de auxiliar na efetivação dos objetivos da Carta Constitucional.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo contemporâneo, Direitos sociais, Direito à saúde, Sistema único de saúde. subfinanciamento da saúde

### Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Constitution has therefore recognized an important role for fundamental rights. Hence it is imposed on the Brazilian State, by the force of the constitutional text, the duty to implement fundamental rights. Therefore, this article aims to subsidy theory to permit the full concretization of the right to health after constitutionalism, and, also, to demonstrate that the Brazilian State is failing to guarantee this fundamental right. The study reinforces that interpreting social rights as a product of constitutionalism is not only necessary to understand its origins, but also to help make effective the objectives of the Constitution.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Contemporary constitutionalism, Social rights, Right to health, Brazilian nacional health system, Sub financing health

## 1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios de seu reconhecimento pelas primeiras Constituições, os direitos fundamentais sofreram diversas transformações, tanto no que concerne ao seu conteúdo, quanto à sua titularidade, eficácia e efetivação.

O espírito primordial dos direitos fundamentais positivados encontra suas raízes na consciência ética coletiva de uma sociedade, como fundamento filosófico último dos direitos fundamentais, que é um processo histórico.

Pode-se dizer, portanto, que o aprofundamento desses direitos, bem como sua promoção, acontece pelo desenrolar histórico.

A análise da dignidade humana evoca, sem dúvidas, a observância de preceitos em quaisquer condições e ocasiões, vide outrora o império dos direitos humanos, relativamente aos direitos de primeira geração, reunidos sob o nome de “direitos liberais” e, *a posteriori*, os de segunda geração, tidos por “direitos sociais”.

Em que pese a discussão terminológica acerca das dimensões dos direitos fundamentais a partir do reconhecimento formal desses direitos nas primeiras Constituições, sustenta-se que a trajetória dos direitos fundamentais foi inaugurada com o reconhecimento formal dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa nas Constituições escritas daquele momento histórico.

A temática dos direitos humanos, marcada por profundas contradições ainda no século XX, polarizou-se em duas grandes interpretações e exigências: a primeira delas invocava o Estado do Bem-Estar Social em decorrência do término da segunda grande guerra, prescrevendo o ideal de uma sociedade com igualdade de condições básicas de vida para as pessoas. A segunda, contudo, ansiava por um movimento neoliberal, o qual tentava demonstrar o déficit do princípio da igualdade, raiz dos direitos sociais, com a resistência dos ideais individualistas.

Entretanto, sem evitar a memória de que essas contradições são inerentes ao processo histórico de conquista de uma convivência social, observa-se um grande fluxo em direção ao fortalecimento de um Estado Social.

É com amparo nesse fluxo, que a Constituição brasileira de 1988 consagrou um Estado Social Democrático de Direito, tendo sido influenciada pelos ditames de um novo movimento social, político e jurídico denominado Constitucionalismo contemporâneo. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos

têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados da modalidade de um Estado Social.

Assim, a concretização dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, propõe a superação da antiquada resistência à concepção liberal de Estado e da ciência jurídica dotada de ferramentas dogmáticas tradicionais.

É nesse ambiente, portanto, que se convida ao aprofundamento do estudo da teoria dos direitos fundamentais e da defesa da plena efetividade desses direitos, principalmente no que se refere ao direito social à saúde, haja vista que o constitucionalismo moderno representou o estágio de reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e legitimidade.

É, por assim se observar, o processo histórico dos direitos do homem, que filtra a mais justa leitura do direito fundamental à saúde.

No presente artigo, será apresentado o fenômeno do Constitucionalismo a fim de seja possível traçar um paralelo entre sua evolução e o surgimento dos direitos sociais por intermédio de carga principiológica pela qual as normas constitucionais passaram a promover as prestações estatais através das liberdades públicas.

Após, será analisado o Direito à Saúde em sua aplicação imediata, por força das prestações positivas exigidas pelo texto constitucional, possibilidade oriunda da evolução do constitucionalismo a partir de sua face principiológica.

Ao final, pretende-se apresentar subsídios teóricos úteis à concretização do direito à saúde, evidenciando a atual inércia do Poder Público no atendimento desse direito.

## **2. CONSTITUCIONALISMO: A COMPREENSÃO DO FENÔMENO PARA OS DIREITOS SOCIAIS**

### **2.1 NOÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO DO SÉCULO XIX ATÉ A ATUALIDADE:**

As definições e os conceitos acerca do Constitucionalismo trazidos neste artigo não pretendem, de forma alguma, dar azo ao esgotamento do tema. Dessa forma o presente tópico alicerça-se no alcance do fenômeno do Constitucionalismo na medida em que este fenômeno reintroduziu, através de sua evolução, as concepções de justiça e legitimidade, provenientes do reconhecimento da face principiológica do Direito, que irá encontrar notável sequência na etapa do constitucionalismo contemporâneo, moldando, assim, a compreensão dos direitos sociais e, de maneira mais específica, a do próprio direito à saúde.

A definição de que o Constitucionalismo é um movimento que visa a limitação do poder Estatal por meio de uma Constituição parece-nos suficiente para que esboçemos nossos primeiros ensaios.

Trata-se, portanto, de uma moderna concepção cristalizada a partir das primeiras constituições do final do século XVIII. Era, pois, uma “arma ideológica contra o *Ancien Regime*, contra o absolutismo, contra a confusão entre o Monarca e o Estado, contra uma organização acusada de ser irracional” (FERREIRA FILHO, 2015: p. 35). Desde os fins desse século que “a trajetória do constitucionalismo tem sido a busca pela limitação do poder, aliada ao esforço de se estabelecer uma justificativa espiritual, moral, sociológica, política, filosófica e jurídica para o exercício da autoridade” (BULOS, 2018: p. 66).

