# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

**JOSÉ QUERINO TAVARES NETO**

**MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR**

**RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: José Querino Tavares Neto

Marco Aurélio Serau Junior

Ricardo José Macedo De Britto Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-772-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

## Apresentação

No dia 20.06.2019, durante a realização do XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia/GO, ocorreram os debates no bojo do GT Direitos Sociais, Previdência e Seguridade Social, sob coordenação dos Professores Doutores Marco Aurélio Serau Junior (UFPR), José Querino Tavares Neto (UFG) e Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira (UDF).

Foram apresentados 23 trabalhos, os quais gravitaram em torno de 4 eixos temáticos: a) judicialização do acesso ao direito à saúde; b) direito fundamental à educação; c) Teoria Geral da Seguridade Social, e d) Direito Previdenciário e Reforma Previdenciária.

Esses trabalhos se coadunam à perfeição com os objetivos específicos desse Grupo de Trabalho, voltado não somente às discussões sobre Seguridade Social, mas, de modo mais amplo, à reflexão sobre os direitos sociais como um segmento próprio e coeso dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva de discussão acadêmica é extremamente relevante para o momento pelo qual estamos transitando, pautado por inúmeras alterações legislativas cuja tônica é, quase sempre, da restrição aos direitos fundamentais sociais, a exemplo da já consolidada Reforma Trabalhista (levada a cabo sobretudo pelas Leis 13.467/2017 e Lei 13.429/2017) e da Reforma Previdenciária, que já avançou por meio da Lei 13.846/2019 e aguarda sua consolidação caso aprovada a PEC 6/2019, cuja pretensão é o abandono dos pilares constitutivos da Seguridade Social, em particular o princípio da solidariedade social, portanto, numa perspectiva mais aguda, um risco à própria sociedade e seus avanços no que se refere às conquistas de direitos e afirmação da justiça social.

Numa palavra, qualquer alteração legal em direitos previdenciários, seguridade social e, por reflexo direto, sociais, devem ocorrer, e não há qualquer sociedade que não deva levar em conta essa necessidade, mas, sobretudo, nossa sociedade tão desigual como a brasileira, isso deve ocorrer de forma serena e em diálogo com a sociedade, mormente, reflexo de audiências públicas e de forma dialogal com especialistas, inclusive a academia, sob o risco de uma reforma que aprofunde ainda mais as desigualdades numa sociedade de classes.

Todos as pesquisas apresentadas em Goiânia seguem esse pensamento crítico e pavimentam a contribuição teórica que a Universidade deve proporcionar à sociedade a fim de que as políticas públicas sejam seriamente delineadas.

Assim, convidamos todas e todos à leitura destes valorosos trabalhos que se seguem.

Dia desses com muito aprendizado coletivo.

Os coordenadores

Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Junior - UFPR

Prof. Dr. Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira - UDF

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# O FEDERALISMO BRASILEIRO E OS DIREITOS SOCIAIS À SAÚDE: A NÃO EFETIVAÇÃO DAS VONTADES CONSTITUCIONAIS

## THE BRAZILIAN FEDERALISM AND THE SOCIAL RIGHTS TO HEALTH: THE NON-EFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONAL WILLS

**André Luis Camargo Mello** [1]

**Resumo**

O estudo objetiva uma abordagem crítica do sistema federativo brasileiro e por consequência sua influência na não efetivação e consecução das políticas públicas de saúde prometidas na Constituição. O tema é abordado à luz dos fundamentos do federalismo e sua dinâmica cooperativa a partir das disposições constitucionais, cuja descentralização disfuncional tolhe liberdades e gera o inevitável crescimento vertiginoso de demandas objetivando a tutela jurisdicional de tais direitos fundamentais sociais, fator desencadeador de profunda crise relacionada aos aspectos cooperativos da gestão da saúde.

**Palavras-chave:** Federalismo, Saúde, Direitos sociais, Constituição

**Abstract/Resumen/Résumé**

The study aims at a critical approach to the Brazilian federal system and, consequently, its influence on the non-effectiveness and attainment of the public health policies promised in the Constitution. The theme is approached in the light of the foundations of federalism and its cooperative dynamics based on constitutional provisions, whose dysfunctional decentralization impedes freedoms and generates the inevitable vertiginous growth of demands aiming at the judicial protection of such fundamental social rights, a triggering factor of deep crisis related to cooperative aspects of health management.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Federalism, Health, Social rights, Constitution

[1] Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFIO. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogado e Professor da UNIFIO.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao reafirmar o Estado Democrático, a Constituição Federal de 1.988 estabeleceu as matrizes de suas políticas sociais protetivas e reconheceu a saúde como direito social integrante do conjunto de ações a serem desenvolvidas de forma cooperativa pelos Entes Federativos, voltadas a assegurar os objetivos precípuos de bem-estar coletivo e justiça social.

