



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIALIZAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE EM PORTUGAL E NO BRASIL

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Antonio Saboia de Melo Neto

Orientador: Professor Doutor Thiago Rodrigues Pereira

Número do candidato: 30002195

Setembro de 2022

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Thiago Rodrigues Pereira.

A minha esposa Helena Saboia.

Aos meus colegas Viviane Pereira e Henrique Mouta.

Aos meus revisores Marcus Vinicius dos S. Faria e Antônio Duval do E. Santo

“o ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático”

(Lênio Streck)

RESUMO

Esta investigação tem por objetivo analisar as peculiares características do direito social à saúde nas realidades de Portugal e Brasil e inseri-las na discussão em torno da atuação dos respectivos Poderes soberanos (Legislativo, Executivo e Judiciário), notadamente quanto às medidas de sua concretização (políticas públicas e respectiva atuação judicial), a fim de demonstrar que no curso de sua consolidação histórica, comparativamente, é operado em planos de efetivação bem distintos segundo as realidades desses países, nos quais ainda que o status dessa categoria de direitos seja constitucional, obedece a fatores culturais, institucionais e sociais, v.g., que colocam esse direito em patamares opostos numa e noutra realidade nacional. Mais especificamente, buscaremos abordar a *jusfundamentalidade* e as características do direito social à saúde; investigar as peculiaridades do direito social à saúde e seus reflexos no jogo institucional entre o Legislador, o Executivo e o Órgão Julgador; discorrer sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, da reserva do financeiramente possível e da proporcionalidade; estudar o princípio da independência dos poderes; explicar o ativismo e a autocontenção judiciais; de modo que, ao final e assim concluir, por comparar a concretização das políticas públicas de saúde no jogo e protagonismo entre os principais atores envolvidos, traçando o perfil de judicialização do direito social à saúde em Portugal e no Brasil.

Palavras chave: direito; fundamental; saúde; políticas públicas; judicialização.

ABSTRACT

This investigation aims to analyze the peculiar characteristics of the social right to health in Portugal and Brazil and discuss them under the performance of the respective sovereign Powers (Legislative, Executive and Judiciary), notably in terms of the measures for its implementation (public policies and their judicial action), in order to demonstrate that in the course of its historical consolidation, comparatively, it is operated in very different execution plans according to the realities of these countries, in which, even though the status of this category of rights is constitutional, it obeys to cultural, institutional and social factors., e.g., locating this right on opposite levels in one or another national reality. Specifically, we will seek to study the fundamentals and characteristics of the social right to health; investigate the peculiarities of the social right to health and its reflections in the institutional game between the congressmen, the government and the judicial branch; discuss the principles of human dignity, the reserve of the financially possible and proportionality; study the principle of the independence of powers; explain judicial activism and self-restraint, so that, in the end, and thus conclude by comparing the implementation of public health policies in the game and protagonism between the main actors involved, outlining the profile of the judicialization of the social right to health in Portugal and Brazil

Keywords: law; fundamental; health; public policy; judicialization.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	7
2. Direitos Fundamentais.....	11
2.1. Origem e Histórico.....	11
2.2. Aspectos subjetivos e objetivos dos direitos fundamentais.....	24
2.3. A <i>Jusfundamentalidade</i> dos direitos sociais.....	29
2.4 Direito Fundamental Social à Saúde em Portugal e no Brasil.....	35
3. Princípios incidentes na concretização do Direito Social à Saúde.....	43
3.1. Teoria de Constituição Dirigente.....	43
3.2. Dignidade da Pessoa Humana.....	56
3.2.1. O Mínimo Existencial.....	64
3.3. A reserva do financeiramente possível e o princípio da proporcionalidade.....	76
4. Medidas de Concretização do Direito à Saúde.....	84
4.1. O Protagonismo sobre as Políticas Públicas de Saúde.....	85
4.2. Judicialização da saúde em Portugal e no Brasil.....	95
4.3. Judicialização e Ativismo Judicial.....	106
4.4. Jurisprudência sobre o direito à saúde em Portugal e no Brasil.....	117
5. Conclusão.....	128
6. REFERÊNCIAS.....	139

1. Introdução

O direito à saúde se insere na especial categorias de direitos fundamentais de segunda dimensão e provavelmente, devido sua essencialidade, consiste num dos mais relevantes no que respeita conferir ao indivíduo um mínimo de dignidade humana, se, por óbvio, sua condição de direito subjetivo for devidamente respeitada em patamares de fato razoáveis. Afinal, a saúde física e mental é a base a partir da qual podemos ser plenos em todos os demais campos da vida.

Mas nem sempre sua praticidade como direito fundamental, de status constitucional, esteve tão em evidência como agora, sobretudo em tempos pandêmicos e de aguda exigência de todas as ordens institucionais e dos poderes constituídos quanto a sua concretização, algo que acaba por se manifestar de diferentes formas em cada nação.

A situação problema colocada no escopo central desta investigação questiona se a natureza e estrutura do direito à saúde põe em linha de tensão as políticas públicas que são, de rigor, de implementação parlamentar e executiva, em contraste às intervenções judiciais que venham a suceder para a mesma finalidade, e que fatores aproximam ou distanciam as realidades nacionais estudadas quanto ao protagonismo dessas iniciativas.

Constituem, ainda, objetivos consecutórios perscrutar os princípios de índole constitucional que forjam em cores mais vivas o jogo institucional que se revela dessa hipotética colisão, como o dirigismo constitucional e as normas-programa; a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial; a reserva do possível e a proporcionalidade, com destaques, ainda, para questão da separação de poderes e os fenômenos do ativismo judicial e da (des)judicialização da saúde, premissas essas colocadas em contraste nas situações enfocadas.

O foco deste estudo diz respeito às realidades de Portugal e do Brasil, Estados soberanos com Constituições editadas em tempos próximos, mas por fatores diversos suas estruturas institucionais (Serviço Nacional de Saúde e Sistema Único de Saúde, respectivamente), mesmo que baseadas em pilares semelhantes (universalidade, integralidade e tendencial gratuidade, no primeiro caso; e gratuidade absoluta, no segundo), se abrem de maneiras distintas aos utentes, segundo um jogo institucional entre os poderes soberanos,

Legislativo, Executivo e Judiciário, agudamente distinto. A expectativa deste estudo é trazer à luz exatamente essas condicionantes causais visando melhor compreender essas disparidades.

E o testemunho dessas disparidades se principia pelos aspectos históricos que são abordados já no primeiro capítulo, donde se parte do tempo de nenhum reconhecimento desse direito, à sua origem mais insipiente e transitando para os momentos mais cruciais que levaram, no caso de Portugal, à revolução geradora da atual Carta Política de 1976, e aos movimentos sociais que também redundaram, no Brasil, após longo percurso, na chegada da vigente Constituição Federal de 1988.

Do nível zero (nenhum reconhecimento) ao grau máximo (status constitucional), o direito à saúde percorreu interessante jornada descrita em aludido capítulo, donde se inferem já os primeiros sintomas de que seu comportamento subsequente, nas realidades dos dois países, se bifurcaria.

Da exposição das nuances histórias avançamos aos aspectos subjetivos e objetivos do direito fundamental social, a fim de evidenciar as origens e limites de atuação dos poderes, as dimensões positiva e negativa inerentes à conformação do direito no plano concreto e segundo o exercício frente aos direitos de liberdade, o que não desnatura a condição de essencialidade do direito à saúde, mesmo que sua prática implique custos, juízos de ponderação, conflitos horizontais e alguma programaticidade¹. E, na sequência do mesmo capítulo, finalizamos por expor panoramicamente as disposições normativas de expresse desse direito reconhecimento em ambos os países.

A pesquisa acerca dos mais relevantes princípios norteadores do direito à saúde, submetidos à consideração do jogo institucional entre poderes soberanos responsáveis pela sua concretização e fiscalização, é objeto de nossas atenções no segundo capítulo.

¹ Aqui não no sentido de norma-programa, Constituição-quadro ou dirigente, mas de mera programaticidade, leia-se, com abertura para concretização futura; meros objetivos.

Nele são abordadas teorias sobre os princípios da Constituição Dirigente, da Dignidade da Pessoa Humana, do Mínimo Existencial, da Reserva do Possível, da Proporcionalidade, inclusive com referências ao princípio da Separação de Poderes, tendo como principais marcos doutrinários os ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, Lênio Streck, Jorge Reis Novais e Ingo Sarlet, a tanto nos revelar as premissas constitucionais fundantes da atuação estatal segundo perfis diferentes, sim, porém conectados segundo uma dogmática que visa atribuir a maior efetividade possível a essa especial categoria de direitos fundamentais, sem descuidar das balizas constitucionais e legais, ao que se acresce alguma atenção sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal, do Brasil.

No terceiro capítulo a investigação efetivamente mergulha nas medidas de concretização do direito à saúde em ambos os países, procurando identificar os diferentes fatores culturais, econômicos e institucionais que contribuem para formação de espaços de oportunidades para reivindicação de mais avanços nesse campo, conquanto se permite inferir que é partir deles que se originam as características que marcam seus atuais e distintos perfis de concretização.

Esses fatores econômicos e socioculturais, esgrimidos a partir da alentada doutrina de Felipe Asensi, outra referência teórica fundamental desta pesquisa, conforme se espera demonstrar, estão na raiz do que virá a se construir em torno do protagonismo dos poderes soberanos quanto ao implemento de políticas públicas de saúde, conquanto influam diretamente nos processos de escolhas governamentais que de sua vez derivam das forças sociais que motivam e delimitam os regimes que servem de marco jurídico-normativo dos respectivos sistemas de saúde.

Dessa construção social, econômica e cultural pretendemos revelar neste capítulo do estudo que o fenômeno da judicialização verificado no Brasil e da desjudicialização constatada em Portugal, emerge precisamente desses distintos e complexos componentes, inclusive no que se refere ao irmão congênito da excessiva submissão judicial de demandas de saúde, o denominado ativismo judicial, cuja contraponto é a conduta de autocontenção judicial, tudo a influir nas leituras dos princípios aludidos no capítulo segundo e a se refletir de algum modo na

própria compreensão jurisprudencial do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Constitucional, do Brasil, conforme podemos analisar à altura do estudo.

Do apanhado histórico, ao estudo dos princípios mais relevantes, perpassando pelas medidas de concretização e pelo protagonismo dos poderes no tema do implemento ao direito à saúde, desaguamos na parte das conclusões desta investigação.

Nesta parte derradeira do relatório procura-se delinear e sintetizar as principais impressões sobre o efetivo teste da hipótese de pesquisa, quanto à influência na essencialidade desse direito fundamental, em Portugal e no Brasil, segundo a crise que exsurge entre o Parlamento, o Executivo e o Poder Judicial sobre sua concretização, fundamentalmente considerando as opções inerentes às respectivas políticas públicas; à razão de sua extrema dependência das disponibilidades orçamentais e financeiras, a tanto espelhar também na aplicação dos princípios antes aludidos.

Este texto dissertativo é resultado de pesquisas bibliográficas, principalmente de autores portugueses e brasileiros; da análise dos mais relevantes diplomas normativos; ainda, da pesquisa documental e de relatórios estatísticos alusivos ao tema; e, por fim, acerca do marco jurisprudencial comparado entre os órgãos de cúpula judiciária dessas duas nações.

A partir dos dados coletados são extraídas deduções segundo uma metodologia que prima pela facticidade, num estudo de direito comparado que gravita na dimensão fenomenológica desse protagonismo dos poderes constituídos, do jogo institucional empreendido e da judicialização do direito à saúde, buscando compreender não a essência dos objetos (as políticas públicas em si, *v.g.*), mas as diferentes causas, formas de concretização e respostas jurisdicionais conforme se apresentam ao mundo, dando destaque aos princípios que influenciam diretamente na hermenêutica constitucional desse direito fundamental.

2. Direitos Fundamentais.

Relevante à compreensão do direito fundamental social à saúde, sobretudo na investigação de perfil comparativo entre duas experiências nacionais, é resgatar a origem e o histórico da própria evolução dos direitos fundamentais, no geral, para o refinamento de seu atual estágio em Portugal e no Brasil, no particular.

Afinal, os direitos como tais, não surgem do absolutamente nada, antes vencem quaisquer artificialidades e se consumam no curso progressivo da história dos homens em suas relações das mais primitivas até as mais complexas, no permear dos laços e respectivas controvérsias comerciais, políticas, religiosas, territoriais etc., daí a fundamental abordagem de onde viemos para tentar vislumbrar o caminho para onde vamos.

2.1. Origem e Histórico.

De saída, cumpre anotar que a gênese dos direitos da pessoa humana remonta às primeiras reflexões de viés jusnaturalista e filosófica, mas “é com o cristianismo que todos os seres humanos, só por serem e sem acepção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor”, assinala Jorge Miranda².

Segundo o autor português, o ideário cristão pregava que os seres humanos foram criados “à imagem e semelhança de Deus”, e Ele por meio de Seu filho derramou o sangue divino, de modo que desse pensamento se pode inferir a postulação a uma liberdade não abdicável e que não se deva sujeitar nem social, nem politicamente³.

Essa primeira fase de evolução, também comumente designada como *pré-histórica*, assenta no pensamento filosófico e na religião as bases de influência do jusnaturalismo, cuja

2 MIRANDA, Jorge. **A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÉ OS TEMPOS CONTEMPORÂNEOS – Direitos humanos: entre a utopia e a contemporaneidade**; Coordenadoras: Márcia Rodrigues Bertoldi, Karyna Batista Sposato; prefácio de Oscar Vilhena Vieira. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 86.

3 *Ibidem*.

premissa associa o fato de que o ser humano, à razão de sua singela existência, é destinatário de certas e inalienáveis prerrogativas de proteção⁴.

Ingo Sarlet registra que os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens advêm da filosofia clássica greco-romana e do pensamento cristão, de modo que “da doutrina estoíca greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)”⁵.

Com o Renascimento ao final do século XIV reconduzem-se as disciplinas filosóficas a tudo o que homem tem de mais “específico, elevado y creador”.⁶ Por exemplo, a gramática, a poesia, a filosofia moral e história passam a se adequar como as mais relevantes para formação dos homens.⁷

Pico de La Mirándola, nesse período, participou ativamente dessa renovação filosófica, assim propondo uma nova relação entre a natureza e o homem, e deste com Deus. Buscou a concórdia entre as filosofias aristotélicas e as platônicas, mas não para uni-las numa só, e sim para evidenciar que há diversos caminhos para mostrar a verdade, utilizando-se uma metodologia que rompe com a tradição greco-latina, e assim antecipa que os direitos advêm das diferenças e disso derivam as genuínas liberdades.⁸

É Mirándola que lança as bases de um humanismo que dá sustentação ao atual princípio da dignidade humana, como veremos mais à frente.

4 SARLET, Ingo Wolfgang – **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 44.

5 *Ibidem*.

6 ARPINI, Adriana - **DIVERSIDAD Y RECONOCIMIENTO: PARA UNA REVISIÓN DEL HUMANISMO. PICO DELA MIRÁNDOLA Y BARTOLOMÉ DE LAS CASAS**. Cuadernos del Pensamiento Latinoamericano nº 17. Disponível em: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/95130/CONICET_Digital_Nro.8602f73a-23d1-49b4-9ab6-aa8739d2e294_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acessado em 28/09/2022. p. 2.

7 ARPINI, *Ibidem*.

8 ARPINI, *Ibidem*, p. 6.

Do ponto de partida filosófico e das doutrinas jusnaturalistas seguimos ao processo de laicização desses direitos inalienáveis de proteção do homem, agora sob a dimensão das teorias contratualistas que dominaram os séculos XVII e XVIII. Nesse período ganham destaque as teorias de Hugo Grócio (1583-1645), de Samuel Pufendorf (1632-1694), de John Milton (1608-1674) e de Thomas Hobbes (1588-1679), mas foi em Hobbes que se “atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais, que, no entanto, alcançavam validade apenas no estado da natureza, encontrando-se, no mais, à disposição do soberano”.⁹

Por seu turno, Lord Edward Coke (1552-1634) sustentou o tripé *vida, liberdade e propriedade* como as bases de fundamentação do direito fundamental dos ingleses, ao tempo que John Locke (1632-1704) foi o pioneiro na formulação de uma teoria cujo alicerce agregava não só a vida, a liberdade e propriedade, mas também a *resistência* como elemento de oposição ao poder constituído, ao que foi além, porquanto em sua teorização, contratualista, alude para a liberdade e a racionalidade do homem para constituir e fundar o Estado e, portanto, se autovincular e assim instituir o esteio dessa relação autoridade-liberdade, neste momento lançando os principais fundamentos do ideário individualista e jusnaturalista do século XVIII, algo que veio a desaguar no próprio constitucionalismo e na percepção da liberdade individual frente ao Estado¹⁰.

Interessante rememorar que a sociedade do período medieval era dotada de certa complexidade e se organizava politicamente em torno “de grupos, de ordens, de classes, de múltiplas unidades territoriais ou sociais (...) e os direitos aí eram direitos das pessoas enquanto membros destes grupos ou estamentos”, conforme assinala Jorge Miranda¹¹.

Mas é, portanto, com o processo de formação dos Estados nacionais, com a centralização do poder Real que se segue, o fortalecimento da Igreja e das teorias jusnaturalistas e, de consequência, do contratualismo de perfil liberal, especialmente interessante à classe burguesa, que economicamente se consolidava, que logra bem sucedido o deslocamento da gênese, institucionalização e expansão dos direitos para uma dimensão de Estado, ainda que

9 SARLET, *op. cit.*, p. 46.

10 SARLET, *Ibidem*, p. 47.

11 *Op. cit.*, p. 87.

notadamente individualista - como não poderia deixar de ser, devido às injunções das circunstâncias históricas da época - porém representando marcante dobra na relação de proteção cidadão-Estado.

É imerso neste arcabouço que testemunhamos o surgimento dos direitos de primeira dimensão, que advém do pensamento liberal-burguês do século XVIII, logo, direitos do indivíduo em face do Estado, notadamente direitos de defesa, assim limitando uma zona de não-intervenção à esfera de autonomia individual.