Propunha o movimento, dessa forma, uma substituição através de um governo zeloso e moderado, completamente incapaz de cometer abusos.

Ressalta-se, entretanto, que em momentos pretéritos já havia movimentos constitucionalistas que poderiam ser identificados pelo escopo de limitação do poder estatal, embora não fosse ainda realidade a elaboração de uma Constituição escrita.

Desse entendimento, extrai-se a afirmação de que o constitucionalismo não se desenvolveu de maneira equânime entre as nações ao longo de seu percurso histórico e é, por esse motivo, que alguns autores preferem a expressão “movimentos constitucionais”, ao invés de “constitucionalismo”. “Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês), entre inúmeros outros”. (CANOTILHO, 1941: p. 51).

Reconhece Canotilho, entretanto, o constitucionalismo como uma teoria ou ideologia, pois “é, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”. (CANOTILHO, 1941: p. 51).

Saltemos ao recorte histórico do fenômeno ora abordado até os séculos XIX e XX, marco inicial em que o estudo do constitucionalismo se legitima e se justifica para a relevância deste artigo.

Ao longo dos séculos XIX e XX, o Constitucionalismo (chamado) moderno triunfara como modelo jurídico<sup>1</sup>. Inúmeros países passaram a adotar, sob a influência do constitucionalismo francês e norte-americano, uma Constituição escrita, a qual limitava os poderes do governante.

---

<sup>1</sup> “Esse visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas” (FERREIRA FILHO, 2015: p. 35).



## 2.2 OS MARCOS PARA CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO:

De acordo com alguns autores<sup>2</sup> que se debruçam sobre o tema do constitucionalismo contemporâneo, podemos dizer que há três marcos que nos ajudam a compreender esse fenômeno a partir de sua evolução cronológica

O primeiro deles é o *marco histórico*, fincando raízes após os horrores da Segunda Grande Guerra<sup>3</sup>. Nesse período não florescia uma concepção contraposta às conquistas e os méritos do Constitucionalismo Moderno – tal como a limitação do poder do Estado<sup>4</sup> – mas, além, como forma de preservação aos Direitos Humanos contra as arbitrariedades das leis.

A Segunda Grande Guerra demonstrou, cruelmente, o quão perigoso e nocivo foi o positivismo “legicentrista”. Perceberam os tiranos que a melhor maneira de executar a barbárie era inseri-la na legislação.

O governo nazista, a partir da edição das “Leis de Nuremberg”, buscou criar um critério objetivo de definição de quem era o judeu e quem era o alemão. Para tanto, foram colocados na lei critérios de clara segregação racial, considerando ilícitas relações sexuais entre os povos de diferentes origens, ceifando o exercício do comércio por parte do povo judeu, entre inúmeras outras regras claramente depreciativas.

A Lei Fundamental de Bonn<sup>5</sup> foi a gênese dessa forma de constitucionalismo, servindo de paradigma de um novo Estado de Direito através da importância dada aos princípios e valores como elementares do sistema jurídico; da ponderação como método de interpretação e a aplicação dos princípios e de resolução de conflitos de valores e bens constitucionais; da compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares nas relações privadas; e, ainda, do protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretação da Constituição.

---

<sup>2</sup> Assim também preferem Flavio Martins (2019: p.65) e Uadi Lammêgo Bulos (2018: p. 86).

<sup>3</sup> Na opinião de alguns: “O Constitucionalismo contemporâneo, nesse aspecto, não constitui um movimento de rompimento radical com o constitucionalismo moderno do Estado liberal. Parece apresentar-se muito mais como um avanço na doutrina constitucional liberal do que propriamente uma oposição”. (MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011: p. 23).

<sup>4</sup> Aliás, quase toda a caracterização do Constitucionalismo ao longo da história se funda na pluralidade de teorizações e práticas jurídicas construídas em torno do pressuposto de limitar os poderes do Estado e defender os direitos fundamentais do ser humano.

<sup>5</sup> Bonn (ou Bona) foi a antiga Capital da Alemanha Ocidental depois que a Segunda Guerra Mundial teve seu marco final, a partir de 1949. A referência desse momento foi a Constituição Alemã de 1949, que ficou conhecida como a “Lei Fundamental de Bonn”.

Também é a promulgação da Constituição Italiana de 1947 importante divisor de águas nesse período, principalmente por cultivar uma parte sobre direitos fundamentais, que engloba “relações civis”, “ético-sociais”, “econômicas”, e “políticas”; inovações no exercício da função legislativa (iniciativa popular, veto, popular com referendo resolutivo ou revogatório, competência legislativa das comissões parlamentares); (...) à existência de um Tribunal Constitucional. Posteriormente é de se lembrar da importância das Cartas de Portugal (1976) e Espanha (1978).

É preciso também apontar o *marco filosófico* para o constitucionalismo desse período, compreendido a partir do declínio do positivismo jurídico, dando ensejo ao pós-positivismo.

Em busca da objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastando-se da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, dominando o pensamento jurídico da primeira metade do século XX.

Por essa via, sugere que logo da superação histórica do jusnaturalismo - que teve seu auge durante o século XVI aproximando a lei da razão e chegou ao seu apogeu com as constituições escritas e codificadas - e o posterior fracasso do positivismo como filosofia que atrelou o direito à lei e que foi a espécie normativa utilizada para proteger as atrocidades do nazi-fascismo, o pós-positivismo buscou ir além da legalidade estrita, para uma interpretação e aplicação do direito com fundamento numa teoria da justiça.