Para a edificação da nova ordem constitucional social concebeu-se o Sistema Único de Saúde (SUS), imposto pelo Poder Constituinte aos entes federativos, que determinou o desenvolvimento de ações e serviços públicos de saúde de forma cooperada, integrada em rede regionalizada e hierarquizada (arts. 198 a 200 da CF/88). Na seara das competências materiais comuns é facultada a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 24, parágrafo único, da CF/1988), na saúde a atuação, embora conjunta e coordenada, revela-se uma imposição constitucional.

Esta diretriz produziu uma disfunção no nosso federalismo cooperativo, uma vez retirar dos Estados-membros e dos Municípios a autonomia de execução das políticas de saúde, o que gera impactos administrativos, políticos, sociais, econômicos e jurídicos que acentuam o já deturpado modelo adotado pelo Federalismo Brasileiro. Embora, em tese, cada ente federativo exerça seu poder de gestão, esta se subsume à vontade política na União (inc. I do art. 198, da CF/878), sem atentar em especial para as diversidades geográficas, sociais e econômicas do País.

Mesmo ante o argumento da manutenção do poder de autogestão dos Estados-membro e dos Municípios, na concepção tripartite do Sistema Único de Saúde – SUS, surge a crítica de afronta a uma exigência tradicional da teoria do Estado de dividir as entidades políticas em subsistemas e conceder a tais um máximo de autonomia na regulação dos seus assuntos.

O volumoso conjunto normativo editado pós 1.988, que objetivou viabilizar o modelo proposto pelo Estado Brasileiro, acentuou progressivamente as mazelas de nosso pacto federativo, pois, muito embora avanços possam ter sido verificados ao longo dos anos, atualmente conduz o sistema ao colapso decorrente da desarmonia da descentralização democrática que caracteriza o federalismo brasileiro e produz como reflexo a quebra das promessas constitucionais, apresentando-se um cenário de injustiças e cerceamento de liberdades.

O centralismo característico do federalismo brasileiro, marcado pelo superdimensionamento do ente federal em detrimento dos demais entes, visto por alguns como necessário a implementação do modelo adotado pelo SUS, causou o descontrole e a ineficiência

no atendimento de serviços tão essenciais e relega uma grande massa de pessoas, em geral os menos favorecidos, ao sofrimento e incertezas de um sistema incapaz de prover este direito fundamental.

Este desarranjo do Estado brasileiro, ao cercear a fruição de direitos tão fundamentais e tolher as liberdades dos abandonados sociais, ou seja, os marginalizados, exclusos da elite, que experimentam diuturnamente o amargor das injustiças, acarretou o crescimento vertiginoso de demandas objetivando a tutela jurisdicional de tais direitos fundamentais sociais, exponenciando a chamada judicialização da saúde. Na prática, a pretendida descentralização do sistema federativo e suas mazelas desencadeou profunda crise relacionada aos aspectos cooperativos da gestão da saúde, o que demonstra ser o ativismo e a judicialização uma consequência inevitável.

Abordaremos os fundamentos do federalismo, o sistema brasileiro e suas consequências na dinâmica cooperativa na efetivação dos direitos sociais à saúde a partir das disposições constitucionais de 1988.

## 2 FEDERALISMO: HISTORICIDADE E O MODELO BRASILEIRO

Situemo-nos resolutamente, para começar, no estudo do passado (BLOCH, 2002, p. 69). Segundo CUNHA, a origem etimológica do vocábulo federação provém do latim *foedus, foederis, foederatus*, que significa aliança, pacto, união. (2007, p. 352). Esta orientação fez ZIPPELIUS argumentar que historicamente os primeiros esboços de uma teoria do Estado Federal podem ser encontrados no Império Romano (2016, p. 571), o que não encontra voz entre os demais autores.

Os Estados, nas classificações tradicionais, não considerados unitários quanto têm um poder central, cúpula e núcleo do poder político. São federais, quando conjugam vários centros de poder político autônomos. Para Sahid Maluf, o que caracteriza o Estado Federal é justamente o fato de, sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultaneamente, a ação pública de dois governos distintos: o federal e o estadual (2015, p. 197).