Trata-se de direitos negativos voltados a um *não fazer* do Estado (abstenção), nomeadamente direito à vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a lei, em termos mais amplos, e de que são exemplos, em termos mais específicos, a liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião e de associação; bem assim, direito de voto e de ser votado, aqui revelando íntima ligação entre direitos fundamentais e democracia; e ainda, direito ao devido processo legal, ao *habeas corpus* e direito de petição. Todas essas categorias ficaram conhecidas como direitos civis e políticos¹².

Jorge Miranda alude para o fato de que foi o próprio Estado absoluto acabou por criar as condições ideais, devido aos seus excessos e arbítrios, para os levantes da sociedade por mais liberdade, algo que, uma vez associado à carência, ou mesmo insuficiência de garantias individuais, e a recusa de direitos políticos aos súditos, aspectos progressivamente mais inaceitáveis no *Século das Luzes*, jactou à ascendente burguesia o pleito por “zonas de liberdade económica, carecidas de justificação sem uma nova referência global a direitos e liberdades individuais”¹³.

Contudo, Jorge Reis Novais alerta para o fato de que no século XVIII, e também no XIX, os direitos fundamentais eram, no fundo, destinados à proteção dos cidadãos assim considerados daquele período, é dizer, dos *proprietários auto-suficientes*, consideradas em seus espectros de autonomia e liberdade pessoal, dado num campo mais amplo solidificado à base

12 SARLET, *op. cit.*, p. 55.

13 *Op. cit.*, p. 87.

do apartamento entre Estado e sociedade, e neste mister releva considerar que, até então, “o acesso ao gozo de bens económicos, sociais e culturais era tarefa que incumbia a cada um num quadro de iniciativa pessoal”¹⁴.

Ainda que assomando importância histórica às *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1689), pois ali se concretizariam algumas limitações ao poder dos Reis, Ingo Sarlet salienta que essas iniciativas não podem ainda ser tomadas como o efetivo marco de ingresso dos direitos fundamentais de primeira dimensão, conquanto não restringiam e submetiam o Parlamento, de sorte que as declarações americanas são as que, de fato, “incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do Século XVII”¹⁵, sendo a principal delas a da Virgínia, de 1776. E, assim, reforça o autor que:

Pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que esse status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente.¹⁶

Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, resulta da revolução que derrubou o antigo regime, assim instaurando a ordem burguesa na França, sendo certo que tanto a declaração francesa como a americana são de inspiração jusnaturalista¹⁷.

Paulo Bonavides comunga com o fato de que as declarações inglesas e americanas até se revestiam de solidez, porém careciam de alcance porque destinadas a camadas privilegiadas, como os barões feudais, “quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração

14 NOVAIS, Jorge Reis – **DIREITOS SOCIAIS – TEORIA JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 2. ed. rev. e reform. AAFDL: Lisboa, 2017. 64-65.

15 *Op. cit.*, pp. 50-51.

16 *Ibidem*. p. 51.

17 Sobre o movimento dado na Europa, Sarlet afirma que é “incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando à consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação de poderes”. *Ibidem*, p. 51.

francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano”¹⁸, e, por isso mesmo, consumou-se como a mais abstrata dentre as demais. Logo, para o autor, foi arquitetada uma nova universalidade, é dizer, “universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata”¹⁹, de sorte que “não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda extensão”²⁰, ao aludir novamente o constitucionalista para os direitos fundamentais de primeira dimensão.

Não tardaria, entretanto, para que as conquistas dos direitos fundamentais de primeira ordem, geração²¹ ou dimensão se revelassem insuficientes para o próximo passo a ser dado ao exercício das liberdades, e agora sob nova roupagem.

Se antes a liberdade pressupunha um *não fazer* do Estado, um espaço para que o indivíduo pudesse exercer suas capacidades nas relações típicas do liberalismo, a própria exploração das relações do capital redundou em novos arranjos de intervenção nas liberdades da sociedade.

Se por um lado a liberdade frente a intervenções indevidas do Estado projetavam a exploração dos potenciais individuais nas relações de traço liberal-burguês, sobretudo na indústria, coletivização e massificação da mão de obra, logo emergiria dessa relação, por outro, e, muito claramente, os protagonistas exploradores - mínima parcela da sociedade - e explorados - a grande e massiva parcela da sociedade.

Conclui-se que a singela operação de abstenção do Estado não mais representava o bastante para garantir o exercício de direitos; não garantiria o acesso a um mínimo de condições *fáticas* ou *materiais* que possibilitem até mesmo o exercício dos direitos de liberdade; não

18 BONAVIDES, Paulo – **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. Malheiros: São Paulo, 2002. p. 516.

19 *Ibidem*. p. 517.

20 *Ibidem*.

21 Preferimos o termo *dimensão*, pois, segundo Jorge Miranda, “O termo geração, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras - quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades. Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática”. *Op. cit*, p. 88.

escaparia aos novos movimentos da comunidade política para construção de uma nova abordagem sobre o âmbito de proteção a ser promovido pelos Poderes constituídos.

Os novos direitos que se forjavam da soma de esforços para viabilizar o conjunto de condições mínimas de dignidade, numa nova zona de atuação do Estado, agora de viés completamente oposto, porquanto seria a hora e a vez de atuar, no plano positivo, para refrear o ímpeto exploratório que naturalmente emergiu das relações de trabalho inculpidas no período liberal-burguês dos séculos XVII e XVIII, mas com apogeu a partir de meados do XIX, passaram a exigir do Poder público especial atenção ao quadro social, inclusive como forma de conter os movimentos que pudessem, no limite, romper com o próprio modo de produção capitalista.

Essa curva sinuosa na construção dos novos direitos estabeleceu-se no olhar para o social, a partir de uma repactuação que possibilitasse dar aos cidadãos condições *materiais e fáticas* para se reinserirem num âmbito de proteção, desta feita positiva ou prestacional do Estado, sem o que as próprias liberdades individuais inerentes às primeiras conquistas de direitos fundamentais não teriam plena valia.

Jorge Reis Novais nomina os emergentes direitos sociais desse período como *qualitativamente distintos*, de modo a exigir uma *corresponsabilização* do Estado na promoção e concreção de acesso o mais amplo possível aos bens económicos e sociais, num movimento que influenciou de modo decisivo as Constituições do primeiro pós-guerra, mais atentas a uma nova cidadania que se constrói a partir do reconhecimento explícito desses direitos prestacionais de cunho fundamental²².

Ingo Sarlet igualmente pondera sobre as circunstâncias sociais daquele tempo, pontuando que:

22 E acresce o autor que: “Uma das dimensões da resposta do Estado social de Direito à questão social herdada da revolução industrial e às reivindicações de um movimento operário para quem, sobretudo nas difíceis condições económicas e sociais da época, não havia verdadeira proteção da liberdade e autonomia do cidadão”. *Op. cit.*, pp. 66-67.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e económicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.²³

São clássicos exemplos dessas novas Constituições, alusivas ao período que se sucede ao fim da Primeira Grande Guerra, as do México (1917) e da Alemanha (1919), mas que continuam “um compromisso político e de aspirações sociais que remetiam para a posterior e devida actividade do legislador ordinário”, conforme adverte Jorge Reis Novais²⁴. Segue o autor por considerar que “não havia diferenças quer se tratasse de direitos e liberdade ou de direitos sociais: uns e outros seriam aquilo que o legislador democrático livremente decidisse”²⁵.

Jorge Miranda salienta que o feixe de direitos sociais reconhecidos nesse período é bastante diversificado, pois as configurações do Estado Social não se dão por fórmula exata, de modo que “os antagonismos ideológicos, os desníveis de estádios de desenvolvimento e as diferenças de culturas e de práticas sociais não só subjazem aos contrastes de tipos constitucionais como explicam realizações e resultados variáveis de país para país”²⁶.

Nessa multiplicidade de formas de reconhecimento, que vão desde explícitas afirmações dos direitos sociais como autênticos direitos fundamentais indo até a declaração jurídico-político de singelos programas, objetivos ou meras directivas de política social e económica (exemplos das Constituições Irlandesa e Indiana), residem as ambiguidades e contradições que consubstanciam “a raiz das debilidades dogmáticas que têm acompanhado, até hoje, a história constitucional dos direitos sociais”²⁷.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, portanto, não se restringem a direitos de perfil positivo, mas também as denominadas *liberdades sociais*, de que são exemplos o direito de greve, de sindicalização, de férias, de repouso semanal remunerado, de salário

23 *Op. cit.*, p. 55.

24 *Op. cit.*, p. 68.

25 *Ibidem.* pp. 68-69.

26 *Op. cit.*, p. 88.

27 NOVAIS, *Op. cit.*, p. 70.

mínimo e de limitação da jornada de trabalho, assim consubstanciando o princípio da justiça social, a fim de responder aos reclamos das classes menos favorecidas, sobretudo a operária, ante a extrema desigualdade que as assolava²⁸.

Essa nova fornada de direitos fundamentais vem para somar esforços aos direitos civis e políticos, superpondo-os, e são comumente identificados como *direitos económicos, sociais e culturais*, numa nova dimensão que, para Paulo Bonavides, “tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira”²⁹. Esses direitos evidenciam o trânsito de características, pois se deslocam do perfil abstrato e formal para se alocarem, agora, ao plano das liberdades concretas e materiais³⁰.

Eis aí a gênese dos direitos de terceira dimensão, conquanto, noutro giro, os três postulados básicos da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) se complementam com a referência ao mais básico dos direitos fundamentais, o direito à vida, e ainda, ao princípio da dignidade da pessoa humana, neles se encontrando as bases estruturais da mais variada e ampla gama de direitos fundamentais³¹.

O movimento ganha corpo – senão alma – no segundo Pós-Guerra, com o reconhecimento do direito à paz, à auto-determinação dos povos e ao desenvolvimento (de que são titulares as Nações e não mais o indivíduo); direito ao meio ambiente, à qualidade de vida, ao patrimônio histórico e cultural, direito à comunicação, e que são consequência dos impactos tecnológicos, estado de permanente beligerância e de descolonização do segundo Pós-Guerra. São direitos de titularidade coletiva, indefinida ou indeterminável, e que, por isso mesmo, sugerem novas medidas e técnicas de correlata proteção³².

É dizer, ocorre nesse período que deriva dos movimentos transnacionais reagentes aos horrores do conflito que mais expôs as fragilidades humanas e das nações, em vários sentidos, verdadeiros e distintos espaços de constitucionalização e, ainda, de democratização, mas agora

28 SARLET, *op. cit.*, p. 56.

29 *Op. cit.*, p. 518.

30 SARLET, *op. cit.*, p. 56.

31 SARLET, *op. cit.*, p. 54.

32 SARLET, *op. cit.*, p. 57.

garantindo nas Constituições um novo campo de normatividade, mais formal e, sobretudo, mais “justiciável”, as Cartas Políticas passando a traduzir não mais meros compromissos ideológicos ou principiológicos, mas, essencialmente, vinculativo e garantidor de direitos subjetivos concretamente exigíveis, formal e materialmente³³.

Esse movimento é fortemente influenciado pela retomada do pensamento de Kant, filósofo que viveu do fim do século XVIII para o XIX, na Prússia, e que rompe com positivismo jurídico a partir da conciliação entre o racionalismo cartesiano e o empirismo, para assim reaproximar o direito da moral. Para Kant há um imperativo categórico, um sumo bem que deriva de um *dever ser* que põe a ética acima da moral, através de uma norma de conduta universal que recoloca o homem, e não o Estado ou o próprio Direito, no centro e no fim de todas as coisas, assim estabelecendo um novo patamar para a compreensão da dignidade humana.³⁴

A terceira dimensão dos direitos fundamentais, portanto, descreve trajetória do deslocamento da relação Estado-indivíduo para Estado-Nação, e “os juristas e publicistas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais”, registra Paulo Bonavides³⁵.

A maior parte desses direitos de *solidariedade e fraternidade* não encontrou respaldo na seara constitucional de diversos Estados, mas em grande número se encontra albergado em vários tratados e outras convenções internacionais. Pode-se elencar, ainda, como exemplos de direitos de terceira dimensão, o direito de informática (ou liberdade de informática); as garantias contra manipulações genéticas; o direito de morrer com dignidade; e de mudança de sexo.³⁶

33 NOVAIS, *op. cit.*, p. 69.

34 Para Kant, “Esta regra, porém, para um ser no qual a razão não é o fundamento único da determinação da vontade é um imperativo, isto é, uma regra designada por um “deve ser” (ein Sollen) que exprime a compulsão (Nötigung) objetiva da ação e significa que se a razão determinasse totalmente a vontade, a ação ocorreria indefectivelmente segundo essa regra”. KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução e Prefácio: Afonso Bertagnoli. Digitalização da edição em papel da Edições e Publicações Brasil Editora S.A., São Paulo, 1959. Disponível em: http://leonayres.com.br/wp-content/uploads/2013/10/kant_critica_da_razao_pratica.pdf, acessado em 28/09/2022. P. 17.

35 *Op. cit.*, p. 523.

36 SARLET. *Op. cit.*, p. 58-59.

Cuida-se da nova face de uma seara de proteção já conhecida, qual seja, do dever de preservação da dignidade da pessoa humana, do que se pode perceber um certo retorno às esferas dos direitos negativos de primeira geração, agora readaptados para as exigências da contemporaneidade, bem assim o forte componente de titularidade coletiva ou difusa³⁷.

Sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e demais declarações que se sucederam, sobretudo, no segundo pós-guerra, Paulo Bonavides, com habitual acerto, assinala que:

Do campo filosófico ao campo jurídico, do direito natural ao direito positivo, das abstrações do contrato social aos códigos, às constituições e aos tratados, depois de cursar a via revolucionária, essas Declarações fizeram vingar um gênero de sociedade democrática e consensual, que reconhece a participação dos governados na formação da vontade geral e do governante.³⁸

Após a 2ª Guerra Mundial, o Direito se abre à moral e justiça segundo os vetores interpretativos dos princípios constitucionais, que se principia com a *virada Kantiana*, que antes resgatou, como vimos, essa reconciliação³⁹. Do Positivismo Jurídico, herdou-se o sistema hierárquico de normas, mas nesse novo movimento, denominado *Neoconstitucionalismo*, ou *Pós-Positivismo*, advém a ideia de atuação judicial nas lacunas ou omissões legislativas, principalmente em tema de direitos fundamentais, donde se retira jurisdição e normatividade dos próprios princípios constitucionais.

Robert Alexy, refletindo pensamento que provém desse período, cita exemplos da variação de intensidade dos direitos fundamentais sociais, direito ao mínimo existencial equivale a um direito subjetivo definitivo vinculante (maior intensidade) e o dever objetivo estatal não vinculante e *prima facie* o de menor intensidade. Menciona, na Alemanha, o direito

37 SARLET. *Ibidem*.

38 *Op. cit.*, p. 528.

39 Segundo o professor Thiago Rodrigues-Pereira, “*Como no mundo de Matrix, a grande maioria dos juristas acreditaram e passaram a seguir o caminho mais fácil, ou seja, aceitar sem grandes questionamentos a teoria dominante vigente. Apenas após a Segunda Guerra Mundial começou um processo de crítica ao positivismo jurídico como um todo, além das tentativas de novas teorias para o direito enquanto ciência*”. RODRIGUES-PEREIRA, Thiago - **A Necessária defesa do óbvio: a crítica hermenêutica do direito como superação do positivismo jurídico e do “decisionismo” judicial brasileiro**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 26.

a uma vaga na universidade após a conclusão do ensino médio, como um direito subjetivo vinculante, mas prima facie (segundo grau de intensidade)⁴⁰.

Assim, para o autor alemão, ainda no exemplo dos direitos fundamentais sociais (“*diferenças substanciais*”), a respectiva concretização não pode implicar uma ideia de tudo ou nada, mas de ponderação entre uma postura minimalista (“*direitos mínimos*” ou “*pequenos direitos sociais*”) e maximalista (plena capacidade política e social do cidadão), daí a necessidade de analisar argumentos favoráveis e contrários a eles⁴¹.

O direito se abre, portanto, para a *moral* e para a *justiça* em razão da quebra desse sistema – positivista – fechado de normas, para adoção de uma nova dogmática jurídica que privilegia a interpretação e a racionalidade baseadas nos princípios constitucionais, conforme veremos com mais vagar no capítulo seguinte, não sem antes já introduzir, novamente, a percepção de Robert Alexy no sentido de que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁴²

Afirma o autor, portanto, que os princípios são mandados de otimização, de sorte que se devam adotar todas as possibilidades fáticas e jurídicas ao alcance para concretização ou satisfação dele. Os princípios possuem diferentes níveis ou graus de satisfação, de modo que por meio da interpretação e ponderação deles, pelo método da proporcionalidade (preponderância do interesse) chega-se a possibilidade de até mesmo limitar o alcance das regras de direito.⁴³

40 ALEXY, Robert - **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 501-502.

41 *Ibidem*, pp. 502 e 505.

42 *Ibidem*, p. 90.

43 Disso seguem os exemplos, no Brasil, os métodos de Interpretação Conforme a Constituição e a Declaração de Nulidade Parcial sem Redução de Texto, amplamente adotadas no Supremo Tribunal Federal.