Mas foi através do *marco teórico* que o constitucionalismo reconheceu normativamente a dimensão principiológica do Direito através da força normativa da Constituição.

A Constituição deixou de ser “um documento essencialmente político (...) e passou a ter força normativa, caráter vinculativo e obrigatório” (MARTINS, 2019: p. 67). Foi nesse momento que o constitucionalismo passou a ser “principalista”, proveniente do “reconhecimento da face principiológica do Direito” (BULOS, 2018: p. 73).

Dessa forma é de se enfatizar que as Constituições passaram a configurar um novo modelo de Estado, antes liberal e passivo, agora social e intervencionista, responsável pelo cumprimento de tarefas e programas perante a sociedade.

A expansão do constitucionalismo em geral se fez sentir especialmente “ao longo do último quartel do século XX, processo em muito influenciado pela consagração, no plano do sistema internacional de proteção dos direitos humanos” (SARLET, 2018: p. 615), foi de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. (SARLET, 2018: p. 47-48).

Com o Estado Social houve, portanto, uma metamorfose da Constituição, de Garantia, Defensiva ou Liberal para Dirigente, Programática ou Constitutiva.

### **3. O SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO**

As liberdades públicas conquistadas pela Era Moderna mostraram-se eficientes para garantir o desenvolvimento da economia de mercado, porém inadequadas para a proteção dos interesses concretos da maior parte dos membros da sociedade de massa.

Do surgimento dos direitos clássicos ao despontar das prerrogativas prestacionais houve toda uma modificação da sociedade, através de muitos fatores, como industrialização, deslocamento da população para as cidades, melhoria no ensino, avanços tecnológicos, crises econômicas, entre outros.

Como resultado, ocorreu uma dupla transformação em nível de Estado e de direitos clássicos, que constituiu na modificação de um Estado abstencionista para um intervencionista e a complementação dos direitos individuais pelas prerrogativas sociais. (AGRA, 2018: p. 314).

É na busca de solução para os interesses dessa maioria de massa que surgem os chamados direitos sociais. A utilização da expressão “social” encontra justificativa “na densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas”. (SARLET, 2018: p. 48).

Partindo-se da premissa que as Liberdades Públicas (em sua dimensão original, negativa) não garantem, de modo efetivo, no caso concreto, o exercício das liberdades da maioria das pessoas, construiu-se uma nova matriz de pensamento, pela qual o Direito aplicado *a todos* da Modernidade Liberal se transforma em Direito *de todos*. (MASTRODI, 2008: p. 78).

Explica Agra (2018: p. 313) que a liberdade dos direitos individuais era dotar o cidadão de condições para que ele não tivesse sua liberdade cerceada pelo Estado, possibilitando-o de exercer formalmente seu livre-arbítrio. Por sua vez, os direitos sociais tencionaram incrementar a qualidade de vida dos cidadãos, munindo-os das condições necessárias para que eles pudessem livremente desenvolver suas potencialidades.

Assim, os direitos passam a ser entendidos em uma nova dimensão, positiva, haja vista que sua promoção, implementação e garantia prescindem de efetiva atuação estatal.

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos os da coletividade, “introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois

que germinaram por obra da ideologia e da reflexão liberal do século XX”. (BONAVIDES, 2016: p. 578).

É de se observar que no Brasil, a partir da Constituição de 1988, com a reconstitucionalização do país, ocorreram mudanças significativas na busca da eficácia social, na prevalência do princípio da força normativa da Constituição e no aprimoramento da hermenêutica constitucional. A Constituição deixou de impor relações coativas de convivência e passou a consagrar princípios socioeconômicos, vertidos em normas com o intuito de celebrarem compromissos para com os cidadãos.

Tais compromissos qualificam-se como “prestações positivas”, pois revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado sob o império das normas constitucionais. Diz-se, portanto, que o Estado tem a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos que, então, intitulam-se “sociais”.

Nesse cenário, o Estado evolui para intervir nos setores econômicos e sociais da sociedade, passando a ser mais participativo e decisivo na implementação de direitos. O Estado passa a ser prestador de serviços.

O axioma da liberdade, fundamental na formatação dos direitos individuais, é suplantado pelo axioma da igualdade nos direitos sociais. A luta contra o arbítrio do Estado Leviatã “passa a segundo plano diante da exploração e da péssima condição de vida em que se encontra a maioria da população. A concretização diferenciada dos direitos sociais de acordo com seus demandantes enquadra-se perfeitamente com o princípio da igualdade “que serviu como *standard* indelével para a formação de todos os direitos de segunda dimensão”. (AGRA, 2018: p. 316).

Surgem, assim, os direitos sociais, econômicos e culturais, denominados direitos fundamentais de segunda dimensão, intrinsecamente relacionados à ideia de igualdade material. Os entes estatais deixam de ser vistos apenas como o verdugo que comete arbitrariedade e começa a ser considerado um ator crucial na superação das deficiências materiais”. (AGRA, 2018: p. 313).

Reforça-se o valor da Igualdade com a consideração, de caráter político, “segundo a qual um Estado (e sua correspondente sociedade) não pode (m) ser formado (s) sem que partes, em condição de igualdade, tenham assim definido por meio do contrato social”. (MASTRODI, 2008: p. 78). Separar os direitos sociais da igualdade seria, pois, “desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (BONAVIDES, 2016: p. 578).