O Estado Federal é, portanto, uma aliança ou união de Estados. Na realidade, a história humana revela que poucas alianças resultaram na formação de Estados, sendo o Estado Federal um fenômeno moderno que só aparece no século XVIII, não tendo sido conhecido na Antiguidade e na Idade Média (DALLARI, 2013).

O escorço apresentado demonstra o acentuado grau de importância do estudo histórico para compreensão do tema. Esta observação histórica conduz não apenas o historiador, mas todo pesquisador que da história extraia as informações necessários aos seus estudos. Nas palavras de Marc Bloch:

> O historiador, por definição, está na impossibilidade de ele próprio constatar os fatos que estuda. Nenhum egiptólogo viu Ramsés; nenhum especialista das guerras napoleônicas ouviu o canhão de Austerlitz. Das eras que nos precederam, só poderíamos [portanto] falar segundo testemunhas. Estamos, a esse respeito, na situação do investigador que se esforça para reconstruir um crime ao qual não assistiu; do físico, que, retido no quarto pela gripe, só conhecesse os resultados de suas experiências graças aos relatórios de um funcionário de laboratório. Em suma, em contraste com o conhecimento do presente, o do passado seria necessariamente "indireto". Que haja nessas observações uma parte de verdade, ninguém pensará em negá-lo. Elas exigem, no entanto, serem sensivelmente nuançadas. (BLOCH, 2002, p. 69)

Na abordagem das operações lógicas da pesquisa histórica, não há possibilidade de uma boa pesquisa sem uma definição clara, dos problemas pesquisados. Na dimensão de Aróstegui:

> Há grandes temas históricos cuja pesquisa há de ser abordada por meio de objetivos parciais, pela magnitude do assunto, sua importância, a dispersão das fontes ou outras múltiplas razões possíveis. Assim ocorreu, por exemplo, com a desamortização na Espanha, a dissolução do Império romano nos diversos territórios, a expansão do feudalismo, para citar alguns exemplos dispares. (2006, p. 475-476)

O estudo do federalismo brasileiro e os fenômenos decorrentes do descumprimento das promessas sociais constitucionais necessariamente submetem-se ao crivo da observação das fontes históricas para a construção de uma explicação fundamentada na proposição argumentativa, ou seja, um conjunto de proposições onde se argumente, com as evidências disponíveis, a construção de modelos explicativos (ARÓSTEGUI, 2006)

De fato, a explicação histórica do objeto em estudo, observado o método científico, desenvolve-se mediante uma cadeia de argumentações e proposições ordenadas, indispensáveis para a compreensão do tema e a correta dimensão atual do sistema federativo brasileiro e consequentemente suas mazelas.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano afirmam que o Estado Federal tem raízes na experiência histórica dos Estados Unidos da América (2005, p. 245) quando em 1787, ante a inadequação à realização dos propósitos políticos, econômicos e sociais dos Estados confederados decorrentes dos “Artigos de Confederação” aprovado em 1777, na chamada Convenção da Filadélfia lançaram as bases do Estado Federal norte-americano.

Ainda, referidos autores afirmam que “o Estado Federal nasce do vínculo de partes autônomas, de vontades parciais. Com essa associação de partes autônomas nascem simultaneamente uma entidade central, corporificadora do vínculo federativo, e diversas entidades representativas das vontades parcelares. Todas essas entidades são dotadas de autonomia e possuem o mesmo patamar hierárquico no bojo da Federação. Essa observação preliminar necessária advertirá que reside nesse relacionamento entre vontades parciais e vontade central o cerne do Estado Federal.” (2005, p. 246).

Assim, a associação federativa de entes autônomos só pode existir dentro de uma repartição constitucional de competências. Só a Constituição, corporificando a soberania do Estado, é que pode traçar o âmbito desta autonomia. Não se pode pensar em uma divisão de competências que não esteja estampada no texto constitucional, expressão maior do Estado Federal.

A autonomia no Estado Federal é revelada por meio de uma repartição constitucional de competências como forma de manter o equilíbrio e o pacto federativo, nisto reside o primeiro requisito de sua existência, assim como a repartição de receitas.

No Brasil, com a rigidez que o marca e tido como orgânico, o federalismo não pode ser compreendido como um fenômeno pós república em 1.889, ante o ideal da descentralização política decorrer dos sistemas portugueses incrustados na gênese do país. Neste sentido pondera Maluf.