Há juristas, ainda, que afirmem a existência já de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, pois decorrentes do processo de globalização política a tanto irradiar na normatividade jurídica, último ato do Estado Social, a tanto propiciar a propagação do direito ao pluralismo, o direito à informação, à comunicação e à democracia, como é o caso de Paulo Bonavides⁴⁴, para quem:

Os direitos da primeira geração, direitos individuais, os de segunda, direitos sociais, e os da terceira, direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturas, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.⁴⁵

A ver a consolidação, ou não, no plano dogmático de uma quarta gênese de genuínos direitos fundamentais, por enquanto ficamos com a reflexão de Jorge Miranda, para quem, sobre o permanente espaço de disputa por novos direitos:

Somente há direitos fundamentais, insistimos, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem. Mas - por isso mesmo - não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra. Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades.⁴⁶

Vale dizer, já os clássicos direitos fundamentais, de primeira, segunda e terceira dimensões apresentam diferentes e robustos graus de dificuldades de concretização, sobretudo os de segunda e terceira dimensão, e não raro testemunhamos novas e reformuladas maneiras de transgressão a eles a tanto impor a constante reflexão sobre correta teorização e dogmática constitucionais para fazer face a esses novos desafios; de sorte que, conforme esclarece Ingo Sarlet, “essa evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação desses ‘novos’ direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial”⁴⁷.

44 *Op. cit.*, pp. 524-535.

45 *Ibidem*, p. 535.

46 *Op. cit.*, p. 84.

47 *Op. cit.*, p. 62.

Assim, neste ponto, associo-me à ideia de encarar com reticências o reconhecimento de efetivo surgimento de uma nova e distinta dimensão de direitos que não diga respeito aos valores constitucionais dantes já expressos nas gerações anteriores⁴⁸.

2.2. Aspectos subjetivos e objetivos dos direitos fundamentais.

Realizada uma breve incursão na origem e no histórico dos direitos fundamentais, passa-se a análise dos seus aspectos *subjetivos* e *objetivos*, porquanto estando a presente investigação a envolver a tensão relativa à concretização do direito social à saúde acerca do jogo institucional que interpenetra, na realização das respectivas políticas públicas, as iniciativas legislativas e executivas e uma contraposta judicialização do tema, é de primeira relevância essa percepção, de vez que crucial para o conhecimento dos limites da atuação judicial nesse campo, e, por efeito disso, da higidez do Estado de Direito⁴⁹.

Acerca do aspecto *subjetivo*, impõe-se reconhecer que a atmosfera sócio-política envolta nas origens dos direitos fundamentais, como vimos, era de resistências, de lutas por espaços de liberdade, e que gravou a passagem do estado absoluto para o liberal, ainda no final do século XVIII. O primeiro constitucionalismo tem esse traço liberal, algo que se refletiu nos contornos característicos da primeira dimensão de direitos fundamentais, isto é, os exercitáveis *contra* ou *apesar* do Estado, nomeadamente os direitos civis e políticos.⁵⁰

Em investigação de minha autoria sobre o mesmo tema relativo à formação desses primeiros direitos (liberdade de reunião, à vida, à participação política e de inviolabilidade de domicílio, *v.g.*), foi possível concluir que a concretização deles demonstra a face exitosa dos ideais da Revolução Francesa (valores alusivos à liberdade, igualdade e fraternidade), num

48 SARLET, *Ibidem*, p. 64.

49 FACHIN, Zulmar; ROCHA, Alexandre Almeida; KRAHL, Pricila – **ASPECTO SUBJETIVO E JUSTICIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**. Revista *Ius Gentium*. Curitiba: Centro Universitário Internacional UNINTER. p. 6.

⁵⁰ MELO NETO, Antonio Saboia de - **A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais e o Conflito Entre a Soberania do Parlamento e a Soberania dos Tribunais: Aspectos Subjetivos e Objetivos dos Direitos Fundamentais**. Março de 2019. Unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, na Universidade Autónoma de Lisboa.

“movimento histórico que transformaria de modo indelével as relações entre Estado e seus cidadãos, e com decisiva influência no pensamento do mundo ocidental”.⁵¹

Por sua natureza e gênese, essas primeiras conquistas, em verdade, se davam pelo singelo não-fazer ou não intervir do Estado, nos tempos em que o exercício da liberdade, no plano subjetivo, parecia consubstanciar fórmula civilizatória bastante para todas as potencialidades do indivíduo.

Uma vez violado esses espaços de liberdade, ao indivíduo caberia demandar judicialmente contra o Poder Público, numa triangulação abrangendo o próprio titular, o objeto jurídico e o Estado destinatário quanto ao cumprimento do direito violado.⁵²

Contudo, mesmo o exercício dos direitos de liberdades não prescinde de certas necessidades materiais mínimas para seu pleno exercício, de modo que a singela abstenção do Estado nem sempre é vetor de direitos subjetivos individuais⁵³. Não tardou para que os efeitos deletérios da Revolução Industrial exigissem uma postura diferente do Estado, agora mais intervencionista, e não apenas absenteísta, a fim de garantir mais igualdade de condições.

Sobre esse movimento, Robert Alexy esclarece que:

Para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo... Contudo, não é possível negar que, para ele, a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele de nada servem, em razão dessa situação de necessidade, e que, por isso, são para ele uma ‘fórmula vazia’.⁵⁴

Eis que sob essas condições de temperatura e pressão são forjados os direitos de segunda dimensão. Cuida-se dos direitos sociais, econômicos e culturais das primeiras

⁵¹ MELO NETO, *op. cit.*, p. 5.

⁵² SALET, *op. cit.*, p. 167.

⁵³ “A Revolução Industrial, evento histórico que transformou o mundo através do avanço de novas tecnologias, consolidou o capitalismo e, a reboque, promoveu uma onda de desempregos em massa, teve decisiva influência na percepção de que o exercício da cidadania plena não se conquista *apenas do e contra* o Estado, mas sobretudo *através ou por intermédio dele*”, conforme MELO NETO, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁴ *Op. cit.*, pp. 505-506.

Constituições do mundo ocidental do século passado. São exemplos a Constituição do México, 1917; e da Constituição da Alemanha, 1919. Referida positividade também foi marcada pela falta de concretização desses direitos, o que só reforça o entendimento de que, mais do que estabelecê-los no plano normativo, ainda que constitucional, é o incremento de condições para sua real efetivação⁵⁵.

Para que o Estado de Direito seja de fato configurado, insuficiente a mera previsão de direitos na Lei Fundamental. Impõe-se o dever de adoção de medidas de efetiva tutela, proteção e promoção a todos os cidadãos, e fundamentalmente com o fornecimento de meios materiais para o exercício de fato desses direitos⁵⁶, numa atividade complementar do Estado na qual revela seu perfil *objetivo*, de maneira que “o reconhecimento da dimensão objetiva não exclui a existência também da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais”.⁵⁷

Para FACHIN e KRAHL, as ideias contrapostas entre os aspectos objetivo e subjetivo se reproduz na ambiguidade, quanto ao primeiro caso, de algo que não se pode atribuir socialmente a ninguém, eis que essencialmente institucional e normativo; e, no segundo, quanto a destinar ao titular certas faculdades e obrigações, estabelecendo-se aí uma ligação entre um e outro. Em suma, enquanto no campo objetivo há estruturação de normas e instituições próprias do ordenamento, no subjetivo o indivíduo demanda poderes e deveres para fazer ou deixar de fazer algo⁵⁸.

Salert esclarece que é equivocado encarar o viés objetivo como *outro lado da moeda* do viés subjetivo. Segundo o autor, a perspectiva objetiva possui função autônoma e transcendental ao reconhecimento subjetivo do direito fundamental. Assim, é distinto deste e

55 AZEVEDO, Flávio Alexandre Luciano de; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da – **A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELEVÂNCIA PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA EM PAÍSES PERIFÉRICOS**. CONPEDI/UFS [Em linha]. Nº 24 (2015), p. 48.

56 AZEVEDO; e SILVA. *Ibidem*, p. 50.

57 AZEVEDO; e SILVA. *Ibidem*.

58 FACHIN; e KRAHL. *Op. cit.*, p. 11.

constitui uma mais-valia representativa de um “reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais”.^{59 60}

Há uma ordem permanentemente dirigida em face do Estado no viés objetivo dos direitos fundamentais, uma noção de obrigação perene para legislar os regulamentando, a fim de viabilizar instrumentos de garantia e aceder efetivo, bem assim criar vetores para resolução de conflitos a abranger sua aplicação.^{61 62}

Sarlet acresce que “o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade dos indivíduos”⁶³, ainda sobre essa função axiológica inerente ao viés objetivo. O mesmo autor, porém, contemporiza esse mandamento generalizante não exclui regras e princípios impostos de rigor ao Legislador para efetivação de dadas prestações já implementadas como direitos subjetivos e, portanto, de perfil cogente.^{64 65}

Ao viés objetivo corresponde também o dever proteção, a fim de preventivamente evitar que violações ou suas ameaças se consumam.

Com efeito, consta da Constituição de Portugal, de um modo geral, em seu art. 9º, alínea **b**, que é tarefa fundamental do Estado garantir os direitos e as liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático.

59 *Op. cit.*, p. 158.

60 Sobre o tema, Melo Neto reforça que “do aspecto objetivo dos direitos fundamentais, decorre para o Estado o dever não só de respeitá-los na perspectiva de um não intervir inconstitucional, mas também o de protegê-los e, ainda, de promovê-los. A positivação de um dado direito fundamental é, antes, apropriada como um direito da sociedade e que merece ser observado sob vários prismas, inclusive como vetor ou critério de interpretação de conflitos, ou ainda, como força jurídica para edição de novos direitos”. MELO NETO, *op. cit.*, p. 8.

61 FACHIN; ROCHA; e KRAHL. *Op. cit.*, p. 12.

62 É característica do Constitucionalismo Social uma complementação e vai além da perspectiva subjetiva, pois serve de interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico, um genuíno reforço para densificação das normas de direitos fundamentais. Conforme AZEVEDO; e SILVA. *Op. cit.*, p. 56.

63 *Op. cit.*, p. 160.

64 SALET. *Op. cit.*, p. 161.

65 Esse efeito irradiante também obrigado a que os órgãos responsáveis pela interpretação normativa realizem essa função na perspectiva constitucional, pois sua resultante deve sintonia aos valores que a Constituição elegeu e privilegiou. Conforme AZEVEDO; e SILVA. *Op. cit.*, p. 59.

De sua vez, no Brasil, esse dever de proteção está previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLI, que estabelece: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Importante também registrar que do plano objetivo dos direitos fundamentais deriva sua relação na ordem horizontal, “já que, enquanto extensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais devem ser respeitados, inclusive nas relações entre particulares”⁶⁶.

Ao Estado compete, outrossim, dar efetividade aos direitos fundamentais no sentido de projetar e criar estruturas e procedimentos, judiciais ou não, sob a colaboração de organizações até mesmo internacionais, a fim de instaurar verdadeira rede de proteção como mecanismos para que os cidadãos contem com padrões mínimos de fruição⁶⁷.

Podemos citar, como exemplos, a instauração progressiva no Brasil das Defensorias Públicas para a consolidação e garantia do Acesso Assistencial e Gratuito ao Poder Judicial para os que não podem litigar em juízo sem comprometer sua própria subsistência. Em Portugal, há a situação do Provedor de Justiça⁶⁸, órgão independente que atua segundo uma estrutura institucional composta por dezenas de juristas e corpo administrativo de boa capilaridade, emitindo recomendações e até mesmo propondo medida de controlo abstrato de constitucionalidade⁶⁹, acerca das condutas lesivas do Estado.

Segundo Sarlet, sobre as normas de procedimento:

Com base nas normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais.⁷⁰

66 FACHIN; ROCHA; e KRAHL. *Op. cit.*, p. 16.

67 AZEVEDO; e SILVA. *Op. cit.*, p. 60.

68 Segundo informações obtidas no sítio eletrônico (disponível em: <http://www.provedor-jus.pt/site/public/?idc=141>), foi inspirado numa figura originária da Suécia - o “Ombudsman”. Foi criado em 1975 e funciona como elo de ligação entre as pessoas e o poder. Cuida-se de um defensor dos cidadãos e ao mesmo tempo um promotor de uma administração pública justa e eficaz.

69 Artigos 281.º, nº 1, d; e 283º, da Constituição da República de Portugal. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

70 *Op. cit.*, pp. 164-165.

Os aspectos objetivo e subjetivo dos direitos fundamentais, dizem, em suma, dos limites de atuação dos Poderes constitucionalmente responsáveis pelo seu implemento, ao que corresponde notável importância para a dogmática que busca solucionar eventuais e correlatos conflitos entre eles, os poderes. Há muitas as indagações que o tema pode suscitar, mas o foco desta investigação segue na perspectiva da elucidação comparativa da concretização do direito à saúde, nas realidades de Portugal e do Brasil, à luz das atuações de ambos na realização de políticas públicas e da respectiva judicialização, sem desconsiderar, todavia, os reflexos da compreensão dos aspectos objetivos e subjetivos que essa especial categoria de direitos fundamentais suscita.

2.3. A *Jusfundamentalidade* dos direitos sociais.

Importa agora uma visão sobre a natureza ou condição dos direitos sociais como genuínos direitos fundamentais, ou sua *jusfundamentalidade*⁷¹, considerando a inserção do direito social à saúde nessa categoria de direitos fundamentais. Não sem antes se esclarecer que o tema voltará mais afrente, em específico, quando será abordada a *jusfundamentalidade* do próprio direito social à saúde.

Os direitos sociais implicam de forma permanente a noção de custos financeiros, algo que desloca o foco das atenções ao Legislador e ao Executivo, numa compreensão quase que excludente da atuação judicial segundo a tradicional doutrina da separação, harmonia e independência entre os poderes.^{72 73}

⁷¹ Neologismo retirado da doutrina de Jorge Reis Novais, expressão que define características que permitem incluir uma dada categoria de direitos como direitos fundamentais. NOVAIS, *op. cit.*, p. 39.

⁷² Relevante notar que, segundo a teoria clássica sobre a Separação de Poderes de Montesquieu, “a noção de separação não pode implicar, todavia, numa relação de independência absoluta entre os poderes, mas numa coordenação juridicamente vinculada. Afinal de contas, o poder estatal, na perspectiva da Teoria do Estado, nos moldes tradicionais, é uno e indivisível. Neste sentido, a divisão de poderes dá-se no nível organizativo funcional. De outra parte, o que permitiria a ação seriam os arranjos institucionais travados no âmbito dos poderes”. LIMA, Flávia Danielle Santiago. **A SEPARAÇÃO DE PODERES E A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO MODERNO: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA OBRA DE MONTESQUIEU**. Revista da AGU. Ano 6, nº 12, Jan./abr. 2007. p. 4.

⁷³ “Acaso concebido como resultante exclusiva da ação de um poder dotado de legitimidade democrática, próprio do parlamento, contraposto à atuação contramajoritária do Poder Judicial, os direitos sociais seriam percebidos apenas como direitos *na medida da lei*, de cunho estritamente programático, num nível de densidade constitucional

Nem a prevalência das atuações Legislativa e Executiva, o perfil orçamental, ou ainda, o viés *programático*⁷⁴ desses direitos subtrai a natureza de fundamentalidade, eis que, por sua singular importância ao alcance de patamares mínimos próprios da dignidade da pessoa humana, não foi atribuído, pelas Constituições de Portugal e do Brasil, exclusivamente a um só dos poderes, mas a todos. Zulmar Fachin, Alexandre Almeida Rocha e Pricila Krahl, sobre o tema, afirmam que:

A Constituição da República, em relação aos direitos sociais, deixa aos Poderes Públicos a escolha dos meios pelos quais a consolidação desses direitos se fará, mas nunca relega ao alvedrio da Administração ou do Legislativo a opção de consolidar ou não os direitos sociais, justamente porque a incorporação desses direitos ao texto constitucional, gozando inclusive de especial proteção, demonstra que essa opção já foi feita de modo definitivo pelo constituinte.⁷⁵

Logo, o dever de consolidação prática aos direitos fundamentais se insere dentre os fundamentos e até objetivos das Constituições sob análise, atribuindo indistintamente aos poderes soberanos a ambientação necessária a essa concretização.⁷⁶ E, se à norma constitucional supõe-se a prerrogativa de supremacia com relação às demais, não há legítima atuação estatal que escape a sua força vinculante⁷⁷.

ou *jusfundamental* distinto ou até menor com relação aos direitos de liberdade, por exemplo”. Conforme MELO NETO, op. cit., p. 13.

⁷⁴ Aqui no sentido de simples projetos ou perspectivas latentes de concretização prolongada e diferida no tempo. Conceito que se distingue de Constituição Programática ou Dirigente, de Canotilho, visto mais à frente no capítulo seguinte.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 21.

⁷⁶ Nesse sentido, vejamos a redação dos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, respectivamente: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Ainda, leiam-se os artigos 1º e 12, 1, da Constituição da República de Portugal: “Art. 1º Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”; “Art. 12º, 1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”.

⁷⁷ AZEVEDO; e SILVA. *Op. cit.*, p. 65.

Ainda que os direitos sociais demonstrem perfil distinto quanto aos direitos de liberdade, sendo no primeiro caso mais explícitos os esforços financeiros para concretizar medidas alusivas à segurança pública, à educação pública, à saúde pública etc., principalmente nos países em desenvolvimento, quando, no segundo, a abstenção do Estado já poderia representar, em dadas situações, o próprio implemento, fato é que também o exercício de certos direitos de liberdade também implicam custos orçamentais.

Para Jorge Reis Novais:

Também essas prestações destinadas a garanti-los exigem do erário público o dispêndio de somas avultadas. Logo, os direitos de liberdade não envolveriam, menos que os direitos sociais, um problema orçamental; reserva financeira seria comum aos dois tipos de direitos.⁷⁸

Segundo o autor, não constitui objecção alguma, dogmática ou específica, à *jusfundamentalidade* dos direitos sociais, mas, antes, um percalço próprio e inerente a todos os direitos.^{79 80}

São elevados, portanto, os custos financeiros inerentes aos direitos de liberdade, e por serem indissociáveis à noção de Estado de Direito, ficam ocultos e não se contabilizam de forma automática, justamente o contrário do que naturalmente sucede com os direitos sociais, essa a origem de tanta controvérsia⁸¹.

Jorge Reis Novais menciona que:

O mesmo se passa com os chamados direitos políticos (que consideramos globalmente integráveis nos direitos de liberdade). Esquece-se, por exemplo, o extraordinário

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 96.