Não se trata do exame de mera igualdade formal, mas sim de uma igualdade material, de tornar as pessoas, concretamente, iguais em dignidade.

É no bojo do Estado do Bem-Estar Social, portanto, que os direitos sociais e econômicos constituem verdadeiros direitos de crédito do indivíduo, sendo, portanto, dever correlato do Estado prover sua concretização.

Direito sociais são, nessa compreensão do constitucionalismo contemporâneo, “liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas através do princípio da igualdade social”. (BULOS, 2018: p. 823). Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se o Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, “necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade”. (BARROSO, 2018: p. 68).

Devem ser entendidos, nesse sentido, como a materialização, no plano concreto, das Liberdades Públicas existentes no plano metafísico da matriz liberal. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do estado na esfera da liberdade individual, mas sim “de propiciar um direito de participar do bem-estar social. Não se trata mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado” (SARLET, 2018: p. 47), não sendo mais possível, atualmente, imaginar-se “direitos mais fundamentais que estes”. (MASTRODI, 2008: p. 82).

A consolidação das prerrogativas de segunda dimensão ajuda a superar a dicotomia entre o cidadão e os entes estatais, tornando-se estes um instrumento insuperável para o bem-estar social. “Ao invés de se configurarem como estorvo e mitigadores da autonomia individual, eles se tornam o garantidor de sua realização”. (AGRA, 2018: p. 313).

### **3. O DIREITO À SAÚDE**

#### **3.1. CONCEITO E FUNDAMENTO**

O Direito à Saúde é também um dever. Trata-se, portanto, de um direito-dever, que acarreta deveres prestacionais para sua promoção e proteção, bem como deveres correlatos, a exemplo das normas que protegem o direito à vida e as normas de vigilância sanitária. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, P. 114)

Na condição de dever prestacional, o direito à saúde é densificado por normas e políticas públicas que regulamentam e organizam o SUS. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, P. 114). Deveras, isso demonstra o caráter peculiar de alguns direitos fundamentais, ao gerarem deveres de natureza política, econômica, social, cultural e ambiental (SARLET, 2009, p. 241-299).

O principal destinatário do dever de garantir a saúde é o Estado, todavia os particulares também possuem deveres o dever de promoção da saúde (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 115), conforme se infere do artigo 2º da Lei 8.080/1990, segundo o qual “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade” e do artigo 199, §1º, Constituição, que prevê que as instituições privadas poderão participar do Sistema de Saúde “segundo as diretrizes deste”. Assim, os princípios e diretrizes do SUS também submetem a iniciativa privada, ainda que haja discussões acerca dos limites dessa vinculação. (SALAZAR; GROU; SERRANO; 2008, p. 198-200).

Por conseguinte, essa noção de dever se conecta ao princípio da solidariedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 115), uma vez que a sociedade é responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um (CASAUX-LABRUNÉE, 2014, 631 ss), bem como ao princípio da subsidiariedade, em sua dimensão horizontal, pois os deveres fundamentais se conectam às ideias de suporte recíproco e de um movimento circular na esfera pública, restando superada a prevalência do setor público ou do setor privado. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 115)

O conteúdo do direito fundamental à saúde não foi especificado de forma expressa na Constituição Federal, razão pela qual é relevante a conformação legislativa e administrativa do texto constitucional. Porém, resta evidente que foi incorporada no Brasil a concepção ampla de saúde da OMS, que ultrapassa o aspecto curativo e ressalta as dimensões preventiva e promocional do direito à saúde. O termo “recuperação” do artigo 196 traz o aspecto de saúde curativa. Já as expressões “risco de doença” e “proteção” se atrelam à saúde preventiva. Por fim, o termo “promoção” indica a busca da qualidade de vida por ações que objetivem essa melhora, o que revela também a sintonia com o dever de progressividade previsto nos artigos 2º e 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, 116-117)

Em seu aspecto de direito subjetivo, o direito à saúde abarca pretensões de fornecimento de variadas prestações materiais, havendo tendência crescente na Jurisprudência e na doutrina de afirmar a exigibilidade judicial de posições subjetivas ligadas ao mínimo existencial, cujo conteúdo, segundo concepção prevalecente, ultrapassa a sobrevivência física e alberga a garantia de condições materiais mínimas para uma vida saudável e com certa qualidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 11-53)

Por outro lado, em seu aspecto objetivo, o direito à saúde “justifica a imposição de deveres de proteção e promoção da saúde” e respalda a extensão da proteção ao próprio Sistema

Único de Saúde – SUS -, na condição de “típica garantia institucional, estabelecida originalmente em nível constitucional”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 117)

Quanto aos titulares do direito à saúde, a Constituição de 1988 previu que o direito à saúde é assegurado a todas as pessoas, consignando, portanto, a titularidade universal do direito. O direito à saúde possui, portanto, titularidade individual e transindividual, sendo exigível judicialmente tanto por ações individuais quanto por ações coletivas. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 119).