> Os primeiros sistemas administrativos adotados por Portugal, as governadorias gerais, as feitorias, as capitanias, traçaram os rumos pelos quais a nação brasileira caminharia fatalmente para a forma federativa. A enormidade do território, as variações climáticas, a diferenciação dos grupos étnicos, toda uma série imensa de fatores naturais ou sociológicos tornaram a descentralização política um imperativo indeclinável da realidade social geográfica e histórica. E quando o centralismo artificial do primeiro império procurou violentar essa realidade, a nação forçou a abdicação de D. Pedro I, impondo a reforma da Carta Imperial de 1824, o que se realizou pelo Ato Adicional de 1834, concessivo da autonomia provincial (2015, p. 201-202).

Contrariamente ao exemplo norte-americano, o federalismo brasileiro surgiu como resultado fatal de um movimento de dentro para fora e não de fora para dentro; de força centrífuga e não centrípeta; de origem natural-histórica e não artificial (MALUF, 2015). De certo modo, deve-se a queda do Império mais ao ideal federativo e aos interesses regionais e de classes do que ao ideal republicano, o que encontra argumento nas considerações de Maluf:

> Tanto assim que o Manifesto Republicano de Itu, em 1870, justificava-se combatendo o centralismo imperial, proclamando, em resumo, que no Brasil, antes ainda da ideia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. Acresce observar que o último e desesperado esforço do Gabinete de Ouro Preto no sentido de salvar a monarquia agonizante consistiu em desfraldar a bandeira do federalismo. Mas já era tarde; poucos meses depois proclamava-se a República Federal (2015, p. 202).

Posteriormente, com a Constituição de 1891, estruturou-se o federalismo brasileiro segundo o modelo norte-americano, ajustado a um sistema jurídico-constitucional estrangeiro com realidade completamente diversa, o que resultou em uma Carta Maior escrita que não reproduziu a Constituição real do país (MALUF, 2015).

O federalismo brasileiro trouxe uma característica diferenciada ao encampar a ideia do Município, ao lado da União, os Estados-membros e o Distrito Federal, dotando-os de autonomia, assim entendida a capacidade de autodeterminação dentro de um rol de competências constitucionalmente definidas nos termos do art. 18 da Constituição, o que, para este estudo, revela-se frágil e fator de desequilíbrio na efetivação das vontades constitucionais.

## 3 AJUSTES CONSTITUCIONAIS DO MODELO FEDERATIVO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À SAÚDE

O princípio geral que norteou o Constituinte na repartição de competências foi a predominância de interesses, na competência material comum (art. 23 da CF/88), ao tratar das políticas e serviços de saúde, atribuiu tarefas comuns aos entes federativos. Muito embora não tivesse o objetivo de causar uma superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões, o passar do tempo revelou que o modelo adotado encontra inegáveis óbices ante as particularidades do Federalismo Cooperativo Brasileiro.

A gestão cooperativa da saúde, consoante nosso sistema federativo, tem por fundamento a consecução das competências materiais expressas no art. 23 da Constituição Federal, em especial sem seu inciso II que estabelece o dever de cuidar da saúde e assistência pública, cujo fundamento de bem-estar e justiça sociais estão delineados no art. 198. De fato, a Constituição reconheceu expressamente no art. 196 a saúde como um direito fundamental, mas, como típico direito social implementável, apenas, mediante políticas públicas, para tornar-se efetivo requer

a ação regulatória do Estado na condição de nivelador dos distintos graus de poder de seus entes.

A possível ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas, justificou a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, que tem em sua base normativa infraconstitucional como diplomas estruturais e regulamentares a Lei 8.080/1990 e a Lei Complementar 141/2012. Referidos textos normativos versam sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, as competências e os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde.

Ainda, no caso da Lei Complementar 141/2012, estabeleceu-se os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

Este modelo cooperativo foi instituído em busca do bem-estar e justiça sociais preconizados no art. 198 da Constituição Federal, o que na essência merece ser preservado. Contudo, na prática, nossa Lei Maior e a legislação infraconstitucional foram ineficientes para superar os óbices de nosso Federalismo centralizador que põe em risco todo o sistema, o que se acentuou com o advento da Lei Complementar 141/2012.

A disfunção orgânica federativa fez com que o Estado não provesse condições indispensáveis para a garantia efetiva do direito à saúde, ferindo a dignidade da pessoa humana ao não superar os óbices de sua estrutura de subsistemas para a resolução escalonada de seus conflitos. Logo, esta sistêmica disfunção distributiva de funções e competências gera o desequilíbrio na autonomia dos entes federativos e por consequência a aflição dos dependentes do sistema e destinatário dos serviços.