⁷⁹ NOVAIS. *Ibidem*.

⁸⁰ “Apanhando o exemplo do direito de propriedade, basta mencionar todo o aparato administrativo, no plano da segurança, para se prevenir ocorrências indesejadas e incompatíveis com seu livre exercício; sem falar, já no plano repressivo, a existência de toda uma estrutura jurídico-institucional, também policial e/ou judiciária, para restaurar o direito, no caso de violação, turbação ou esbulho, tudo isso a demandar, por evidente, custos financeiros nada desprezíveis e que comprometem, de forma não distinta dos direitos sociais, o orçamento da Administração”. MELO NETO, *op. cit.*, p. 15.

⁸¹ NOVAIS. *Op. cit.*, pp. 96-97.

esforço financeiro requerido aos países do terceiro-mundo para realizarem eleições livres, para garantirem portanto, na realidade, os principais direitos políticos.⁸²

Este relatório se filia à doutrina segundo a qual os direitos de liberdade implicam dispêndios tão ou mais vultosos do que os direitos sociais.⁸³ Sequer o perfil programático, não no sentido de constituição-quadro, mas de projetos de futuro⁸⁴, que os direitos prestacionais naturalmente implicam, impõe-se ao reconhecimento *jusfundamental* deles em face dos direitos de liberdade.

Mesmo que impliquem planejar o futuro, assim relativizando as decisões políticas com vistas a sua concretização, porque são direitos *na medida da lei*⁸⁵, impõe-se não perder de perspectiva que países de Constituições mais recentes, sobretudo de reabertura democrática, como nos casos em estudo, tenderam instintivamente pela clara ampliação da lista dos direitos fundamentais, principalmente os que dizem respeito ao exercício da cidadania, logo, os de perfil prestacional.^{86 87}

Mas nem países de constitucionalismo mais consolidado e de economia plenamente desenvolvida atingiram o cumprimento dos direitos sociais sem deficiências, a ponto de não necessitar de pontuais intervenções judiciais. De outro lado, a falta de recursos nunca é absoluta,

82 *Op. cit.*, . 97.

83 Holmes e Sunstein já constatava esse fenômeno dos custos dos direitos, inclusive os de liberdade, de modo que “todos os direitos são positivos, no sentido de que mesmo os direitos primacialmente de defesa demandam ações estatais para que possam ser efetivos (...) e se os direitos fossem meramente espaços livres da interferência pública, a maior virtude do governo seria sua paralisação ou incapacidade. Mas um Estado incapaz não pode proteger a liberdade, mesmo aquelas que parecem inteiramente negativas”. FACHIN; ROCHA; KRAHL. *Op. cit.*, p. 26.

84 Na já tradicional classificação de José Afonso da Silva, sobre as normas constitucionais de eficácia *plena, contida e limitada*, o autor aloca o direito à saúde, previsto no art. 196, da Constituição do Brasil, entre as normas de eficácia *limitada*, logo, de viés *programático*, a tanto carecer da atividade do legislador ordinário para se fazer valer o direito em toda sua plenitude, quando é certo que o sentido de Normas Programáticas segundo uma Constituição-Quadro ou Constituição Dirigente, adotado na maior parte desta investigação, opõe-se diametralmente à doutrina do autor brasileiro. SILVA, Jose Afonso - **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 83-84.

85 SALET. *Op. cit.*, p. 291.

86 MELO NETO, *op. cit.*, p. 17.

87 “Não se pode negar que, nesse primeiro momento, a necessidade era de fazer constar, positivar, um maior número possível de direitos no plano constitucional, mesmo que naquela exata oportunidade ao Estado não fosse possível dar-lhes concretude no mundo real. Nesse ambiente, era evidente sua satisfação por intermédio de uma função mais programática do Estado, o que ao longo do tempo, reconsolidadas as instituições democráticas (ou em processo de consolidação), a exigência de mero programa maturou para algo mais concreto, mas essa característica jamais desaparece por completo, e não lhes retira a *jusfundamentalidade*”. MELO NETO, *op. cit.*, p. 17.

mas moderada nos países em desenvolvimento, ao que a reserva do possível impõe a definição de prioridades para as políticas públicas.

Para Novais o tema “implica escolhas e opções políticas de distribuição de meios e, consequentemente, conflito entre as opções públicas de alocação de recursos e as necessidades e interesses individuais no acesso a bens económicos, sociais ou culturais”⁸⁸. Ou, numa palavra, a efetividade⁸⁹ não consiste em garantia nem pressuposto da *jusfundamentalidade* dos direitos prestacionais.

Mesmo a implicação do custo financeiro constituindo aspecto relevante para intervenção judicial no tema dos direitos sociais, ainda assim não é algo que baste à supressão de sua especial estrutura dentre os direitos fundamentais. Sim, porque, segundo a doutrina corrente, a concretização das prestações sociais implica invariavelmente custos financeiros, algo que naturalmente leva à análise conjuntural da economia, estando em causa a possibilidade de intervenção judicial na hipótese de demanda prestacional⁹⁰. Mas a episódica necessidade de juízo de ponderação, de proporcionalidade no caso concreto, não abstrai sua essencialidade constitucional.

Não por acaso Novais assinala que “a generalidade dos direitos fundamentais, incluindo designadamente os direitos de liberdade, também está sujeita a uma reserva geral de compatibilização com outros bens”⁹¹.

Os direitos de liberdade, por exemplo, demandam amiúde para sua concretização a mesma necessidade juízo de ponderação (colisão horizontal entre particulares, num exemplo mais específico), algo que não necessariamente suprime sua *jusfundamentalidade*, não com a mesma frequência com que se pretende quanto aos direitos sociais.⁹²

88 *Op. cit.*, . 93.

89 Expressão aqui utilizada no sentido diametralmente oposto ao de programaticidade.

90 SALET. *Op. cit.*, pp. 287-288.

91 *Op. cit.*, p. 98.

92 Nesse sentido, Jorge Reis Novais assinala que: “apenas de sua natureza material jusfundamental e da sua força constitucional em sentido formal, os direitos fundamentais podem ceder sempre que, por meio de uma ponderação de bens racionalmente fundamentável, tal seja necessário para garantir outros bens, direitos e interesses que, no caso concreto, mereçam por parte do Estado uma proteção jurídica que obrigue àquela cedência”. *Op. cit.*, p. 98.

É dizer, a objeção financeira pode até exercer certos limites ao seu exercício, a se resolver por via de critérios de ponderação, algo que também ocorre com os direitos de liberdade, ainda que maior ou menor repercussão, porém nunca ao ponto de suprimir a função *jusfundamental* dos direitos sociais.^{93 94}

Objetivamente, a *jusfundamentalidade* das normas de direitos sociais repousam, no caso português, no disposto no art. 9º, alínea d, da Constituição, ao dispor ser tarefa fundamental do Estado “Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”.

Já na atual Constituição brasileira, repousa no disposto no § 1º, do artigo 5º, cuja regra atribui aplicabilidade imediata às normas de direitos e garantias fundamentais, regramento que deve ser combinada com o disposto no § 2º, do mesmo dispositivo, pois traz a obrigação de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Logo, remete-se à norma do art. 6º, ao capítulo que prevê os Direitos Sociais, descritos no tópico seguinte.

Embora sobre direitos fundamentais sociais sua *jusfundamentalidade*, nas perspectivas subjetiva e objetiva, não se possa diminuir, portanto, com relação aos direitos de defesa ou de liberdade, seu estudo remete a uma dogmática jurídica específica e que possa compreender as peculiaridades que lhes são próprias, a tanto refletir no correlato conflito envolvendo o poder judicial e o poder do Parlamento e do Executivo.

93 NOVAIS. *Ibidem*, p. 99.

94 “Em suma, não é o simples fato de dependerem de uma atuação mais intensa por parte dos poderes igualmente destinatários do mandamento constitucional (Legislativo e Executivo), sobre garantir-lhes efetividade, que transmuda a natureza dos direitos sociais prestacionais em algo menor em comparação com os direitos de liberdade. Assim, também o caráter orçamental inerente aos direitos sociais, quiçá sua concepção do ponto de vista programático, não lhe suprime a *fundamentalidade* constitucional, pois está em patamar tão relevante quanto aos direitos de liberdade. E se diga o mesmo quanto à necessidade de juízo de ponderação para efeito de apreciação de uma resultante que leve ao afastamento de certos bens para sobressairem outros, pois igual operação corriqueiramente se vislumbra, também, quanto aos direitos de liberdade”. MELO NETO, *op. cit.*, p. 20.

2.4 Direito Fundamental Social à Saúde em Portugal e no Brasil

Na República de Portugal⁹⁵ “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover”, o que se dará “através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos”, e será “tendencialmente gratuito” e, também, pela “criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável”⁹⁶.

De sua vez, na Constituição da República Federativa do Brasil⁹⁷, o art. 6º prevê que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A competência para concretização desse direito é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, entes federativos financeiramente autônomos, de modo que devem adotar as medidas legislativas e administrativas, leia-se, *políticas públicas* que visem “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, II), na medida de suas atribuições definidas em lei.

95 Aprovada na Assembleia Constituinte, em 2 de Abril de 1976; e sua entrada em vigor, a partir de 25 de 1976 (art. 296º)

96 Essas são as balizas de desígnio constitucional do art. 64º. E por intermédio do mesmo preceptivo, o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado, que deve: “a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.”

97 Constituição da República Federativa do Brasil entrou em vigor em 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Além disso, impõe a Constituição brasileira que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196), bem como declara “de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (art. 197)⁹⁸.

A expressão “saúde” mereceu nada menos do que setenta e duas menções na Constituição brasileira, enquanto na Constituição portuguesa a expressão se repete por significativas quinze vezes, o que precipita, de certo modo, em extensão e profundidade, quantitativa e qualitativa, da relevância desse direito para o constitucionalismo de ambos os países.

Contudo, evidentemente, nem sempre foi assim. O reconhecimento do direito à saúde percorreu curso próprio na história dessas nações, algo que merece, por pertinência ao tema desta investigação, uma breve incursão, ainda que sob contornos gerais, inclusive por possibilitar antever e justificar, pelo menos parcialmente, algumas das razões sociais, econômicas e institucionais que fizeram com que o fenômeno desenhasse trajetórias tão díspares a ponto de colocar o status desse direito em posições bem distintas numa e noutra realidade nacional.

Para essa tarefa, a nossa investigação se utilizará, primordialmente, da doutrina de Felipe Dutra Asensi, que possui robusta pesquisa no tema. É ele que registra, de saída, que:

(...) se no Brasil a chave para entender originariamente o direito à saúde encontra-se nos movimentos sociais, com destaque especial para o movimento de reforma

⁹⁸ A Constituição do Brasil, ainda, sistematiza que: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade” (art. 198).

sanitária, em Portugal o foco de atenção volta-se para o Estado e, mais propriamente, para o governo.⁹⁹

A histórica registra que foi apenas a partir da década de 1940, do século XX, que o direito à saúde, no caso de Portugal, passou a apresentar suas primeiras iniciativas, mas não por consequência de movimentos sociais reivindicatórios ou populares internos, e sim por influência internacional, mais precisamente, da Organização Mundial da Saúde (OMS), de modo que a Convenção Sanitária Internacional, gestada em Paris ainda em meados dos anos 20 do mesmo século, foi internalizada por Portugal em 1942, num período ainda de dispersão estrutural do sistema de saúde¹⁰⁰.

Já nas décadas seguintes, de 1950 e 1960, segue-se o perfil de influência internacional, aí se estruturando material humano e alguma formação institucional, mas é na década de 1970 que se testemunha a forte influência da OMS, no plano externo, mas, sobretudo, das peculiaridades que marcam a Revolução do ano de 1974, donde se extraí com marco característico o “Estado-providência”¹⁰¹.

Há duas características que marcaram a sociedade portuguesa nas décadas de 1970 e 1980, a ponto de influir diretamente na compreensão, nos dias atuais, dos movimentos alusivos à consumação do direito à saúde, quais sejam, o regime ditatorial que se arrastou até o início da década de 70, levando consigo o retardamento do processo de modernização da máquina estatal; bem assim o “caráter tardio do processo de desruralização da sociedade portuguesa”, levando consigo o atraso da “industrialização, terciarização e urbanização”¹⁰².

Essa expansão da oferta de serviços de saúde, sucedida entre as décadas de 1970 e 1980, segundo o autor, não representou uma genuína democratização do acesso e, ainda assim, isto não chegou a gerar o sentimento de frustração coletiva, sequer um abalo ou ruptura do tecido social, conquanto considerados dois fatos: o aspecto marcadamente ruralista da

99 ASENSI, Felipe Dutra – **DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E EM PORTUGAL** *in* **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 168.

100 ASENSI. *Ibidem*.

101 ASENSI. *Ibidem*, pp. 169-170.

102 ASENSI. *Ibidem*, pp. 169-171.

sociedade portuguesa e suas assimetrias regionais, de maneira que “a sociedade ‘adestrou-se’ a não depender do Estado no que concerne aos cuidados de saúde”¹⁰³.

De todo modo, é com a Constituição de 1976 que se reconhece, pela primeira vez, o direito à saúde como uma prerrogativa fundamental de acesso a um sistema de saúde de âmbito nacional, por meio do Sistema Nacional de Saúde, cujas bases são a *universalidade*, no sentido de que são direitos de todos independentemente da condição social ou econômica; a *generalidade* ou *integridade*, porque se volta à abrangência de todos domínios da medicina, em caráter preventivo, curativo e de promoção da saúde em múltiplas vertentes; e a *tendencial gratuidade*, quer dizer, um serviço não necessária e integralmente gratuito, de sorte que insere a possibilidade, sobretudo a partir da Revisão de 1989, de taxas moderadoras aos utentes do serviço, consubstanciada na exigência de valores módicos ou até simbólicos não como contraprestação, portanto, do custo do serviço, e sim como instrumento de racionalização do efetivo uso do sistema, dividindo as condições dos isentos, não isentos e dispensados do seu pagamento.

Apesar disso, segundo Felipe Asensi, neste período “o próprio cidadão português não necessariamente passou a conceber a saúde como seu direito e dever do Estado, o que produziu reflexos na cultura política de reivindicação de direitos”¹⁰⁴.

Enquanto isso, no caso brasileiro, a construção histórica obedeceu a fatores diversos, algo que certamente vem a se refletir na atual conformação constitucional. No período de Brasil Império (de 1822) até a denominada República Velha (primeira metade do século XX), o serviço de saúde era algo absolutamente insípido, um mero favor do Estado. Na genuína origem da expressão “benefício”, era dada a alguns poucos essa assistência, não como obrigação, e sim, consoante antecipada o nome, como *benesse* que se poderia deferir ou retirar sem maiores percalços, e, em termos coletivas, não passavam de medidas de sanitização¹⁰⁵.

103 ASENSI, *Ibidem*. p.172.

104 *Ibidem*. p.175.

105 ASENSI. *Ibidem*, pp.131-133.

Na sequência, da Era Vargas (de 1930) até a redemocratização brasileira, ocorrida nos anos 1980, há dois traços característicos relevantes de anotação. O direito à saúde passava por uma forte *mercantilização*, assim, e por definição, excludente dos menos favorecidos (sem renda alguma ou de menores rendimentos), ao dispor à iniciativa privada a contratação direta para o acesso aos serviços (planos privados); bem assim a adstrição desse direito aos *titulares de um contrato de trabalho*, porque vinculados a um sistema de previdência social, logo, financeiramente retributivo¹⁰⁶.

Não havia, portanto, universalização quiçá integralização dos serviços de saúde até então. Aos que não reuniam condições mínimas de pagar pela prestação de saúde no âmbito privado, poderiam contar, como uma das poucas alternativas da época, com as Santas Casas, instituições sem fins lucrativos sediadas nas principais capitais e especialmente vocacionada ao atendimento dos menos favorecidos¹⁰⁷.

Em suma, antes da Constituição de 1988, portanto, no Brasil o direito à saúde não era expressamente reconhecido no plano constitucional. Representava um direito fortemente atrelado a uma política autoritária, centralizadora e patrimonialista que vinculava um *benefício* em favor dos cidadãos que se encontravam formalmente no mercado de trabalho. Fora isso, era garantido pelo atendimento de convênios de saúde privado, privilégio de pouquíssimos, um serviço de baixa institucionalidade comercial e capilaridade social. Logo, era um direito ainda muito incipiente no plano normativo, de modo que fica claro que, com a Constituição vigente a virada normativa é radical.

Essa curva angular nos permite inferir, dentro dessas circunstâncias, que mesmo que o movimento setentista, iniciado com a reforma sanitária, pretendesse a universalização e integralidade do direito à saúde, o fizera numa perspectiva de programa, de objetivos, de metas, custando-se a crer que o reconhecimento formal na Constituição pudesse induzir naqueles movimentos, em particular, e na sociedade, em geral, uma noção clara de direito a prestações

106 ASENSI. *Ibidem*, pp. 132-133.

107 ASENSI. *Ibidem*, pp.139-40.

positivas universais e integrais à atenção da saúde dos cidadãos, já de plena execução exigibilidade como nos termos atuais.

Foi o movimento de Reforma Sanitária, a contar da década de 1970, que representou significativa virada na luta pela conquista de direitos universais, integrais e gratuitos nos serviços de saúde brasileiros. Intelectuais, especialistas da área e até mesmo estudantes alcançaram progressivos espaços acadêmicos e políticos a ponto de robustecer a pauta de pleitos, sem perder de vista o ideário de participação como uma das principais bandeiras, dando os contornos que a influência política passaria a exercer no tema da saúde, tudo a desembocar nos debates que sucederam nos anos 1980¹⁰⁸ e, finalmente, na própria Constituinte que precede a atual Carta Política do Brasil.