### 3.2 DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.

O Brasil adotou na Constituição de 1988 os princípios clássicos de um Sistema Nacional de Saúde, após a Reforma Sanitária, aprovada na VIII Conferência Nacional de Saúde. (SANTOS; SANTOS; BORGES, 2013, P. 76)

O artigo 196 previu a universalidade do direito à saúde, ao garantir o direito à saúde de todos. Trata-se da maior bandeira da reforma sanitária. Foi previsto acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, previsão esta que alterou de forma profunda as diretrizes das políticas públicas de saúde no Brasil. (SANT’ANA, 2017, p. 45)

Por seu turno, o artigo 198 da Constituição previu as diretrizes que deveriam nortear o Sistema de Saúde brasileiro, a partir dessa universalização, que são a regionalização, a hierarquização, a descentralização, a integralidade e a participação comunitária. (SANT’ANA, 2017, p. 45)

A **regionalização** impôs a organização em circunscrições territoriais (regiões de saúde), no intuito de promover a distribuição racional da oferta dos serviços no território. (SANT’ANA, 2017, p. 45) A **hierarquização** organizou o atendimento em diferentes níveis de complexidade: atenção primária (baixa complexidade, representando 80% da demanda), atenção secundária (complexidade intermediária, representando 15% da demanda) e atenção terciária alto complexidade, representando 5% da demanda). (SANT’ANA, 2017, p. 49)

Quanto à hierarquização, o acesso aos serviços de saúde ocorre, em regra, pela atenção primária, porém pode se dar pelas atenções secundária a terciária em casos de emergência, atenção psicossocial ou serviços especiais de acesso aberto. Após, o encaminhamento para os diversos níveis de complexidade pode ocorrer de forma crescente (referência) ou decrescente (contrarreferência). A conjugação das diretrizes de regionalização e hierarquização busca garantir a integralidade da assistência à saúde. (SANT’ANA, 2017, p. 50)

A **descentralização** prevê a direção única em cada esfera de governo para a saúde da região. A Lei Orgânica da Saúde detalha a descentralização. A União define diretrizes, coordena o sistema, fiscaliza, normatiza e organiza os serviços de alta complexidade e o referenciamento entre os níveis de complexidade do Sistema. Os Estados executam serviços, em especial os alta complexidade, os quais, porém, podem ser descentralizados aos municípios. Por fim, os municípios são o maior foco da execução e gestão da saúde, com atribuição para a execução de grande parte dos serviços, sendo possível a formação de consórcios entre os municípios de determinada região de saúde. Portanto, a execução dos serviços de saúde divide-se, regra geral, entre Estados e municípios. Apesar da previsão legal, há ainda graves entraves à gestão municipal da saúde em virtude das deficiências da gestão municipal. (SANT'ANA, 2017, p. 52-53)

A execução dos serviços de saúde ocorre por meio da articulação institucional entre as três esferas de gestão, conforme amplos acordos construídos de forma ascendente (de nível local para o nível nacional e de nível municipal para estadual). São foros de negociação e pactuação entre gestores a Comissão Intergestores Tripartite em âmbito nacional, as Comissões Intergestores Bipartites em âmbito estadual (artigo 14-A e 14-B da Lei 8.080) e as Comissões Intergestores Regionais em âmbito regional (Decreto 7.508/2011). A partir da articulação entre as três esferas de gestão nasceram as normas infralegais que preveem as diretrizes de compartilhamento de responsabilidades, gestão, planejamento de recursos, o qual evoluiu até resultar no “Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde (COAP), previsto no Decreto 7.508/2011128 e desdobrado na Portaria 2.135/2013 do Ministério da Saúde”. (SANT'ANA, 2017, p. 53-54)

A diretriz da **integralidade** ou atenção integral é controversa, uma vez que abre espaço a inúmeras interpretações acerca dos limites das ações e serviços do SUS no que toca ao atendimento ao paciente, mormente em virtude da ampla judicialização de demandas relativas à saúde da população. Segundo SANT'ANA, deve-se buscar inspiração para interpretar a integralidade no *National Health Service* britânico, o qual estabelece que o sistema precisa satisfazer as necessidades de todos. Afirma que a estruturação e planejamento do SUS devem ser diversificados de forma que se busque atender a todas as necessidades e se ofereçam tratamentos curativos a qualquer agravo de saúde que atinja a população. A compatibilização entre necessidades individuais e linhas gerais de cuidado se dá por meio de extensos protocolos e listas, como a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). (SANT'ANA, 2017, p. 56-57)



Por fim, a **participação social** é implementada por meio dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde, conforme regulamentação da Lei 8.142/90. Os Conselhos de Saúde são organizados nas esferas municipais, estaduais e em âmbito nacional. Sua composição é de 50% de usuários, 25% de trabalhadores e 25% de prestadores de serviços e gestores. As decisões dos Conselhos necessitam de homologação pelo Chefe do Executivo para terem eficácia. As conferências de saúde têm escopo mais amplo e ocorrem a cada quatro anos. Elas iniciam pela esfera municipal, que fornece as bases de discussões das conferências estaduais e, então, ocorre a Conferência Nacional de Saúde. As Conferências Nacionais de Saúde ocorrem desde 1930 e são eventos de grande importância. A 8ª Conferência foi muito importante, pois suas deliberações foram as bases para a Reforma Sanitária realizada pela Constituição de 1988. (SANT'ANA, 2017, p. 59).

### 3.3. SUBFINANCIAMENTO

A Constituição prevê o que o financiamento da saúde será realizado pela União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, além de outras fontes (artigos 195 a 198). A forma de financiamento pelos entes foi sendo alterada ao longo dos anos por emendas constitucionais. (SANT'ANA, 2017, p. 59-60)

Inicialmente, a EC 29/2020 definiu que haveria percentuais mínimos a serem aplicados, previstos em Lei Complementar. Em 2012, foi sancionada a Lei Complementar n. 141.