Disto resulta o papel do Estado em corrigir esta falha do compromisso equilibrado entre as vantagens e as necessidades de uma ordem social global, característica estrutural do federalismo. Nas palavras de Reinhold Zippelius:

> Ordem esta que deve corresponder às necessidades de unidade normativa do direito, de uma conciliação de interesses suprarregionais e de uma regulação de conflitos suprarregionais. (2017, p. 577)

Necessária é a harmonização do sistema federativo para a plena consecução das políticas públicas dos direitos sociais à saúde prometidas na Constituição Federal. Segundo Lidiane Nascimento Leão:

> Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (2017, p. 97)

O federalismo cooperativo brasileiro não permitiu a conclamada unidade normativa de direito para conciliação ou regulação de conflitos entre os entes, o que acarreta a desarticulação das políticas públicas de saúde e a desfiguração regional de programas de Estado decorrentes do desequilíbrio social e econômico dos Estados-membros e em especial dos Municípios.

Cabe ao Estado subjugar a crise das instituições e não permanecer indiferente a este problema que aflige diariamente milhões de brasileiros, sem atentar para a necessária resolução da problemática da regionalização política e institucional de forma a dirimir as mazelas da inexistência da autonomia regional sob o ponto de vista jurídico. Cautelas são necessárias, as alterações no sistema são sensíveis, o que não se sustenta é a indiferença. Na percepção de Paulo Bonavides:

> Se toda a centralização excessiva traz o bacilo do autoritarismo, também todo o regionalismo cultivado em formas extremas contém germes da rebeldia e da secessão. Se não fugirmos, pois, a essas extremidades radicais, nem o Estado unitário, nem o Estado federal serão possíveis – absorvidos pelas ditaduras, no primeiro caso, e dissolvidos pelos movimentos de cunho separatista, no segundo. (2010, p. 97)

O superdimensionamento do ente federal como delineado, projeta a imposição de ônus desproporcionais aos demais entes federativos, o que atualmente faz com que o tão necessário SUS seja o principal fator de desequilíbrio administrativo e conflitos com a União. Caso não saneada esta estrutura e funcionamento do Estado Federal, à luz da ciência do direito e política, crescente será o descontrole e a ineficiência no atendimento de serviços de saúde em descompasso com as garantias prometidas em nossa Constituição.

Ademais, a vastidão normativa característica da saúde decorrente do texto constitucional com diplomas de regência como a Lei 8.080/1990 e a Lei Complementar 141/2012, objetivaram regulamentar a prestação dos serviços de saúde e a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar estas mesmas tarefas. Contudo, mesmo ante esta vasta normatização, a plena consecução destes direitos fundamentais, na forma concebida no federalismo cooperativo brasileiro, concentra-se sobretudo na discricionariedade do ente Federal e retira dos demais partícipes a possibilidade de influir de forma equilibrada na implementação dos direitos sociais à saúde. Esta discrepância impõe aos demais entes a concepção de reserva do possível da União, o que se potencializa ante as restrições de natureza orçamentária.

Paulo Bonavides em 1985 já fazia este alerta para a Constituinte que se aproximava, destacando a centralização política característica do Brasil, o que no âmbito da saúde não foi completamente superado em 1.988:

> Observa-se no Brasil, tanto pelo aspecto constitucional como pelo ângulo legislativo, um considerável atraso tocante às formas autônomas de ação regional, que, retiradas de último do Estado-membro ou dos organismos instituídos com essa finalidade, deixaram de ser autônomas, para concentra-se unilateralmente na esfera da vontade central. Fez esta, dos entes locais, instrumentos meramente executivos de sua política intervencionista, da qual raro participam e cujas decisões nem sempre são as que mais se recomendam às conveniências regionais. (2010, p. 259)

Nesse contexto, as políticas públicas como fator de solução estrutural de concretização do direito humano à saúde no Brasil, para seu adequado desenvolvimento exige ajustes à luz no pacto federativo, para que a constante e devida intervenção jurisdicional para a garantia destes direitos sociais não se perpetue em nosso ordenamento. Na correta percepção de Milton de Augusto Brito Nobre sobre o tema:

> Por outro lado, no que se refere ao segundo ponto, relativo à cogitação de que o Judiciário estaria avançando além dos limites da sua competência constitucional e contribuindo e contribuindo para o crescimento explosivo do número desses processos, penso que a observação constante da realidade, atitude metodológica essencial em qualquer ramo científico, demonstra exatamente o contrário, isto é, que essas demandas terminam sendo, na maioria dos casos, os únicos e, por mais paradoxal que possa parecer, derradeiros remédios eficazes e atualmente disponíveis pela sociedade para enfrentar certas disfunções ou insuficiências, tanto do SUS quanto do Sistema de Saúde Suplementar, as quais decorrem da falta de regras mais claras a respeito