Como se nota, o movimento político, vitaminado por uma séria de reivindicações oriundas de movimentos sociais, mas de fundo inclusive acadêmico, esteve na base de construção ou por trás dos instrumentos de pressão que redundaram na edificação normativa atualmente vislumbrada na Lei Fundamental brasileira, sendo múltiplos e plurais os grupos ou seguimentos sociais que protagonizaram as exigências, de resto bem refletidas no campo político, alcançando, portanto, seu apogeu pela contemplação constitucional de um Sistema Único de Saúde¹⁰⁹, erigido sob os princípios da universalidade, integridade e gratuidade.

Felipe Asensi revela que se trata “de um arranjo social e político que não esteve presente em outros países, inclusive em Portugal”¹¹⁰.

Significa dizer, a partir dessa compreensão histórica, que os movimentos de diferentes influências - internacional no caso de Portugal e intestinos representados pelos movimentos sociais, na situação brasileira - acabaram por traçar perfis autônomos e distintos nas respectivas Constituições, cunhadas que foram por diferentes influências que muito falam sobre aspectos culturais, económicos e culturais que decisivamente infundem uma ruptura nos caminhos e soluções adotadas por ambos os países no que respeito à concretização do direito social à saúde.

108 ASENSI. *Ibidem*. pp.133-134.

109 ASENSI. *Ibidem*, p.134.

110 *Ibidem*, p.135.

Também se permite concluir que os tardios processos de urbanização e industrialização em Portugal, no comparativo com o caso Brasileiro, imprimiu no país um modelo de *sociedade-providência*, a tanto desencadear a “produção endógena de estratégias e itinerários terapêuticos alternativos em saúde, sobretudo em contextos rurais”¹¹¹, sendo certo que o movimento de migração populacional do campo para as cidades, sobretudo, a partir da década de 1970, no Brasil, jactou reivindicações dos trabalhadores por mais serviços de saúde.

Por outro lado, se em Portugal esse modelo de *sociedade-providência* infunde no tecido social, inclusive a partir de uma institucionalizada política internacional incentivadora da responsabilidade individual pela própria saúde e pela parceria do Governo com instituições beneficentes e privadas¹¹², no Brasil os movimentos sociais se incumbiram de encartar o máximo das reivindicações por universalidade, integridade e gratuidade no texto constitucional.

No plano institucional, conforme aprofundaremos mais adiante, essas assimetrias verificadas no campo económico e social vão desaguar na credibilidade (no sentido de titularidade na promoção de respectivas políticas públicas) da sociedade portuguesa nas ações de Governo, ao passo que, na hipótese brasileira, a sociedade mais ativa nos movimentos reivindicatórios vai compreender e incluir no protagonismo dessas ações, instituições públicas como o Ministério Público, as Defensorias Públicas, o próprio Poder Judiciário, os Conselhos Estaduais de Saúde¹¹³ e as Conferências de Saúde, em espaços de “cidadania participativa”¹¹⁴.

Felipe Asensi, segundo esse cenário, elucida que:

O ideário da participação social na saúde portuguesa não foi construído predominantemente de "baixo para cima", como o foi no Brasil. Em Portugal, boa parte das ações em saúde, como já visto, receberam uma orientação internacional que não necessariamente foram sensíveis às peculiaridades locais do país.¹¹⁵

111 ASENSI. *Ibidem*, p.182.

112 ASENSI. *Ibidem*, p.169.

113 ASENSI. *Ibidem*, p.137.

114 ASENSI. *Ibidem*, p.155.

115 *Ibidem*, p. 188.

Em suma, os portugueses confiaram e, ao que parece, ainda confiam, ao Governo, e não ao poder judicial, a adoção de soluções - *políticas públicas* - para os serviços de saúde, bem assim no seu perfil de *sociedade-providência*, enquanto no Brasil a sociedade parece cada dia mais económica, cultural e institucionalmente motivada a procurar a solução judicial, ainda assim, e contraditoriamente, isso não condiz necessariamente, no último caso, com uma solução de ruptura, mas sim até de certa naturalidade, quando se avalia positivamente a progressiva participação de instituições como o Ministério Público Estadual e Federal e as Defensorias Públicas dos Estados e da União na proteção dos direitos da camada da sociedade hipossuficiente em matéria de saúde; e nem representa, por fim, abdicar da participação social nos foros já há muito instituídos, como os Conselhos Estaduais de Saúde e o Fórum de Saúde.

Embora o reconhecimento expresso do direito fundamental social à saúde tenha passado por diferentes trajetórias construtivas, no caso de ambas as Constituições, de Portugal e do Brasil, foi ele de modo inquestionável, em plano tão agudo que, na hipótese portuguesa, como vem a reforçar Jorge Reis Novais:

Não é algo que esteja à mercê da livre decisão política do Governo democrático, mas antes algo que reveste a natureza de uma imposição constitucional e que, portanto, independentemente de qual seja a opinião política das maiorias conjunturalmente no poder, tem a sua subsistência juridicamente protegida com o carácter reforçado que a Constituição lhe empresta.¹¹⁶

Esse apanhado histórico reforça que os espaços de oportunidades para edição e evolução do direito à saúde, segundo o jogo institucional que hoje se estabelece em ambas as nações, evolui segundo injunções de cada época e atualmente segue por despertar elevado interesse dada a condição pressuposta de dignidade humana, concluindo-se que da situação de simples e rasa inexistência esse direito foi alçado ao plano constitucional (*jusfundamental*).

Por isso mesmo, o protagonismo em torno das respectivas políticas públicas de efetiva implementação merece nossa atenção, algo que se prossegue a estudar no capítulo seguinte, desta feita a partir da abordagem de certos princípios de necessária incidência para compreensão do tema.

116 NOVAIS, Jorge Reis - **CONSTITUIÇÃO E SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE**. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 4, n. 11, p. 85-109, abr./jun. 2010. p. 85-86.

3. Princípios incidentes na concretização do Direito Social à Saúde

Passemos agora à análise dos princípios mais relevantes que se entropõem na eventual colisão entre a concretização do direito à saúde capitaneada pelo Parlamento e pelo Executivo e a resultante da eventual atuação judicial, a fim de destacarmos a sensibilidade estrutural desse direito em face de sua notável dependência financeira.

As premissas principiológicas que servem de esteio a uma correta e exauriente dogmática em torno da concretização do direito à saúde, sobretudo quando arrostado o tema sob o ângulo das muitas componentes que derivam das atuações episodicamente conflituosas dos poderes constituídos, podem ser inúmeras e certamente não alocáveis num texto dissertativo deste jaez, de sorte que elegemos somente os princípios de maior evidência e abrangência conceitual para se ter em boa perspectiva essa análise.

De plano, segue a advertência de que texto da lei e sentido da lei não são a mesma coisa, e isso é uma conquista da hermenêutica. Há uma tendência perniciosa, sobretudo no Brasil, no entanto, quanto a criação de uma bolha especulativa de princípios, há uma fábrica deles. Os princípios são normas, logo, deontológicos, e é necessário deixar de moralizar o direito através do “panprincipiologismo”, afinal, a moral não corrige o direito, segundo já nos ensina Lênio Streck¹¹⁷.

3.1. Teoria de Constituição Dirigente.

Canotilho lança sua teoria sobre Constituição Dirigente no ano de 1982, seis anos após a proclamação da Constituição de Portugal, como tese de doutoramento na Faculdade de Direito

¹¹⁷ O professor doutor da UNISINOS, ainda, nesse sentido nos esclarece que: “É preciso insistir nisso: não é qualquer um, nem é qualquer coisa que pode ser princípio. Do contrário, teremos que abandonar a tese dominante de que princípios são normas. Lembremos, ademais, que o positivismo era mais sincero neste ponto. Nele, princípios não eram deontológicos. Por isso, nessa tradição, poderia não haver limites para ‘criação dos princípios’. Afinal, na tradição positivista, eles eram efetivamente abstratos”. STRECK, Lênio Luiz - **Verdade e Consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 571.

de Coimbra, resultando no livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Programáticas*¹¹⁸.

Se a Constituição Dirigente, na teoria constitucional de Canotilho, já foi revisitada e relativizada em Portugal, sobretudo após a constatação, pelo próprio publicista, de que as injunções externas (inserção na União Europeia) e as consequências da economia globalizada, dentre outros fatores, interferiram diretamente no dirigismo, doravante inflexionado, do constitucionalismo português, a ponto de neste último caso ter alcançado em certo grau o *Welfare State*, no Brasil ainda são contabilizados, para infortúnio e tristeza gerais, mais de 33 milhões de pessoas ainda afetadas pela fome e pela miséria:

Trinta e três milhões de brasileiros passam fome no país — um aumento de 14 milhões em relação ao contingente de 19 milhões estimado em 2020. O trágico retrocesso foi constatado pelo Segundo Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19, produzido pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Penssan), divulgado ontem pela Oxfam, organização não governamental. Os dados foram coletados entre novembro de 2021 e abril último, nos perímetros urbano e rural, em todas as cinco regiões do país.¹¹⁹

Num quadro tal da realidade, enquanto o equivalente a mais que três populações de Portugal ainda passam fome no Brasil, a tanto revelar que a Constituição Dirigente de terras lusas, em linha de princípio, já alcançou certos objetivos, em “terra brasilis” o *status* de incumprimento ainda o põe ao largo do atendimento de direitos fundamentais sociais elementares, dentre eles o direito à saúde e em todos os seus domínios (promoção, prevenção etc.).

Eis as razões iniciais para necessária abordagem acerca da teoria de Constituição Dirigente de Canotilho, marco teórico desta investigação, a fim de avaliá-la segundo a atual quadra, numa abordagem a abranger as realidades portuguesa e brasileira, partindo de certo consenso quanto à admissão de que os valores constitucionais que inspiraram a Constituição

118 OLIVEIRA, Fábio de - *A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do Doutor Gomes Canotilho*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, 2005. p. 198.

119 Matéria publicada no ESTADO DE MINAS, disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/opiniao/2022/06/09/interna_opiniao,1372161/fome-afeta-33-milhoes.shtml, acessado em 29/09/2022.

brasileira, advém, inclusive no que se refere ao tema do direito fundamental social à saúde, da atual Constituição da República de Portugal.

Pois bem. A redação original da Constituição Portuguesa de 1976, de fundo eminentemente revolucionário (Revolução dos Cravos de 1974) estava impregnado, segundo Canotilho, de *metanarrativas emancipatórias*, inclusive prevendo expressamente uma ruptura do modelo sócio-económico do regime anterior e proclamando uma desejada transição ao modo de produção Socialismo, que não se confirmou no curso do tempo, com as revisões que se sucederam¹²⁰.

Fatores como a *perestroika*, o enfraquecimento do socialismo, a Queda do Muro de Berlim, a globalização, o neoliberalismo, as promessas da modernidade e os profundos laços com a União Europeia, “vieram a estabelecer e acentuar críticas e impasses quanto a certas pretensões programáticas legalmente incutidas como direção para o Estado, o Governo e a sociedade”, afirma Fábio de Oliveira, relativamente ao registrado pelo publicista lusitano já na segunda edição de aludido livro, de 2001¹²¹.

Canotilho defende que a Constituição não pode ser usada como simples instrumento de governabilidade, contrapondo-se à ideia de que o simples cumprimento de um processo formal levaria, necessariamente, a um resultado justo e de dignidade democrática. É necessário realizar uma avaliação sobre o conteúdo material, e não se apegar cegamente à forma¹²².

Nas palavras do próprio Canotilho, “não se trata de libertar a Constituição, o mais possível, da fixação de conteúdos intrínsecos, mas de encontrar a justa medida entre a ‘formalidade’ e o ‘excesso programático’”¹²³. Assim, para o autor, “a constituição perderia sua legitimidade se importantes domínios sociais e económicos continuassem ‘esquecidos’ ou fossem deixados conscientemente abertos à ‘evolução’ da política e dos ‘tempos’”¹²⁴.

120 OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 199.

121 OLIVEIRA. *Ibidem*, pp. 199-200.

122 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 200.

123 Trecho transcrito da obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Programáticas*, 2ª edição, p. 148, *apud* OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 202.

124 CANOTILHO *apud* OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 202.

Dentre a liberdade de conformação do Legislador, do Administrador e do Julgador, prevalece para Canotilho a figura da conformação de uma nova ordem normativa, por meio do processo democrático, ainda que observando a reserva do possível, mas é ao Legislador que impele as forças políticas de asseguramento aos cidadãos a quebra da velha ordem estabelecida (*status quo*)¹²⁵.

Constituição Dirigente e Teoria do Estado estão imbricadas, pois é necessário saber que modelo de Estado se pretende. Uma Constituição Dirigente supõe um Estado garante de condições mínimas para o acesso a direitos fundamentais prestacionais, de modo que o programa de Governo deve se inserir no programa da Constituição¹²⁶.

Contudo, para Canotilho, a abertura da Constituição ao processo de conformação legislativa, subjugada às pressões do pluralismo e da interpretação aberta à comunidade de intérpretes, “pode redundar num relativo esvaziamento da função material de tarefa da constituição e conduzir à ‘desconstitucionalização’ de elementos legitimadores da ordem constitucional (constituição económica, constituição social)”¹²⁷.

Expondo de forma clara o drama relacionado ao cumprimento das normas contidas numa Constituição dirigente, Canotilho enfatiza que:

O legislador está normativo-constitucionalmente obrigado a ‘cumprir’ ou ‘realizar’ os preceitos constitucionais que carecem de concretização legislativa, sendo importante debater-se o meio de evitar que ele proteja essas tarefas para ‘calendas gregas’; ao mesmo tempo, porém, deve perguntar-se como é que ele cumpre a missão constitucional.¹²⁸

125 OLIVEIRA. *Op. cit.*, pp. 202-203.

126 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 203.

127 CANOTILHO *apud* OLIVEIRA. *Ibidem*, pp. 204-205.

¹²⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes - **CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR – Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. P. 256.

Logo, Constituição Dirigente rompe em definitivo com a ideia de Constituição como *normas de objetivos meramente enunciativos ou proclamações políticas*, sendo o cerne da questão da vinculação constitucional a matéria ou conteúdo, e não o aspecto procedimental.¹²⁹

Embora seja Canotilho crítico à ideia de que apenas um poder reuniria condições de defender a Constituição, reputa ao Legislador a tarefa de melhor realizar a ponderação de valores e avaliação de resultados e prognósticos, para concretizar suas normas¹³⁰.

Com a publicação do artigo *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente: Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo* (no Brasil, em 1996; e na Espanha, um ano antes) é que se lança a polêmica em torno do suposto abandono, por Canotilho, de sua teoria de Constituição Dirigente.

O professor de Coimbra, de fato, agora aloca o dirigismo constitucional numa dimensão de *constitucionalismo moralmente reflexivo*, e destaca alguns pecados originais da Constituição Dirigente, dentre os quais, reputar ao Estado a exclusiva força diretiva e assim instaurando uma crise da política de regulação, e, ainda, supor, erradamente, a soberania de um Estado Constitucional à margem do contexto internacional, como se fosse possível fazer cumprir as promessas da Constituição sem inseri-la no contexto e injunções da política econômica supranacional¹³¹. Ainda assim, tais pecados não destituem, por completo, a teoria do dirigismo constitucional¹³².

É preciso evitar uma “extensão indiscriminada e falaciosa da eficácia plena”, refere Fábio de Oliveira sobre a força normativa e vinculante das normas de direitos fundamentais.

129 OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 205.

130 OLIVEIRA. *Ibidem*.

¹³¹ A polêmica derivou do seguinte trecho das letras do constitucionalista português: “(...) a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si mesmo e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais”. CANOTILHO apud OLIVEIRA. *Ibidem*, pp. 209,

132 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 207.

Menciona ele exemplos citados por Canotilho, acerca do direito à educação, pois se é possível afirmá-lo como de acesso a todos os níveis, o mesmo não se pode dizer ser gratuito a todos os graus, pena de se inserir nos problemas da reserva do possível e até da ingovernabilidade¹³³.

Já na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, de 1997, Canotilho fala de uma teoria constitucional contendo duas ideias essenciais: a de *legitimidade material*, a Constituição deve carregar consigo “os princípios materiais fundamentais informadores do estado e da sociedade”; e de *abertura constitucional*, conquanto ela deva se abrir à disputa por soluções alternativas dispostas aos partidos e às forças políticas para efetivação dos objetivos nela encartados¹³⁴.

Disso decorre a dicotomia entre *constituição-processo*, isto é, aquela centrada na solução advinda da liberdade de conformação democrática, e *constituição-programa*, que converteria a Constituição num *caminho de ferro económico e social*, logo, indiferente e, por isso, obstativo de políticas públicas alternativas. Assim, Canotilho passa a doutrinar que Constituição deve ser vista como *ordem-quadro* e não como norma exauriente da regulação dos objetivos fundamentais que encarta¹³⁵.

Afirma Fábio de Oliveira que “a substancialidade não pode ser impeditiva do movimento correspondente ao processo de deliberação pública, assim como o processo democrático não pode simplesmente esvaziar a materialidade constitucional”¹³⁶. Logo, segundo ele, Canotilho “admite uma relativização da constituição dirigente, todavia sem negar a vinculação aos programas constitucionais como impulsionadores normativos do progresso social”¹³⁷.

133 *Ibidem*, p. 208.

134 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 210.

135 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 211.

136 *Ibidem*, p. 212.

137 *Ibidem*.

No atual dilema entre cristalizar na Constituição as políticas públicas ou conferir ao legislador ordinário a possibilidade de definição das alternativas mais viáveis segundo os programas políticos de Governo, Canotilho se inclina pela segunda alternativa.¹³⁸

Canotilho é crítico da judicialização da vida política, pois os Tribunais não representam a soma de refinamento totalizante da política, assinalando que os grandes avanços em direitos humanos não foram engendrados por juízes, mas pelo povo¹³⁹.

Quando se refere ao caso brasileiro, Canotilho afirma a necessidade não de uma Teoria da Constituição, mas sim em Teorias da Constituição, porquanto não haja uma só de modo que cada realidade deve ser confrontada segundo suas especificidades. O Brasil está a exigir uma “teoria da constituição constitucionalmente adequada”, onde ainda não se pode falar em direito desregulado, mitigado, pós-moderno ou reflexivo¹⁴⁰.