Segundo a LC 141/2012, restou consignado que, para a União, haveria cálculo com base de cálculo correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB observada no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Para os Estados e o Distrito Federal, deveriam ser aplicados em ações e serviços de saúde no mínimo 12% da arrecadação dos impostos de sua competência e dos recursos oriundos da repartição das receitas tributárias, deduzidas as parcelas que fossem transferidas aos respectivos municípios. Por fim, pelos municípios e o Distrito Federal, deveriam ser aplicados no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos de sua competência e dos recursos oriundos da repartição das receitas tributárias. (SANT'ANA, 2017, p. 61)

A EC 86/2015 modificou a sistemática que dava tratamento diferenciado à União, e passou a determinar que esta, a partir de 2016, passasse a aplicar o percentual mínimo de 15% da Receita Corrente Líquida, o qual evoluiria progressivamente: 13,2% em 2016; 13,7%, em 2017; 14,1%, em 2018; 14,5%, em 2019; e 15% da RCL em 2020. (SANT'ANA, 2017, p. 61)

Todavia, novamente esse regime de financiamento foi alterado em 2016, pela EC 95, as quais alteraram o ADCT para desvincular as aplicações mínimas da Receita Corrente Líquida do exercício anterior. Foi instituída nova fórmula de cálculo, que teve por base o mínimo aplicado no ano de 2017, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Somente após 2036, o valor passaria a ser de 15% sobre a Receita Corrente Líquida do ano anterior. Até lá, os valores ficariam congelados, tendo por referência o mínimo aplicado em 2017, que será corrigido anualmente pelo IPCA. (VOLPE, 2016, p. 19-20)

Contudo, esse congelamento foi objeto da ADI 5595, no âmbito da qual houve decisão liminar proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski que suspendeu a eficácia dos artigos. Portanto, ainda há indefinição sobre a temática. Caso mantido, o congelamento gerará a perpetuação do subfinanciamento da saúde brasileira, já que o atual patamar de investimentos é insuficiente para garantir a universalidade do direito à saúde. (VOLPE, 2016, p. 20)

Por essa razão, pode-se afirmar o SUS nasce com vício de origem, pois “o sistema institucional avançado delineado na Constituição não foi acompanhado de garantias orçamentárias para seu desenvolvimento na prática”. (SANT’ANA, 2017, p. 75) O financiamento da saúde no Brasil, mesmo após a universalização do direito promovido pela Constituição de 1988, sofreu involução e “fraco desempenho de gasto público consolidado (federal, estadual e municipal) no período em que se inicia a descentralização”. (WERNECK VIANNA, 2011, p. 175)

Além do acima exposto, após a Constituição, não foi cumprido o dispositivo do artigo 55 do ADCT, que previa o investimento de 30% do orçamento da seguridade social em saúde. (VIANNA, 1992, p. 49). Estados e municípios ainda não tinham previsão de percentuais mínimos. Após o governo Collor, houve uma drástica redução dos gastos federais em saúde. (COSTA, 2002, p. 54). Em 1993, houve reversão no cenário de queda, porém as contribuições previdenciárias deixaram de ser consideradas solidárias no financiamento da saúde. Em 1994, a criação do Fundo Social de Emergência redirecionou partes das receitas destinadas à seguridade. Em virtude dessas circunstâncias, a saúde pública sofreu desorganização e sucateamento, o que acarretou o crescimento do setor privado. (COSTA, 2002, p. 55)

Por outro lado, a União possui reduzida participação no financiamento da saúde. A EC 29/2020, acima mencionada, instituiu percentuais mínimos para o financiamento da saúde por Estados e municípios. (SANT’ANA, 2017, p. 77). Todavia, a União diminuiu sua participação relativa, pois restou obrigada apenas a manter o padrão de investimento com reajuste pela variação nominal do PIB. (SANT’ANA, 2017, p. 77). A participação da União nos gastos com ações e serviços de saúde foi decrescendo com o passar dos anos. Passou de 75% dos recursos

em 1980, para 63% em 1996, para 60% em 2000, para 49,26% em 2004 e, por fim, 42,59% em 2013 (PIOLA; PAIVA; SERVO, 2012, p. 14), não obstante a União seja “a maior arrecadadora de impostos e contribuições (68,6%) e destinatária da maior parte da receita tributária (57,2%) do país” (BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2015, p. 90-91). Entre 2013 e 2015, a União arcou com 43% dos gastos com saúde, Estados 26% e municípios 31% (VIEIRA, BENEVIDES, 2016, p. 18).

Ademais, os municípios têm, em média, investido valores muito superiores ao piso legal. Em 2013, 47% acima; em 2014, 53%; e em 2015, 55%. Os Estados têm investido um pouco acima do mínimo: 10% acima em 2013, 13% em 2014 e 13% em 2015. Por seu turno, a União “praticamente adotou o mínimo como teto de gastos”: 0,2% acima em 2013; 0,7% em 2014; e 2,2% em 2015 (VIEIRA, BENEVIDES, 2016, p. 12). Em 2016, o Conselho Nacional de Saúde rejeitou o Relatório Anual de Gestão do Ministério da Saúde em virtude da não aplicação do mínimo constitucional, além de outras irregularidades.

Quanto ao volume de recursos investidos em saúde, houve um incremento de gastos com saúde entre 2000 e 2011 (de R\$ 378,27, em 2000, para R\$ 717,70, em 2010) (PIOLA; PAIVA; SERVO, 2013, p. 14-15), todavia esse incremento, além de insuficiente para dar conta das demandas de saúde, conforme acima exposto, comparativamente aos demais países com Sistemas Nacionais de Saúde, foi bastante inferior (FUNCIA; MENDES, 2016, p. 140), o que permite entender a insuficiência do padrão de financiamento do SUS.