> dos direitos e deveres de cada qual dos atores dos sistemas, bem como sobre as suas responsabilidades e limitações, tudo certamente seguido de pleno respeito e efetivo cumprimento de tais regras. (2013, p. 385)

Necessários são os ajustes na descentralização federativa, aperfeiçoando-o com o exercício da função política de busca de um caminho jurídico-constitucional que possibilite à luz das técnicas legislativas a resolução dos problemas de planejamento do Estado. No pensamento de Miguel Reale:

> Muito embora alguns pretendam reduzi-la à Sociologia Política, pensamos que, não obstante suas naturais vinculações com os estudos sociológicos, a Política do Direito tenderá cada vez mais a revelar-se como o estudo global da *monogênese jurídica*, isto é, das valorações e estruturas sociais que condicionam o aparecimento de uma norma jurídica, como obra de síntese superadora de possíveis antagonismos físicos e valorativos. (2009, p. 327)

Obviamente, no entendimento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano, a rigidez constitucional impõe limites e "se a mera elaboração legislativa da ordem central fosse capaz de modificar as competências ou de retirar a autonomia das ordens federativas, não se poderia falar, com propriedade, em Federação, pois o pacto a ela subjacente estaria de tal modo fragilizado que, a qualquer momento, poderia ser violado por vontade da ordem central". (2005, p. 265)

Necessário é o aperfeiçoamento do sistema cooperativo e do pacto federativo, com imediata atuação legislativa constitucional, uma vez restar inequívoca a premissa de que a Constituição estabelece as políticas públicas que são indispensáveis para a concretização do direito humano fundamental à saúde, o que nas palavras de Lidiane Nascimento Leão, "permite a definição dos princípios ou objetivos informadores dos processos de formulação, implementação e análise jurídica de políticas públicas de saúde". (2017, p. 70)

Nos argumentos de Luis Roberto Barroso:

> Normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins. E, por terem caráter prospectivo, precisão ser interpretadas no futuro, tendo em conta fatos e casos concretos. Como consequência, tanto a criação quanto a aplicação do Direito

> depende da atuação de um sujeito, seja o legislador ou o intérprete. (2017, p. 457)

O desajuste de nosso federalismo cooperativista obstaculiza a plena fruição destes direitos o que impõe o necessário aperfeiçoamento do pacto federativo ante a inequívoca premissa de que a Constituição estabelece as políticas públicas indispensáveis para a concretização dos direitos humanos fundamentais. Para tanto, mister é a ruptura da inércia legislativa e política, em especial para os devidos ajustes no sistema tributário e orçamentário, bem como na repartição de receitas, principais fatores de desiquilíbrio cooperativo decorrente da centralização federativa.

Com efeito, a função política de aperfeiçoamento do sistema federativo tem justificação tanto moral quanto jurídico-normativo dos direitos fundamentais, corolários da dignidade da pessoa humana, condição de existência e valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente previstas nas suas constituições (BARROSO, 2016).

De igual forma, segundo Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior:

> Os direitos fundamentais possuem caráter histórico, ou seja, não frutificam do arroubo legislativo ou de uma ideação teórica ocasional, mas constituem produto da história. A ampliação de seu catálogo é caudatária, igualmente, dos níveis de conscientização crescentes e concomitantes à evolução das relações sociais. Em suma, são patamares de alforria que, em processo dialético, a sociedade vem incorporando, donde a irrenunciável conclusão do caráter histórico desses direitos (2010, p. 38-39).

Não se trata da perspectiva de que federalismo brasileiro viva um conflito insuperável de forma a não garantir os direitos sociais da saúde, mas para que a função política do direito possa ser exercida e corrigir estas distorções necessita da atuação legislativa, constitucional e infraconstitucional, para a viabilidade do mínimo vital e concretização das políticas públicas em prol da sociedade na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

## 4 CONSEQUENCIAS DA NÃO EFETIVAÇÃO DA PROMESSA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS À SAÚDE

O direito à saúde, afirmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV), é assegurado pela Constituição Federal de 1988 que o considera um direito de todos e dever do Estado, bem como indica os princípios e diretrizes que norteiam a sua implementação e desenvolvimento no Sistema Único de Saúde. Assim, o Estado deve garantir a fruição destes direitos sociais mediante a efetivação de políticas sociais e econômicas, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal.

Segundo Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Junior, os direitos sociais:

> São um subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade (2010, p. 63).