Como no Brasil, “países de modernidade tardia ou não cumprida, o projeto dirigente se justifica por ser necessário”, pois abandonar a Constituição dirigente seria abandonar o Estado Social, o que não é possível para realidades nacionais de incumprimento das promessas da modernidade, afirma Fábio de Oliveira¹⁴¹, que conclui advertindo que “as sugestões de reduções das tarefas estatais, do *Estado mínimo*, da desestatização e privatização, da desregulamentação, da *supervisão*, põem em cheque o sistema normativo dirigente”¹⁴².

Em suma, entre *Rever* ou *Romper* com a Teoria da Constituição Dirigente segue-se por preferir a revisão, pois em certos casos não se pode abandonar o dirigismo constitucional, consoante se observa da realidade brasileira, por exemplo¹⁴³.

Sobre o exercício democrático para as medidas de concretização, “o parâmetro para legitimidade não é meramente processual ou formal, mas sim uma junção entre procedimento

138 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 216.

139 OLIVEIRA. *Ibidem*, pp. 216-217.

140 OLIVEIRA. *Ibidem*, pp. 217-218.

141 *Ibidem*, p. 219.

142 *Ibidem*.

143 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 225.

e matéria, onde o último destes elementos ganha em essencialidade da primeira”, informa Fábio de Oliveira acerca do pensamento de Canotilho¹⁴⁴. Mas a questão, de qualquer modo, não é exatamente de prevalência do substancial sobre o processual, e vice-versa, mas do que se põe como medida, isto é, uma justa medida entre eles¹⁴⁵.

E Constituição dirigente não se confunde necessariamente com Estado de ideologia social-comunista, mas de Estado Social e Democrático de Direito, ainda assim, não o do “Estado Mínimo, Absenteísta ou Neoliberal”¹⁴⁶.

Portanto, a Constituição dirigente não morreu, pois o que morreu foi o dirigismo constitucional da Constituição portuguesa de 1976, porque se creditava sob “metanarrativas emancipatórias unidimensionais”, ao passo que segue viva para países de modernidade tardia e com profundas dívidas de incumprimento, daí se poder falar numa teoria da Constituição Dirigente brasileira¹⁴⁷.

O Brasil é um país de “modernidade tardia”, conforme salienta Lênio Streck. Numa tal condição, há necessidade de uma teoria de constituição dirigente adequada para países desse perfil, o que não sucede necessariamente com a realidade portuguesa. Conforme alerta o autor brasileiro:

Entendo, que a afirmação de Canotilho não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária. Observe-se, nesse ponto, e desde logo, que não é possível falar, hoje, de uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há “um constitucionalismo”, e, sim, vários constitucionalismos.¹⁴⁸

Assim, a Constituição Dirigente, de fato, não morreu! Não pelo menos no caso brasileiro. Na situação portuguesa, já parece algo do passado. Para nações com altas deficiências no campo social, não só no campo da saúde, mas da educação, da moradia, da

144 *Ibidem*, p. 225.

145 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 225.

146 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 228.

147 OLIVEIRA. *Ibidem*, p. 227-228.

148 STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. *Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p. 257-301, maio/ago. 2003. p. 275.*

segurança pública, do meio ambiente, dentre outros alusivos à condição do Brasil, esse dirigismo contido na teoria de Canotilho é algo vivo e que o põe, portanto, em disparidade com a realidade lusitana, fenômeno que, há evidências disso (objeto de nossas reflexões no capítulo seguinte), acaba por se espriar tanto na judicialização do tema da saúde como no respectivo ativismo da jurisdição constitucional.

Com efeito, esses valores ou bens jurídicos são de mesmo nível hierárquico e relevância constitucional, mas, contraditoriamente, mesmos sendo altos os níveis de descumprimento das *Promessas da Modernidade* a eles pertinentes, não se nota judicialização no campo da educação, por exemplo, para acessar uma vaga escolar de melhor qualidade, uma vaga universitária, ou mesmo a melhora das condições de ensino, em termos qualitativos, exceto exemplos de medidas para melhorias de condições meramente físicas das instituições públicas¹⁴⁹.

Essa dicotomia revela a necessidade de se avaliar com temperamentos medidas judiciais que visem a extrair, na via judiciária, valores de um bolo comum orçamentário medidas excepcionais para atender, em cada caso isolado, um ou outro cidadão (o paciente, enfermo), mas sem tirar o foco de que o lençol é curto, sua extensão perpassa pela definição legislativa orçamentária (Legislativo) e de políticas públicas (Executivo) que, necessariamente, devem respeitar outros princípios de viés normativo, como o da dignidade humana (inclusive no seu viés comunitário), princípio democrático, da soberania popular e da separação de poderes, conquanto o órgão jurisdicional atue, em casos tais, na via contramajoritária, notadamente porque não foi legitimamente eleito para interferir em políticas públicas de saúde.

¹⁴⁹ Vide o caso das ordens judiciais para reformas de escolas, algo recorrente no Brasil, conforme **RE 850.215 AgR/PB**, Rel. Min. Cármen Lucia, Diário de Justiça 24/04/2015: “A decisão não avança sobre as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, pondo-se em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser possível intervenção excepcional do Poder Judiciário na adoção de providências necessárias de ser determinadas aos entes administrativos estatais, máxime quando se cuidar, como na espécie, de práticas específicas, garantidoras do direito constitucional fundamental à educação e à segurança pública, impossível de ser usufruída pela ausência de dotação das condições materiais imprescindíveis ao desempenho do serviço pela omissão da entidade recorrente, consoante atestado pelas instâncias precedentes (...)”. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8321441>. Acesso em 28/09/2022.

É dizer, deve-se ater o judiciário, em casos tais (incumprimento ou omissão inconstitucional), com autocontenção ou sob viés ativista? Como de fato se tem comportado a jurisdição constitucional nestas hipóteses de judicialização da saúde? Deve-se confiar nas políticas do Estado (*latu sensu*) e a não cegamente ao órgão judiciário, as soluções públicas de relevância democrática aos problemas de saúde?

Impõe-se em casos tais a adequação de uma Constituição e das normas correlatas sobre saúde, como a brasileira, em seu perfil dirigente, como conclui Lênio Streck¹⁵⁰:

“O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou, mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

(...)

Desse modo, levando em conta as peculiaridades europeias (locus da preocupação fundamental de Canotilho) e as diferenças entre o caráter revolucionário originário do texto constitucional português e o caráter social (não-revolucionário) da Constituição brasileira, é possível afirmar que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro”.

Ocorre que a concretização do direito social à saúde, na pertinente crítica de Gilberto Bercovici acerca da incidência da teoria do constitucionalista da Faculdade de Direito de Coimbra, está sob o influxo de uma Teoria da Constituição Dirigente *Invertida*, observado o fenômeno de comparação entre as realidades de Portugal e do Brasil.¹⁵¹

Como se nota da teoria de Canotilho, Constituição dirigente *se entende como aquela que visa transformar a realidade da sociedade em busca do desenvolvimento social*. Já a política econômica se apresenta sob três vertentes: **a)** a que prima por dever ser a economia simples e objetivamente *eficiente*; **b)** a que contempla na Constituição a *fusão* dos elementos

150 STRECK, 2003. *Op. cit.*, pp. 276-277.

151 BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando - **A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE INVERTIDA: A BLINDAGEM DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA E A AGONIA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA**. BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS XLIX (2006), pp. 57-77.

financeiros com os *sócio-econômicos*; e c) o *Dirigismo* constitucional, constituindo a Carta Política um instrumento de transformação da realidade.

A Constituição do Brasil, segundo Bercovici, cindiu as *Ordens Financeira e Econômica*. Leia-se a primeira como a que é definida pelas práticas ou soluções matemáticas, de conteúdo neutro, meramente procedimentalistas, como as medidas de controle de gastos públicos, do PIB, da SELIC, dos títulos públicos, isto é, com indiferença às ideologias políticas.

Já a Ordem *Econômica* diz respeito às ações de componente ideológico, como as medidas com vistas às políticas de desenvolvimento, de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades, medidas sócio-econômicas. Nesse sentido, afirma Bercovici que:

A constituição financeira passou a ser interpretada e aplicada como se fosse “neutra”, meramente processual, com diretrizes e lógica próprias, separada totalmente da ordem econômica e social, esterilizando, assim, a capacidade de intervenção do Estado na economia. Separada da constituição financeira, a constituição econômica de 1988 foi transformada em mera “norma programática”.¹⁵²

Na medida em que esse apartamento ocorre, a política-financeira da política-econômica, as medidas adotadas no campo neutro, logo, o financeiro, são colocadas em primeira ordem, segundo o paradigma neoliberal que passa a dominar o modo de produção do segundo pós-guerra, de maneira que as medidas sócio-econômicas ficam relegadas à segunda ordem, ao segundo plano, no campo do possível, de um futuro a se construir, mas isto é contrário à Constituição brasileira de 1988. Afinal, a concretização de direitos sociais não se pode fazer das *sobras* das prioridades da política financeira.

Nesse sentido, afirma Bercovici que “o direito financeiro, desarticulando-se do direito econômico, ganha centralidade na organização do capitalismo, impondo a rigidez dos instrumentos financeiros às boas intenções do constitucionalismo econômico do século XX”¹⁵³.

Seguindo o enfoque na realidade brasileira, Bercovici salienta que:

¹⁵² *Ibidem*, p. 67.

¹⁵³ *Op. cit.*, p. 58.

Para garantir a atração dos investimentos privados, o Poder Público brasileiro tem que estabilizar o valor real dos ativos das classes proprietárias. Ou seja, o orçamento público deve estar voltado para a garantia do investimento privado, para a garantia do capital privado, em detrimento dos direitos sociais e serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida.¹⁵⁴

Referindo-se o autor às décadas que se sucedem ao segundo pós-guerra, o autor afirma que:

(...) desde então, o paradigma constitucional que sustentara o Estado Social passou a ser frontalmente atacado, trazendo à tona questões que já pareciam superadas – a cisão entre a economia e as finanças públicas, a abstenção do Estado no domínio econômico e a pretensa neutralidade financeira propugnada pelos liberais.¹⁵⁵

E assim conclui que “o que se viu então foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o ocaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente”.¹⁵⁶

A seguir esse modelo, não teríamos uma Constituição Dirigente de transformações, que se apropria da promoção e concretização dos direitos fundamentais sociais, mas sim uma *Constituição Invertida*, que em lugar de adotar as políticas públicas necessárias a estas transformações, transfere sucessivamente à iniciativa privada, ao mercado, as soluções para o acesso a esses bens essenciais, logo, limitando-se a controlar e garantir os lucros do mercado. Para Bercovici:

Confirmando a hegemonia das tendências neoliberais que sucederam a ruptura do padrão de financiamento da economia do segundo pós-guerra, a desarticulação das ordens financeira e econômica nas constituições reflete a contradição do novo padrão sistêmico de acumulação com o paradigma da constituição dirigente, implicando o surgimento de um novo fenômeno: a constituição dirigente invertida.¹⁵⁷

Para o autor, a Constituição do Brasil apresenta ora momentos de fusão (adoção de princípios comuns da ordem financeira e econômica) ora de clara cisão (constituição orçamentária e constituição tributária), a tanto revelar o recrudescer do financeiro em detrimento do econômico¹⁵⁸. Segundo ele:

154 *Ibidem*, p. 69.

155 *Ibidem*, pp. 59-60.

156 *Ibidem*.

157 *Ibidem*. pp. 57-58

158 *Ibidem*, p. 60.

A constituição financeira de 1988, que deveria dar suporte para a implementação da constituição econômica de 1988, falhou nesta tarefa. Um dos motivos é a separação que a doutrina e a prática constitucionais pós-1988 promoveram entre a constituição financeira e a constituição econômica, como se uma não tivesse nenhuma relação com a outra e como se ambas não fizessem parte da mesma Constituição de 1988.¹⁵⁹

Logo, isso levou a reboque uma total submissão das políticas fiscais à política de estabilização da moeda, ao mesmo tempo subordinando eventual orçamento-programa a essa mesma injunção estritamente financeira¹⁶⁰. Quer isto dizer que, para Bercovici, “a implementação da ordem econômica e da ordem social da Constituição de 1988 ficaram restritas, assim, às sobras orçamentárias e financeiras do Estado”¹⁶¹.

O autor critica, em tom de ironia, ser curioso boa parte da doutrina atribuir apenas ao dirigismo constitucional as *amarras da ingovernabilidade*, ao tempo que “somente a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional”¹⁶². E conclui defendendo que, em verdade, hoje vigora no Brasil é a Constituição Dirigente Invertida, “que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada”¹⁶³.

Os interessantes contrapontos de Bercovici não necessariamente negam o recomendado dirigismo constitucional de Canotilho para situação brasileira, antes reforçam um perfil que vem se evidenciando, na prática, devido ao inegável avanço das políticas neoliberais, a interferência seja na forma seja no conteúdo quanto a concretização dos direitos sociais, algo que se reflete inclusive em Portugal, como vimos, no campo do direito à saúde, considerada sua forte inserção internacional e a progressiva parceria com instituições privadas nesta seara.

Fato é que o dirigismo constitucional, se não se faz mais presente às necessidades portuguesas, conforme já esclarece Canotilho, o mesmo fenômeno não se pode dizer da

159 *Ibidem*, pp. 66-67.

160 BERCOVICI; e MASSONETTO. *Ibidem*, p. 70.

161 *Op. cit.*, p. 71

162 *Ibidem*, pp. 72-73.

163 *Ibidem*, p. 73.

realidade brasileira, donde o quadro de incumprimento de políticas públicas ainda elementares está a recomendar uma teoria adequada de Constituição dirigente, e que leve em conta, sobretudo, outros princípios de valor normativo, como o da dignidade humana, ainda tão longe de parcela significativa da população. A esse respeito, Cármen Lúcia Antunes Rocha observa que:

No Brasil, esse princípio constitucionalmente expresso convive com subomens empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animalados em gaiolas sem porta, novos metecos errantes de direitos e de Justiça, excluídos de todas as espécies produzidos por um modelo de sociedade que se faz, mais e mais, impermeável à convivência solidária dos homens.¹⁶⁴

E é sobre exatamente sobre o princípio matriz da dignidade humana, conquanto pressuposto ou premissa de irradiação de toda normatividade constitucional e, portanto, da consolidação das respectivas políticas públicas que dela devem decorrer, que passamos a nos ocupar logo a seguir.

3.2. Dignidade da Pessoa Humana.

Ao se compreender que a consistência da investigação em torno da concretização do direito social à saúde, sobretudo na perspectiva da natural tensão que decorre da judicialização das respectivas políticas públicas, necessariamente, deve perpassar por algumas reflexões acerca do preceito fundante de todas elas, a busca pela dignidade humana, o presente relatório passa agora a se debruçar sobre um dos temas mais caros ao constitucionalismo atual.

De saída, a própria a dificuldade sobre a definição do que venha efetivamente a delimitar os exatos contornos do que seja *dignidade humana*, ou o que realmente venha a se enquadrar como algo jurídica e faticamente plausível a esse elevadíssimo valor constitucional, já prenuncia os desafios que a abordagem enseja.

164 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.** Editora Fórum. Belo Horizonte, n. 4, ano 1 Outubro 1999. p. 2.

O contexto histórico do resurgimento do princípio¹⁶⁵, que já há muito transcende a mera condição de valor interpretativo ou de singelo vetor objetivo ao implemento de outras normas, remete aos anos que se sucederam ao Segundo Pós-Guerra, reflexo de uma genuína reação internacional em torno daquilo que o autoritarismo extremo (nazismo e fascismo) conseguiu, inacreditavelmente, legitimar como políticas oficiais de Estado, a degradação humana como instrumento de gestão governamental. Foi assim que “a dignidade tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializada em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições”, afirma Luís Roberto Barroso¹⁶⁶.

Após o Holocausto, o Homem retorna ao centro das atenções dos sistemas normativos sob um novo enfoque, afinal, não bastava seguir vivo, as próprias condições de existência humana precisavam ser revisitadas, a fim de não somente evitar que se repetissem os mais óbvios horrores perpetrados em face de determinados seguimentos (em virtude da cor, da religião etc.), mas, sobretudo, que se implementassem medidas estruturais básicas no sentido de garantir uma vida condigna e condizente com a intrínseca condição humana, numa “revivificação do antropocentrismo político e jurídico”, assinala Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁶⁷.

Para esse processo de humanização também contribuiu a chamada *virada kantiana*, que importou a reintrodução da moralidade ao campo da ciência do direito¹⁶⁸, fazendo romper com o positivismo jurídico que esteve a serviço desses regimes totalitários.

Como a humanidade ainda não inventou outra forma de sobrevivência em sociedade senão através da Política, o Direito que decorre das forças dos consensos possíveis voltou-se ao Homem e, nele e por ele, aos valores institucionais fundantes das novas ordens constitucionais. No registro de Cármen Lúcia Antunes Rocha, a propósito disso:

¹⁶⁵ Cumpre registrar a ideia humanista que dá suporte ao princípio da dignidade da pessoa humana vêm desde o Renascimento, com o Discurso sobre *La Dignidad del Hombre* escrito por Pico della Mirándola, em 1486. ARPINI, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto - **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 288.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 1.

¹⁶⁸ RODRIGUES-PEREIRA. *Op. cit.*, p. 138.

Sem Auschwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio-matriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o Holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder.¹⁶⁹

Acerca da vagueza do conceito de dignidade, Barroso alerta para o fato de que “cada um projeta nela sua própria imagem, os seus valores e convicções”¹⁷⁰; e, prossegue o constitucionalista, “sem mencionar o uso indevido do conceito para a decisão de questões triviais, com inconveniente banalização do seu sentido”¹⁷¹.

E não por menos que Ingo Sarlet adverte que “não é inteiramente destituída de qualquer fundamento racional e razoável a posição dos que refutam a possibilidade de uma definição, ou, pelo menos, de uma definição jurídica da dignidade”¹⁷².