Ademais, o incremento que ocorreu nos gastos com saúde no Brasil decorreu do aumento de participação de Estados e municípios, que passaram de 28 bilhões para 89 bilhões entre 2000 e 2011, um incremento de mais de 300%. OS gastos da União, em contrapartida, aumentaram apenas 31 milhões, ou seja, um aumento de apenas 75%. Por outro lado, o gasto público com saúde foi elevado em 1 ponto percentual, de 2,89% em 2000 para 3,91% em 2011, nível no qual permaneceu até 2015. Porém, esse avanço também foi decorrente do aumento da participação de Estados e municípios, já que a participação da União, em comparação com o PIB permaneceu estável no patamar de 1,74%, mesmo nos períodos de expansão econômica. (PIOLA; PAIVA; SERVO, 2013, p. 14-15). Ademais, esse percentual ainda é muito inferior ao de outros países com sistemas universais, já que Alemanha, Espanha, França, Reino Unido e Suécia gastam cerca de 8% do PIB com saúde. (FUNCIA; MENDES, 2016, p. 140)

Por conseguinte, o aumento da participação da união no financiamento passou a ser visto com uma alternativa para enfrentar o subfinanciamento. A EC 86/2015 decorreu da pressão existente por esse aumento, todavia o percentual adotado para 2016 (13,2% da Receita Corrente Líquida) intensificaria o subfinanciamento do SUS (MENDES, 2016, p. 2), pois em 2015 a

União já aplicava 14,8% da Receita Corrente Líquida em saúde. Por conseguinte, a vigência da emenda acarretaria uma perda de 9,2 milhões em saúde em 2016 (FUNCIA; MENDES, 2016, p. 139-168)

Por outro lado, a vigência da EC 86 foi praticamente suspensa em 2016 pela EC 95, que previu novamente desvinculação do investimento de um percentual fixo da receita em saúde, e passou a prever apenas a atualização com base nos investimentos do ano anterior. Todavia, ao contrário do cenário da EC 29, a atualização passou a ocorrer pelo IPCA (inflação), e não pela variação do PIB. Por conseguinte, deixou de estar vinculada ao crescimento econômico do país, o que, em um cenário de crescimento econômico, significaria significativas perdas no orçamento da saúde. (SANT'ANA, 2017. P. 81)

A EC 93/2016 prorrogou para 2023 a desvinculação das receitas da União relativas a contribuições sociais, bem como ampliou essa desvinculação de 20% para 30%. Entre 1995 e 2014, essa desvinculação gerou uma perda de R\$ 704,2 bilhões de reais para a Seguridade Social (FUNCIA; MENDES, 2016, p. 165)

Essa conjuntura revela a existência de um desfinanciamento da saúde no Brasil (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 22), a qual constitui peça chave para compreender os problemas existentes no SUS e o aumento da judicialização da saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 82).

É possível, portanto, concluir que os valores destinados à saúde no Brasil estão muito aquém daqueles necessários para o correto funcionamento do Sistema Único de Saúde, razão pela qual se torna preocupante a efetivação desse direito fundamental em uma perspectiva constitucionalista, em que a Constituição possui força normativa e reconheceu direitos sociais que necessitam garantidos e promovidos pelo Estado.

#### **4. A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A JUDICIALIZAÇÃO DA MATÉRIA**

Consoante já exposto nos itens anteriores, após pressões do Movimento Sanitarista, a Constituição de 1988 assegurou o direito-dever da saúde, que tem titularidade universal e impõe deveres ao Estado e aos particulares de garantirem a saúde de todos, acarretando também o direito de as pessoas, individual ou coletivamente, buscarem acessar esse direito. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, P. 114-117)

Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde, enquanto política pública principal destinada a garantir o acesso à saúde da população brasileira, bem como as diretrizes destes, converte-se

em verdadeira garantia institucional (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, P. 114), destinada a permitir que o direito à saúde seja de fato assegurado a todos.

Ao analisar as diretrizes constitucionais que norteiam o SUS, nomeadamente a universalidade, integralidade, a hierarquização e a descentralização, bem como as leis e regulamentos infraconstitucionais que se destinam a concretizar essas diretrizes, verifica-se que a legislação nacional teve êxito em prever a estrutura burocrática necessária para garantir que os brasileiros e estrangeiros em território nacional tivessem garantido o seu direito constitucional fundamental à saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 82).

Porém, no que toca ao financiamento da saúde no Brasil, é possível notar que houve, desde a Constituição, a progressiva redução dos valores investidos pelo Poder Público em Saúde, gerando um desfinanciamento do Sistema Único de Saúde (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 22), o que tem prejudicado a efetivação do direito e acarretado os inúmeros problemas existentes no SUS e o aumento da judicialização da saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 82).

Nesse aspecto, as progressivas demandas ao Poder Judiciário, além de naturais consequências dos problemas gerados no Sistema Único de Saúde em virtude do seu subfinanciamento, são também decorrência do constitucionalismo pós-segunda guerra mundial, da força normativa da Constituição, e do conseqüente reconhecimento e efetividade dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, que é consectário do direito à vida e inúmeros outros direitos. “O fato é que não somos capazes de fazer muita coisa se estamos incapacitados ou somos incessantemente atormentados pela doença, e podemos fazer de fato muito pouco se não estamos vivos”. (SEN, 2010, p. 112)

Portanto, é possível afirmar que, em um contexto de constitucionalismo democrático, a equalização da expressiva quantidade de demandas judiciais individuais tendo por escopo a proteção do direito à saúde, com a organização do orçamento da saúde e a ampliação dos investimentos no setor, não se dará por meio da redução da quantidade de demandas judiciais, mas principalmente pela definição de critérios e requisitos de julgamento, por intermédio de um sistema de precedentes sólidos que deverá ser observado por todo o Poder Judiciário, tema que será aprofundado em outro trabalho.