A consecução destas políticas sociais devem ser analisadas sob enfoques realizados em conexão com o campo de atuação da economia, da saúde pública e das políticas públicas e que contribuam para uma reflexão crítica do direito à saúde, bem como para visualização de novas perspectivas de efetivação desse direito social (LEÃO, 2017).

Para Dirceu Pereira Siqueira:

> O direito à saúde está constitucionalmente consagrado e evidenciado pelo art. 196, da Constituição de 1988. Este dispositivo representa mais que uma mera previsão constitucional, até mesmo por consequência de estarmos sob uma Constituição dirigente, a qual não representa um mero estatuto, e desta forma, mesmo carecendo de atividade legiferante para se efetivar, representa uma norma que deve ser efetivada de maneira imediata, gerando desta maneira, efeitos concretos para a sociedade, como almejou nosso constituinte. (2011, p. 81)

A consagração da saúde pela Constituição Federal de 1988, como direito social fundamental, recebe assim, proteção jurídica diferenciada na ordem jurídico-constitucional brasileira, uma vez que, ao reconhecer a saúde como direito social fundamental, passou o Estado a ter a obrigação, bem como prestações positivas, à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

Por sua vez, seria em vão os direitos ou as declarações de direitos, caso não houvessem as garantias constitucionais para tornar realidade e efetivos esses direitos. Ainda, para consecução da promessa constitucional, a Lei 8.080/90 estabeleceu as diretrizes de desenvolvimento e efetivação da promoção, proteção e recuperação da saúde, bem com a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Segundo Norberto Bobbio:

> O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (2004, p. 45).

Com base nas regras e princípios que regem o SUS, o art. 7º da lei 8.080/90 expressa os termos de regência do sistema ao dispor que todos os cidadãos têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos nas unidades vinculadas, sejam elas públicas ou privadas, que são conveniadas, garantindo assistência integral e gratuita, ainda que demandem alto custo.

Contudo, embora tais diretrizes tenham gerado inegáveis avanços na prestação de serviços de saúde nas últimas décadas, os desafios do SUS frente aos entraves financeiros, da universalização, do modelo de atenção à saúde, da gestão do trabalho e da participação social, acarretou distorções que geram o descontrole do sistema e por consequência a indisponibilidade de tais serviços essenciais.

Mônica de Almeida Magalhães Serrano enfatiza que a grande problemática que se impõe ao constitucionalismo atual, especialmente quando se trata de países emergentes, como o Brasil, é justamente no tocante à falta de efetividade e aplicabilidade das normas de direitos sociais (2012, p. 50).

A questão de escassez dos recursos públicos, a falta de implementação das políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, e até mesmo a ineficiência no trato da coisa pública, não poderá levar à descaracterização da natureza das normas de direitos sociais. (SERRANO, p. 181)

Consequentemente, também a escassez ou indisponibilidade dos serviços possibilita a fruição do direito fundamental à tutela jurisdicional, consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, para a busca de efetivação destes direitos fundamentais sociais, o que na

essência busca dar eficácia positiva ou simétrica aos princípios e normas constitucionais. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

> A eficácia positiva aos princípios ainda é uma construção recente. Seu objetivo, no entanto, seja quando aplicável às regras, seja quando aplicável aos princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização dos seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal. (2009, p. 379)

Nesse sentido, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, em especial quando em condições de aplicabilidade, o que justifica a tutela jurisdicional, cuja atuação não pode ser limitada por interpretações inadequadas de reserva do possível e mínimo existencial, ante a insistente inércia do Legislativo e Executivo.

No entendimento de Flávia Piovesan:

> O princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso significa que esse princípio investe os Poderes Públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Todos os direitos fundamentais – entenda-se também os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais – passam, assim, a dispor de força jurídica vinculante. (2003, p. 46)

Para Eduardo Cambi:

> A inércia estatal em tornar efetivos os direitos fundamentais sociais, especialmente em países de modernidade tardia, revela o desprezo dos governantes pela Constituição. O Estado, quando se omite na efetivação destes direitos, ofende gravemente a Lei Fundamental, compelindo as instituições integrantes do sistema de justiça a buscar a defesa e, de preferência, a observância desses direitos sem a intervenção judicial. Contudo, se forem frustrados os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, cabe ao Judiciário atuar para restaurar o respeito e a autoridade da Constituição. (2018, p. 296)

Esta crescente busca pela tutela jurisdicional dos direitos à saúde, geradora da chamada judicialização, não decorre apenas da expansão do Judiciário no Brasil pós 1.988 e da crescente mobilização social e performance mais assertiva e ativista dos juízes. Decorre sobretudo da disfunção orgânica do nosso sistema federativo gerador de distorções no desenvolvimento e

financiamento das políticas públicas de saúde que de fato frustram a solução dos conflitos extrajudicialmente, o que revela a grave crise de gestão administrativa em nosso país.