Se, por um lado, a definição do que venha consistir dignidade humana acarreta certos percalços, por outro, esse supremo valor fundante da ordem constitucional dos países de esteio democrático revela-se sob algumas dimensões que possibilitam apreender, inclusive no campo normativo, dadas características que o põe em perspectiva mais tangível, sem perder de vista que o princípio se espraia por outros seguimentos, dentre os quais se destaca o filosófico. Ingo Sarlet, inclusive, conclui que:

(...) um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e reducionista e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares¹⁷³.

Para Barroso, a dignidade é princípio de direito constitucional, e por isso mesmo “é um valor fundamental”¹⁷⁴. É nessa condição que afirma o autor:

169 *Op. cit.*, p. 4.

170 *Op. cit.*, p. 289.

171 *Ibidem*.

172 SARLET, Ingo Wolfgang. **AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONSTRUINDO UMA COMPREENSÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA E POSSÍVEL**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 5, n. 9, p.361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27252>>. Acesso em: 17 fev. 2010. p. 361.

173 SARLET, 2010. *Ibidem*, p. 385.

174 *Op. cit.*, p. 289.

Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.¹⁷⁵

Para Barroso há uma função interpretativa que se insere no princípio da dignidade humana para ilustrar “o sentido e o alcance dos direitos constitucionais”¹⁷⁶. Segundo o autor, que compõe o STF do Brasil, “nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola da melhor solução”¹⁷⁷.

Sobre o conteúdo jurídico da dignidade humana, Barroso salienta que “é indispensável dotar a ideia de dignidade em um conteúdo mínimo”, do que deriva enfocar seu caráter de laicidade, de neutralidade política e de universalidade¹⁷⁸. Em sua teoria, há três conteúdos mínimos como elementos da dignidade: “valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário”¹⁷⁹.

Barroso identifica no *valor intrínseco*, segundo sua dimensão *filosófica*, a clareza de que as coisas até podem ter certo preço, mas pessoas têm dignidade, e esse valor acarreta:

(...) um postulado antitularista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico Kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.¹⁸⁰

Já no âmbito jurídico, o mesmo *valor intrínseco* se revela como a própria origem dos direitos fundamentais, segundo Barroso. Sim, porque compreende o direito à *vida* (todos os ordenamentos protegem esse bem da vida); o direito à *igualdade* (sem distinções de qualquer natureza); o direito à *integridade física* (proibição da tortura, trabalhos forçados, penas cruéis);

175 *Ibidem*.

176 *Ibidem*, p. 290.

177 *Ibidem*.

178 *Ibidem*, p. 290.

179 *Ibidem*.

180 *Ibidem*, p. 290-291.

e direito à *integridade moral e psíquica* (privacidade, honra e imagem)¹⁸¹. Para ele, “a dignidade como autonomia individual envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade”¹⁸².

Essa autonomia individual, na esfera jurídica, “envolve a dimensão privada, outra política e tem, ainda, como pressuposto necessário, a satisfação do mínimo existencial”, assegura o jurista fluminense¹⁸³, de sorte que há uma autonomia de ordem privada (exemplos disso são a liberdade de expressão, profissional e de associação); de ordem pública (influenciar no processo de tomada de decisão); e um mínimo existencial, e aqui destaca o autor, “trata-se do pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública como privada”.¹⁸⁴

Prossegue Barroso por afirmar que “para ser livre, igual e capaz de exercer plenamente sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica”¹⁸⁵. E, arremata, “o mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e jurídica”¹⁸⁶.

Sobre o *valor comunitário*, Barroso afirma que “a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de *vida boa*”, e prossegue dizendo que “a autonomia individual desfruta de grande importância, mas é limitada, devendo ceder em certas circunstâncias”, de modo que ela visa à *proteção de direitos de terceiros*, a *proteção do indivíduo contra si mesmo* (obrigatoriedade da vacinação, uso de capacete e cinto de segurança são exemplos) e *proteção de valores sociais* (moral social compartilhada, de são exemplos proibição do incesto, da pedofilia e da incitação à violência)¹⁸⁷.

Ingo Sarlet afirma que não há como ignorar essa notável dimensão comunitária do princípio, “(...) justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos

181 *Ibidem*, p. 291.

182 *Ibidem*, p. 292.

183 *Ibidem*.

184 *Ibidem*.

185 *Ibidem*, p. 292.

186 *Ibidem*.

187 *Ibidem*, p. 293.

(na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade”.¹⁸⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana acarreta certas características, exatamente por atribuir ao *ser* humano uma qualidade intrínseca, como a inafastabilidade e a irrenunciabilidade, conquanto não se pode extremar do indivíduo e nem selecionar tais ou quais seriam destinatários de proteção. Até mesmo os autores de crimes dos mais hediondos também devem ser dotados de tratamento condigno¹⁸⁹.

Feitas essas anotações e mesmo que aceitando a advertência de que o princípio não se deva sujeitar a uma formulação estanque, ou mesmo dotada de generalidade e abstração¹⁹⁰, ficamos com a definição que nos fornece Ingo Sarlet, para quem:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁹¹

O autor nos esclarece que o princípio da dignidade humana se assenta, ainda, numa construção *histórico-cultural*. É dizer, seu conceito não deve ser estéril às modificações a que sociedade, por definição dinâmica, diversa e pluralista, está sujeita com o curso do tempo, algo que “reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais”.¹⁹²

É sob essa feição que o autor destaca julgado do Tribunal Constitucional de Portugal:

Tal linha de aproximação (histórico-cultural), importa consignar, foi recepcionada por expressiva jurisprudência constitucional, destacando-se aqui precedente do Tribunal Constitucional de Portugal, que, no âmbito do Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.1990,

¹⁸⁸ SARLET, 2010. *Op. cit.*, pp. 369.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 366-367.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 379.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 383.

¹⁹² *Ibidem*, p. 373.

assentou que ‘a idéia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto — nas exigências ou corolários em que se desmultiplica — não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente’.¹⁹³

A dimensão histórico-cultural dos elevadores valores que animam o variado espectro de proteção que o princípio da dignidade humana sugere, também não passou despercebida pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, que ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, lastreado igualmente nesse contexto, passou a considerar a homofobia e a transfobia como crimes de racismo¹⁹⁴.

O princípio da dignidade da pessoa humana, seja como vetor interpretativo seja como parâmetro de força normativa, impõe-se como pressuposto explícito a orientar, do início ao fim, os contornos da incidência do direito fundamental social à saúde, a tanto vincular o Legislador democrático, bem assim os Tribunais.

É ele o critério abaixo do qual as iniciativas voltadas à concretização de políticas públicas de saúde não podem se assentar, pois, do contrário, haveria comprometimento de mandamentos constitucionais sugestivos de justiciabilidade e, nessa extensão, de intervenção da jurisdição constitucional nas mesmas políticas, sem necessariamente comprometer as atribuições que são próprias do Legislador democrático.

A Constituição portuguesa consagra o princípio já em seu art. 1º, dentre aqueles elevados à categoria de fundamentais do país, determinando que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.¹⁹⁵ Também emerge como baliza do princípio da igualdade, no art. 13º, da mesma Lei Fundamental, vindo a merecer outras menções de relevo nos dispositivos relacionados aos direitos pessoais, como na dignidade genética do ser humano e nos direitos de procriação assistida (arts. 26º, 3, e 67º, 1, e)¹⁹⁶.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 374.

¹⁹⁴ Supremo Tribunal Federal do Brasil, julgamento publicado no Diário Oficial em 06/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>, acesso em 29/09/2022.

¹⁹⁵ Constituição da República de Portugal, de 25 de abril de 1976.

¹⁹⁶ Jorge Miranda, comentando os dispositivos constitucionais alusivos ao princípio, afirma que ele “Explica a garantia da integridade pessoal contra a tortura e os tratos e as penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25.º),

De seu turno, na Constituição brasileira a dignidade humana surge a um só tempo como princípio fundamental (art. 1º, III) e também dentre os objetivos fundamentais da República, conquanto no art. 3º é estabelecido que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁹⁷ (destaques nossos)

O valor dignidade, permeia, assim, a íntegra da cadeia normativa que deve decorrer das políticas de saúde, bem assim a jurisdição que diga respeito às medidas que visem prevenir lesão ou promover reparação ao respectivo direito subjetivo, porquanto inegável o binômio *saúde e dignidade*, ideias tão umbilicalmente associadas que é virtualmente impossível separá-las.

Ainda assim, como todo direito, o relacionado à saúde sofre das injunções e dos percalços inerentes, por exemplo, às colisões horizontais, restrições dentro dos critérios dos *limites dos limites*¹⁹⁸, dentre outros, algo que enseja, de então, algumas reflexões sobre a noção de mínimo existencial, um piso normativo ou comportamental abaixo do qual a Lei e a Jurisdição não podem se alocar, pena de vulnerar a intrínseca razão de ser desse valor constitucional e do próprio ser humano.

incluindo em processo criminal (art. 32.º, n. 6); os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.0, n. 1); a garantia da identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, no desenvolvimento e na utilização das tecnologias e na experimentação científica (art. 26.º, n. 3); as garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias (arts. 26.º, n. 2, e 35.º); a necessidade de intervenção judicial em caso de internamento por anomalia psíquica (art. 27.º, n. 3, h); o princípio da culpa em direito penal; a proibição de penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (art. 30.º, n. 1); a regulamentação da procriação assistida (art. 67.º, n. 2, e); os limites à publicidade das audiências dos tribunais para salvaguarda da dignidade das pessoas (art. 206.º)”. MIRANDA, Jorge. **A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana**. Rev. Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (24), 2006. p. 134.

¹⁹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

¹⁹⁸ Gilmar Mendes registra que a expressão “Limites dos Limites” surge a primeira vez com K. H. Wernicke, em comentário à Constituição alemã. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21874-1. p. 211

3.2.1. O Mínimo Existencial.

Visto brevemente até aqui em seus aspectos histórico e conceitual, cumpre, agora, perscrutar a dignidade humana em sua relação com o denominado *mínimo existencial*, algo que Barroso, como visto acima, já assinalara como o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

É inegável que a ideia de dignidade humana vem atrelada à noção de condições mínimas de existência e coexistência (dimensão comunitária). Assim, ao mesmo tempo que o conceito parece repulsar, por um lado, segundo o grau de proteção que dele dimana, a expectativa de acesso a serviços plenos, prestações de saúde que garantam, por exemplo, todo e qualquer tratamento, terapêuticas, medicamentos, preventivos ou curativos, custem o que custar (*de um tudo*), por outro, contudo, o preceptivo constitucional não se deve submeter a algo inferior do que seja um núcleo ou barreira que permita subverter até mesmo própria condição humana (equivaleria *ao nada*).

Então, qual seria essa fronteira mínima da dignidade humana e qual sua relação com o direito fundamental social à saúde?

A esse propósito, Ricardo Lobo Torres contextualiza que os direitos sociais sofrem uma metamorfose a ponto de convertê-los em um mínimo existencial. Em seu texto *A METAMORFOSE DOS DIREITOS SOCIAIS EM MÍNIMO EXISTENCIAL*¹⁹⁹, o autor demonstra como os direitos sociais se converteram a um mínimo existencial à consideração de valores e princípios fundamentais, de estruturação e legitimação, “hipótese na qual o Estado seria o garante dos riscos da existência”²⁰⁰, sendo certo que, para ele, “idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais strictu sensu”²⁰¹.

¹⁹⁹ TORRES, Ricardo Logo. *A METAMORFOSE DOS DIREITOS SOCIAIS EM MÍNIMO EXISTENCIAL*. In *DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 1.

²⁰¹ *Ibidem*.

Sobre os direitos de liberdade, há pressupostos materiais ou condições mínimas para seu efetivo exercício, conforme menciona Torres, constatando que “a liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial”²⁰².

Para ele, é fundamental que se insista na dicotomia entre os conceitos de justiça (=igualdade) e *liberdade*, pois é nesta última que está base dos movimentos contra as piores mazelas humanas, como a pobreza e a miséria, de sorte a se fazer essencial o alcance de condições materiais mínimas para quebrantar a própria iniquidade social.²⁰³

O valor segurança interage com demais valores jurídicos e éticos, e se mostra relevante quando visualizado sob ângulo de segurança social, e é neste quadrante que emerge “o mínimo existencial como o direito à prestação mínima de segurança social abaixo da qual o homem não sobrevive com as suas características de humanidade”, garante Torres.²⁰⁴

Já o valor solidariedade²⁰⁵ também se relaciona com a justiça (= igualdade), no sentido justiça social, na dimensão distributiva, nisso havendo um dever de reciprocidade e apoio entre os destinatários das prestações sociais, mas ainda assim, adverte o Torres, esse valor “só fundamenta o mínimo existencial no que concerne à proteção aos mais pobres e dos que sofrem profunda injustiça social”²⁰⁶. O autor cita o exemplo dos programas de renda mínima.²⁰⁷

Torres salienta, ainda, que com a mudança de Estado Social para Democrático de Direito, a abordagem ao princípio da dignidade humana, antes absoluto, também se altera, passando a se sujeitar à ponderação e a dar fundamento também aos direitos sociais²⁰⁸. E quanto ao princípio fundamental da *cidadania*, ele chama atenção para o fato de que há “direitos sociais singelos”, os quais não são dotados de jusfundamentalidade, conquanto dependentes da reserva

²⁰² *Ibidem*, p. 5.

²⁰³ *Ibidem*, p. 7.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 8.

²⁰⁵ Esse valor consta como princípio fundamental da Constituição de Portugal, já no art. 1º; e como objetivo fundamental, da República Federativa do Brasil, no art. 3º, inciso I.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 11.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 13.

do possível para conformação de políticas públicas cuja potencialização depende, curiosamente, da prática de política reivindicatória imanente à própria cidadania.²⁰⁹

Ainda no que se refere ao princípio da cidadania, o autor reputa ao “emburilhamento” entre as fontes de financiamento advindas dos impostos (em geral, como imposto sobre as rendas, por exemplo) e da seguridade social (contribuições sociais) a anomalia do Sistema Único de Saúde brasileiro, algo sem paralelo no mundo, ao tentar esse sistema garantir, ainda que com aludido entrelaçamento das fontes, a todos os cidadãos, contribuintes ou não do sistema, portanto, um mínimo existencial, universal e gratuito, levando a efeito apenas mais dificuldades para extremar o que representaria esse mínimo existencial.²¹⁰

De sua vez, Jorge Reis Novais registra que, na condição de pressupostos de direitos de liberdade, algo corrente nas Constituições dos Estados Unidos e da Alemanha, o que sucede também com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, os direitos sociais surgem como verdadeiros requisitos relacionados à concretização dos primeiros. É dizer, por exemplo, há o direito à saúde, mas como pressuposto da vedação a tratamentos desumanos ou cruéis.²¹¹

Para o autor português, há o modelo que prevê a proteção dos direitos sociais por intermédio de outros princípios. Para essa dogmática constitucional, ainda que não se admita o expresse reconhecimento constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais, desponta relevante que a conduta do poder público já é suposta em outros alicerces principiológicos, como direito de igualdade, dignidade humana e proporcionalidade, a tanto refletir de alguma forma sobre eles, fundamentação adotada pelo Tribunal Constitucional português nos tempos de crise (exemplo do direito à pensão de reforma em situação de emergência).²¹²

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 15.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 16.

²¹¹ NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, pp. 218-219.

²¹² *Ibidem*, p. 223.

Novais faz crítica a esse modelo, conquanto observe que a proteção dos direitos sociais não se faz juridicamente adequado se baseada em outros princípios estruturantes, eis que há nisso margem para subjetivismos, pois a intensidade da atuação judicial variará conforme a natureza do bem protegido. Logo, a invalidação perpassará ou se limitará, necessariamente, por uma avaliação de *evidência*, é dizer, a intervenção jurisdicional sucederá apenas sobre aquilo que é *evidentemente inconstitucional*.²¹³

O uso do princípio da dignidade da pessoa humana, assim, suscita especial atenção e dificuldades, eis que embora fundante da ordem constitucional, é correntemente associado à garantia de mínimos sociais sobre cuja definição, no caso concreto, estará sujeito a juízos de ponderação, sobretudo considerada as disponibilidades financeiras²¹⁴.

Novais afirma que a atribuição de relevância aos direitos sociais sob a perspectiva de um *mínimo social* se justifica a partir do reconhecimento protetivo oriundo do princípio da dignidade da pessoa humana; demais disso, como para boa parte da doutrina portuguesa, ainda que não plena, ao reconhecimento deles como direitos fundamentais; e, por fim, como um *standard mínimo* ou condições materiais mínimas para o gozo dos clássicos direitos fundamentais. Assim, a partir da definição de certo conteúdo por lei infraconstitucional, mas sem reconhecer sua jusfundamentalidade, o grau de indeterminabilidade desses direitos desaparece, e com isso ficam os direitos sociais à mercê do legislador democrático.²¹⁵

Sob essa perspectiva de um *mínimo social*, os direitos sociais têm sua vinculação jurídica ou justiciabilidade ligada à garantia de um *mínimo existencial* associado à ideia de dignidade humana, e somente nesta extensão são efetivamente direitos fundamentais. O que sobejasse dos direitos sociais estaria restrito à noção de direitos às “prestações derivadas da lei”, logo, sem jusfundamentalidade. E esse mínimo abrange duas vertentes: uma como “último reduto”, relacionado à garantia a existência meramente fisiológica (necessidades elementares como alimentação, abrigo e higiene); outra, mais *ambiciosa*, notadamente para fazer inserir e

²¹³ *Ibidem*, pp. 224-225.