#### **4. CONCLUSÃO**

A partir do entendimento de que a consagração dos direitos fundamentais é um processo oriundo da construção histórica do constitucionalismo, torna-se possível identificar

que a sociedade roga por um Estado participativo, sendo esperada uma atuação efetiva na garantia dos direitos fundamentais de segunda dimensão, ou seja, dos direitos sociais.

O desenrolar do Constitucionalismo contemporâneo revelou uma evolução de paradigma, tendo definido a atual morfologia do Estado Constitucional de direito através da consideração da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional, da interpretação do texto constitucional e, de maneira primordial, do protagonismo dos direitos fundamentais, o que ocasionou, sem dúvidas, o aprimoramento da defesa da efetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial do direito à saúde.

A garantia do direito à saúde torna-se consequência inevitável desse movimento, razão pela qual as decisões judiciais acerca da matéria, embora gerem impactos orçamentários, são expressão desse processo de constitucionalização de direitos sociais, da fundamentalidade do direito à saúde e do descumprimento pelo Estado dessas normas ao subfinanciar o Sistema criado.

Por conseguinte, a necessidade de equalizar a expressiva quantidade de demandas judiciais nessa temática com a organização do orçamento da saúde e a ampliação dos investimentos no setor não se dará por meio da redução da quantidade de demandas judiciais, o que seria impossível na nossa ordem constitucional, mas principalmente pela definição de critérios e requisitos em precedentes sólidos, construídos em diálogo com os outros poderes, que deverão ser observado por todo o Judiciário, trazendo segurança jurídica às nossas instituições e às políticas públicas de saúde, tema que será melhor abordado em outro trabalho.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2015, pp. 90-91

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução no 551 de 06 de julho de 2017. Brasília. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso551.pdf>. Acesso em: 16/09/2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16/09/2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. Lei 8.080/1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 16/09/2021

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CASAUX-LABRUNÉE, L. “Le ‘droit à la santé’”. In CABRILLAC, R.; FRISON-ROCHE, M-A; REVET, T. Libertés et droits fondamentaux. 6 ed. rev. e aum. Paris: Dalloz, 2000, p. 631 e ss.

COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002.

COTTURRI, G. “Culture e soggetti della sussidiarietà”. In: LABSUS Papers (2007), Paper n. 2, p. 1-2 e p. 11. Disponível em: [http://www.labsus.org/media/Cotturri\\_2.pdf](http://www.labsus.org/media/Cotturri_2.pdf), acesso em 17/09/2021.

FUNCIA, F. R.; MENDES, A. O SUS e seu financiamento. In: MARQUES, R. M.; PIOLA, S. F.; ROA, A. C. (Orgs.). Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento. Rio de Janeiro: ABRES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, 2016, pp. 139-168

BAHIA, L. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. Ciênc. saúde coletiva [online]. v.13, n.5, pp.1385-1397, 2008.

MARTINS, Flávio Nunes Júnior. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASTRODI, Josué. Direitos Sociais Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

MENDES, A. N.. A saúde pública brasileira num universo "sem mundo": a austeridade da Proposta de Emenda Constitucional 241/2016. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro , v. 32, n. 12, 2016.

Mendes A, Funcia F. O SUS e seu financiamento. In: Marques RM, Plola SF, Roa AC, organizadores. Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento. v. 1. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Economia da Saúde/Brasília: Ministério da Saúde; Organização Pan-Americana da Saúde; 2016.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOLLER, Max. Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Financiamento Público da Saúde: uma história a procura de rumo. Texto para discussão 1.846. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S., Financiamento do Sistema Único de Saúde: Trajetória Recente e Cenários para o Futuro. Rev. Análise Econômica, Porto Alegre, ano 30, n. especial, pp. 9-33, 2012.

PIOLA, S. F.; VIEIRA, F. S.. Implicações do Contingenciamento de despesas do Ministério da Saúde para o Financiamento Federal do Sistema Único de Saúde. Texto para discussão 2260. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

SALAZAR, A. L.; GROU, K. B.; SERRANO JR., V. “Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação”. In: MARQUES, C. L. [et al.] (coord.) Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília.

SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L. Mix Público-Privado no Sistema de Saúde Brasileiro: realidade e futuro do SUS. In: A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: Ré, A. I. M. R. (Org.). Temas aprofundados da Defensoria Pública. Salvador: JusPODIVM, 2014, v. 1

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53 (especialmente p. 42-49); e FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 204 e ss.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988*. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (edits.). La protección judicial de los derechos sociales. Quito, Equador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 241- 299.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018



SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução: Bernardo Ajzember, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VIANNA, S. M. A seguridade social, o Sistema Único de Saúde e a partilha dos recursos. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 43-58, 1992.

VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Nota Técnica no 28. Rio de Janeiro: IPEA, 2016

VOLPE, R. A. Novo Regime Fiscal - Emenda Constitucional 95/2016 Comentada (Estudo Técnico n. 26 de 2016). Brasília: Câmara dos Deputados, 2016, p. 20. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2016/et26-2016-novo-regime-fiscal-emenda-constitucional-95-2016-comentada>.

WERNECK VIANNA, M. L. T. A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: Revan, 2011