De fato, a tutela jurisdicional dos direitos sociais da saúde merece especial destaque no chamado acesso à justiça, ante as peculiaridades e urgências que se apresentam, o que impõe sua celeridade e efetividade. Para Cambi:

> O art. 5º, XXXV, da CF/1988 não assegura apenas o direito de acesso à justiça. De nada adiantaria possibilitar o ingresso à justiça se o processo judicial não garantisse meios e resultados. Por isso, especialmente após o acréscimo pela EC 45/2004, do inc. LXXVIII ao art. 5º da CF/1988, a exemplo da interpretação do art. 6º, n. 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Cidadão, o inciso XXXV do art. 5º da CF/88 deve ser interpretado como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva. (2018, p. 297-298)

Para além da reserva do possível e do mínimo existencial, o dilema permanente e simplista que permeia a mente dos magistrados, qual seja, a decisão da manutenção da vida e a possível morte, não permite espaço para análise técnica acerca dos limites dos deveres constitucionais do Estado e as políticas públicas por ele traçadas. Estes direitos constitucionais fundamentais sociais se constituem em verdadeira condição material de ocorrência do político, o que na visão de Fernando de Brito Alves:

> Não são outras as considerações de Peter Häberle quando afirma que existe uma relação umbilical entre a democracia e os direitos sociais como premissas do Estado democrático de direito, de modo que os direitos sociais são exigências da própria democracia e necessários para o exercício da participação política" (2013, p. 256)

Os direitos sociais, assim compreendidos como um subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda, pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios de vida em sociedade (NUNES JÚNIOR, 2009), esbarram nas distorções do sistema e explicitam a agonia das liberdades cerceadas e suas consequentes injustiças, o que neste estudo é reflexo do disfuncional modelo federativo brasileiro.

## 5 CONCLUSÃO

O tema revela a necessidade dos ajustes na descentralização federativa e a busca de um caminho jurídico-constitucional que possibilite à luz das técnicas legislativas a resolução dos problemas de planejamento, com vistas a evitar a fruição dos arbítrios da população obstados pelo Estado. O superdimensionamento do ente federal projeta a imposição de ônus descomedidos aos demais entes federativos, o que atualmente faz com que o tão necessário Sistema Único de Saúde - SUS seja o principal fator de desequilíbrio administrativo e conflitos com a União, em especial para os Municípios.

O modelo cooperativo instituído na Constituição Federal, embora na essência deva prevalecer, é obstaculizado por disposições constitucionais tributárias e a legislação infraconstitucional é ineficiente para superar tais óbices, em especial a submissão do modelo cooperativo ser submetido a um sistema federalista centralizador de políticas públicas.

Esta disfunção orgânica federativa gera a não efetivação da promessa constitucional de direito social e fere princípios basilares de nosso Estado Democrático de Direito, em especial o da dignidade da pessoa humana. A sistêmica disfunção distributiva de funções do sistema cooperativo é fator de desequilíbrio na autonomia dos entes federativos e por consequência a aflição dos dependentes do sistema e destinatário dos serviços, o que faz gerar o dever do Estado em corrigir as falhas da estrutura federal.

A não efetivação dos direitos sociais à saúde em decorrência do desajuste normativo constitucional e infraconstitucional não pode ser enfrentada com a mera justificativa do ativismo judicial, uma vez que o compromisso interpretativo de efetivação da Constituição deve objetivar a vontade constitucional e evitar, sempre que possível, argumentos e soluções que se refugiem na aplicabilidade imediata ou não da norma ou na ocorrência de omissão de legislador.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

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

ARÓSTEGUI, Julio. **A Pesquisa Histórica: Teoria e Método**. Bauru: Edusc, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLOCH, Marc. **Apologia da História ou o Ofício de Historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: A Democracia, o Federalismo, a Crise Contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. SERRANO JÚNIOR, Vidal. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

LEÃO, Lidiane Nascimento. **Direito à Saúde e Políticas Públicas**. 1ª ed. São Paulo: *Lumem Juris*, 2017.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. 2ª ed. São Paulo: Forum, 2013.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania**. In: André Ramos Tavares (coord). Constituição Federal – 15 Anos mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. Franca: Lemos & Cruz, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado – Ciência Política**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.