²¹⁴ NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 226.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 227.

participar o cidadão em seu contexto sociocultural (integração social, desenvolvimento da personalidade, incremento das relações interpessoais), doutrina Novais.²¹⁶

Para o autor, esse modelo (*mínimo social*) seria até admissível em nações sem reconhecimento dos direitos sociais na Constituição, como é o caso alemão, mas não faz sentido em realidades como a portuguesa e a brasileira, onde há esse reconhecimento. Aliás, é ao Tribunal Constitucional alemão atribuída a paternidade da teoria do mínimo existencial.²¹⁷

Foi a partir da década de 1970 que o Tribunal Constitucional alemão passou a considerar, nessa fase ainda implícita, alguma vinculação jurídico-subjectiva dos direitos sociais, ainda assim somente no viés negativo, notadamente com relação aos limites da tributação, de sorte a não vulnerar um mínimo de existência condigna. Mas foi em 2010 que o mesmo Tribunal marcou em definitivo o explícito reconhecimento do mínimo existencial numa dimensão subjetiva, e, em 2012, no caso dos requerentes de asilo, foi ele ratificado e até ampliada.²¹⁸

Interessante notar que Tribunal Constitucional alemão garante o mínimo existencial tanto na dimensão fisiológica como na sociocultural, a tanto se imiscuindo inclusive nos métodos utilizados pelo legislador para investigar a “transparência, plausibilidade e consistência” da lei quanto aos objectivos constitucionais²¹⁹, realidade que evidencia aguda distância dos parâmetros de controle português, embora neste, e não naquele, haja expresse reconhecimento, em nível de Lei Fundamental, do direito à saúde como direito fundamental.

A ideia do mínimo social, como núcleo essencial de direito fundamental, para Novais, não está sujeito à reserva do possível e se vincula pela percepção de que seu conteúdo é determinável pela razoabilidade e proporcionalidade, um conteúdo mínimo a ser observado e que se pode exigir do Estado.²²⁰O autor português ressalta que:

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 230-231.

²¹⁷ NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 234-235.

²¹⁸ NOVAIS, 2107. *Op. cit.*, pp. 236-238.

²¹⁹ NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 38-239.

²²⁰ *Ibidem*, pp. 242-243.

A doutrina tradicional portuguesa não se sente nada confortável perante um direito social que não consta da Constituição e que, todavia, é reconhecido progressivamente no plano internacional e, entre nós, plenamente desde o Acórdão nº 509/2002 do Tribunal Constitucional (...), para esta doutrina tradicional portuguesa, o direito a um mínimo existencial seria o único direito social verdadeiramente fundamental e nem mesmo este seria inteiramente social.²²¹

Crítica o constitucionalista luso que o modelo que adota a doutrina do mínimo social serve aos propósitos das hipóteses de violação evidente e grosseira, daí se falar em controle de *evidência*, sendo certo que amiúde a proteção advém da invocação dos princípios relacionados aos direitos de liberdade, como dignidade humana, proteção da confiança e proibição do excesso, mas isso põe em permanente o problema da separação de poderes. Já nos países com economia desenvolvida isso não sucede, pois em casos tais “o Estado acaba sempre por garantir mais que o mínimo social”.²²² E assegura que:

O alcance jurídico dos direitos sociais vai muito além da sua estrita dimensão positiva e mesmo na dimensão positiva (...) e o controle judicial da eventual omissão inconstitucional não deve reduzir-se a um controlo de mínimos.²²³

Em suma, Torres, Barroso, Sarlet e Novais sustentam, embora com variações, a interlocução entre as noções de dignidade humana e mínimo existencial. Destas exposições este relatório se aproxima das ideias de Novais, sobretudo em tema de direito fundamental social à saúde, devido sua consolidação expressa nos textos das Constituições de Portugal e do Brasil, ainda que se admita oscilações de tratamento pela jurisdição constitucional de um de outro país, notadamente com menos ênfase no caso luso, e com perfil mais ativista no caso brasileiro.

Com efeito, essa variação de abordagens do tema da judicialização do direito à saúde, observada sua insipiência em Portugal e o evidente ativismo no Brasil, antes põe em relevo que o dirigismo constitucional de Canotilho dá mostras práticas de recrudescimento no primeiro caso, mas apresenta local de destaque no segundo, ainda que, em “*terra brasilis*” a hipótese mereça uma dogmática constitucional adequada a tanto, pretensão que, importante pontuar, não está entre os objetivos desta investigação.

²²¹ NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 250.

²²² *Ibidem*, p. 251.

²²³ *Ibidem*, p. 253.

Assim, a própria admissão de um dirigismo constitucional, segundo a doutrina de Canotilho, corrobora em sentido e alcance a necessidade da adoção de uma dogmática que compreenda a jusfundamentalidade do direito à saúde e, de conseguinte, sua justiciabilidade em condições de garantir o acesso a um mínimo essencial, talvez não ao ponto de em terras lusas e brasileiras já acedamos, também e plenamente, aos bens de participação sociocultural como na Alemanha (uma *ambição* para o futuro, quem sabe!), mas para preservar a normatividade, a vinculação constitucional daquilo que represente o núcleo essencial desse direito, ou qualidade de *existência fisiológica* de cada indivíduo.

Esse tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, órgão de cúpula posto sob o constante desafio de arrostar questões dramáticas de uma sociedade ainda eivada de iniquidades:

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À ‘RESERVA DO POSSÍVEL’ E A INTANGIBILIDADE DO *MÍNIMO EXISTENCIAL*: A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras ‘escolhas trágicas’, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do *mínimo existencial*, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.²²⁴

A garantia a um mínimo essencial como fórmula da preservação da dignidade humana também compõe a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal:

(...) o Tribunal Constitucional já firmou o precedente relevante quanto à determinação da posição subjetiva fundamental em causa. Com efeito, nessa pronúncia ditou que o direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações (...) [é a] afirmação de uma dimensão positiva de um direito ao mínimo de existência condigna (...) Daqui se pode retirar que o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1.º da Constituição e decorrente,

²²⁴ Decisão proferida pelo Plenário do STF, Diário Oficial de 15/09/2001 (ARE 639.337 AgR), em controvérsia envolvendo o dever de atendimento de criança de até cinco anos de idade, em creche e em pré-escola, do Município de São Paulo, em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?numero=639337&classe=ARE-AgR>

igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda aflorado no artigo 63.º, n.ºs 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de existência condigna (Acórdão n.º 509/2002, n.º 13, e, na doutrina, PAULO OTERO, Instituições políticas e constitucionais, vol. I, 488 e 591, Coimbra, Almedina, 2007, aludindo ao direito a um mínimo de existência condigna, como espécie dos “direitos sociais universais”).²²⁵

As lições de Robert Alexy sobre o tema do mínimo existencial, que embora digam respeito à realidade alemã, em termos de uma teoria geral da dignidade humana encontra ambiente adequado neste relatório.

Para o jurista alemão há distinção entre os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito (expressamente previstos) e os direitos fundamentais sociais a prestações (derivam de interpretação para implementação), mas em seus conteúdos, estruturas e problemas há coincidências.²²⁶ Para ele as normas de direitos fundamentais sociais obedecem a três critérios distintivos:

Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva. Em segundo lugar, elas podem ser normas vinculantes ou não-vinculantes - neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como "vinculante" se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios.²²⁷

Segundo Alexy ocorre uma variação de garantia de proteção, de mais intensa à mais fraca, pertencendo à primeira categoria “as normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações”²²⁸; e, à segunda, “normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações”.²²⁹

²²⁵ Decisão adotada em controvérsia alusiva à universalidade do direito à Seguridade Social, se extensivos aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal. Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão n.º 296/2015, Processo n.º 1057/14, Plenário, Relator: Conselheira Catarina Sarmiento e Castro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150296.html>

²²⁶ ALEXY. *Op. cit.*, pp. 499-500.

²²⁷ *Ibidem*, pp. 500-501.

²²⁸ *Ibidem*, p. 501.

²²⁹ *Ibidem*.

Por esse modelo de variação de intensidade dos direitos fundamentais sociais, o direito ao mínimo existencial equivale a um direito subjetivo definitivo vinculante (maior intensidade) e o dever objetivo estatal não vinculante e *prima facie* o de menor intensidade. Menciona Alexy, na Alemanha, por exemplo, o direito a uma vaga na universidade após a conclusão do ensino médio, como um direito subjetivo vinculante, mas *prima facie* (fica num segundo grau de intensidade).²³⁰

A intensidade dos direitos fundamentais sociais (“diferenças substanciais”) não pode implicar uma ideia de *tudo ou nada*, mas de ponderação entre uma postura minimalista (“direitos mínimos” ou “pequenos direitos sociais”) e maximalista (plena capacidade política e social do cidadão)²³¹, algo que se revela absolutamente adequado à circunstância da concretização de políticas públicas de saúde, ambiente em que os gastos públicos são elevadíssimos e as necessidades são crescentes e, aparentemente, inesgotáveis. As ditas “escolhas trágicas” são necessárias, lamentavelmente.

Discorrendo sobre argumentos favoráveis aos direitos fundamentais sociais, Alexy afirma que a liberdade é um dos pilares dos direitos fundamentais sociais, mas estes próprios devem garantir da liberdade fática para seu exercício, seja no plano formal seja no plano substancial, a fim de garantir as condições mínimas de autonomia e livre consciência para o exercício inclusive dos direitos de liberdade. Sem liberdade material segue-se de menor importância a liberdade jurídica.²³² Nesse sentido, o autor doutrina que:

Para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo (...). Contudo, não é possível negar que, para ele, a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele de nada servem, em razão dessa situação de necessidade, e que, por isso, são para ele uma ‘fórmula vazia’.²³³

Ao realizar crítica à parte da doutrina que não defende os direitos sociais como direitos fundamentais, em especial à vertente Formal, Alexy afirma que teríamos que admitir que os

²³⁰ *Ibidem*, pp. 501-502.

²³¹ *Ibidem*, pp. 502-505.

²³² *Ibidem*, pp. 505-506.

²³³ *Ibidem*, p. 505-506.

direitos fundamentais sociais não são vinculantes, mas isso violaria o dever constitucional de vinculação, logo, seu conteúdo cederia ao dilema e fragilizaria sua justiciabilidade.²³⁴ Para a vertente Substancial, também contrária à aludida jusfundamentalidade, há colisão entre eles e os direitos de liberdade, do que é mais evidente exemplo o tema do direito ao trabalho, sobretudo numa economia de mercado. Também sucede colisão entre os próprios direitos fundamentais, inclusive quanto a um mesmo titular (direito ao trabalho *v.* dever de trabalhar); em face aos interesses coletivos (direito ao trabalho *v.* direito ao meio ambiente), esclarece Alexy.²³⁵ Segundo o modelo por si proposto:

(...) a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.²³⁶

Segundo essa proposição não há determinação de quais direitos fundamentais sociais exatamente o indivíduo dispõe, mas fala da noção de posições em relação a eles, e a resposta detalhada a essa questão “é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais”.²³⁷

Para o autor alemão, portanto:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração.²³⁸

A se seguir essa formulação, sustenta o publicista alemão, “essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por

²³⁴ *Ibidem*, p. 509.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 499; 510-511.

²³⁶ *Ibidem*, p. 512.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibidem*, p. 512.

exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica”.²³⁹

Adverte Alexy que não cabe a objeção a esses direitos devido sua flexibilização em tempos de crise: nem todo direito social consiste num mínimo existencial; a ponderação em cada caso concreto pode levar à definição de “direitos definitivos distintos”; são nesses momentos que advém a necessidade de maior proteção social.²⁴⁰

Ao se observar os exemplos dos *planos assistenciais* que decorrem dos nefastos efeitos da Pandemia de Covid-19, a teoria de Alexy se confirma e se adequa como uma luva: oscilações para mais ou para menos vem sucedendo conforme essa crise em maior e menor intensidade vem atingindo trabalhadores, famílias, empresas, desabrigados etc. Não quer isto dizer que, passada a crise e retornada a atividade econômica e estabilizada a recuperação do emprego, Governos de Portugal e do Brasil possam até mesmo suprimir certos programas específicos de combate à pandemia, ainda que isso não necessariamente signifique que boa parte dessas populações não sigam, de algum modo, necessitando desses auxílios governamentais.

Prossegue, ainda, Alexy por afirmar que “justicialidade deficiente” desses direitos não pode servir de objeção: não se distinguem das colisões de direitos tradicionais, em essência, pois estes também exigem sopesamentos, e se o direito existe, ele é justiciável, não importa como ele venha definido. Assim, o Tribunal não pode ser escravizado pela omissão do legislador, e sua avaliação pode ir desde a fixação de um prazo para realização até a implementação concreta.²⁴¹ E adverte que:

Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito - a ‘reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ - não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito.²⁴²

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 513.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 514.

²⁴² *Ibidem*, p. 515.

A doutrina de Alexy, portanto, bem apanha o mínimo existencial como núcleo essencial do direito social em questão, como uma prerrogativa exercitável em face do Estado, embora possa variar de intensidade conforme a categoria do direito social e as circunstâncias fáticas alusivas ao caso concreto (ponderação).

Cumpra observar que uma demanda de saúde pode variar desde a omissão estatal (total ou simples demora injustificada) sobre uma política pública de vacinação, logo, preventiva à proliferação de certos vírus, podendo ir até aos pleitos sobre medicamentos e terapêuticas milionárias para um só paciente, em geral, prestados fora do país de origem, em grandes centros médicos como nos Estados Unidos ou mesmo em alguns países asiáticos, notórios em suas terapias experimentais.

As situações pessoais no geral são dramáticas e, de resto, sensibilizam o julgador, mas este, de qualquer sorte, não deve ultrapassar os limites da vinculação constitucional e permitir aceder a recursos públicos que sobejem as forças orçamentais, desde que estas tenham comprovadamente em prumo, supostas numa justiça distributiva e, por isso mesmo, com respeito ao direito de igualdade (dignidade humana em dimensão comunitária), as medidas que visam concretizar o mínimo material em tema de saúde preventiva e de recuperação a dado indivíduo, assim projetando-lhe dignidade humana em sentido estrito.

Essa perspectiva de Alexy, em nossa percepção, não colide com a doutrina de Novais, eis que ambos os casos há a aceitação da vinculação jurídico constitucional do mínimo existencial a partir do critério da dignidade da pessoa humana, com justiciabilidade indistinta dos direitos de liberdade, inclusive porque os direitos sociais e seu efetivo incremento (condições materiais mínimas) serve de pressuposto do exercício das próprias liberdades.

Deriva dessa abordagem um refinamento, o que diz respeito com os princípios da reserva do possível e da proporcionalidade, eis que a orientação doutrinária deste relatório parte do pressuposto que o direito social à saúde, embora fundamental e exigível judicialmente, perpassa por certos contextos, por sua própria natureza e estrutura, ao ponto de subjuga-lo a

algumas dependências que vão desde a noção de impacto orçamental indo até a ponderação no caso concreto, questões que refletirão no perfil da judicialização da política pública.

3.3. A reserva do financeiramente possível e o princípio da proporcionalidade.

Já podemos observar que aos direitos de liberdade corresponde, para o poder público, o dever de adoção de ações, positivas e concretas, institucionais, organizacionais e estruturais, para correspondente concretização, comprometer altos custos financeiros, mas nem por isso há tanta controvérsia sobre a natureza fundamental desses direitos²⁴³.

Fernando de Brito Alves e Guilherme Fonseca de Oliveira falam da dicotomia entre a igualdade jurídica e a igualdade fática, ressaltando de as minorias desejam todos os direitos civis e políticos das ocasionais maiorias (mencionam os casos brasileiros do reconhecimento da união estável pelo Supremo Tribunal Federal, e da união homoafetiva pelo Superior Tribunal de Justiça). Mas eles também anotam as dificuldades do reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, ainda que explícitos na Constituição, eis que o critério de nivelação é “mais tormentoso de se encontrar, máxime considerando a escassez de recursos e a tensão entre reserva do possível e mínimo existencial”^{244 245}.

Daí ser impositivo alguma reflexão sobre o óbice da reserva do financeiramente possível, tema que não se desprende da análise do princípio da proporcionalidade. Afinal, os bens sociais protegidos, no plano fundamental, pelos direitos sociais são “escassos, *custosos*,

243 Para Ingo Sarlet, “os direitos de defesa poderiam ser considerados como em princípio absolutos, e os direitos sociais (a prestações), como em princípio relativos”; e os primeiros seriam “relativamente absolutos”, já os segundos seriam “absolutamente relativos”. SALET, 2005. *Op. cit.*, p. 292.

244 ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de – **DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL: ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAIS** [Em linha]. Jacarezinho: Revista Argumenta Journal Law - UENP, 2104. Nº 20, p. 38.

245 “O direito social à saúde é exceção que se retira desde logo das Constituições de Portugal e do Brasil, pois apresenta todos os elementos e requisitos para gozo e fruição, algo muito natural quando estamos diante de uma categoria de direitos fundamentais que pressupõe o permanente exercício de uma justiça distributiva que, a rigor, deve ser desempenhada no campo democrático, das maiorias, sem obviamente descurar do amparo às minorias, mas com essa implicação de legitimidade representativa e popular inerente ao parlamento. Há outros direitos sociais, no entanto, cuja vinculação normativa apresenta maiores percalços, justa e exatamente em virtude dos empecilhos orçamentais, como o direito à moradia, por exemplo”. MELO NETO, *op. cit.* p. 22.

procuráveis no mercado, então a reserva do financeiramente possível, em geral, afecta-os intrinsecamente”, observa Jorge Reis Novais²⁴⁶.

A reserva do financeiramente possível invade o próprio plano normativo dos direitos fundamentais sociais. Assim, imprescindível se faz o estudo de como essa interferência é observável nas perspectivas objetiva e subjetiva, eis que, de plano, no primeiro caso, objeção intercepta a própria substância do direito, de sorte que, de rigor, não se faculta ao juiz, no prisma constitucional, inferir diretamente existência ou não de uma violação da Constituição sem ter em conta o juízo de oportunidade e conveniência atribuída ao legislador, algo que ele - decisor - deve obedecer, sobre o alinhamento das preferências orçamentais²⁴⁷.

Para Novais, “subjacente à realização dos direitos sociais, há sempre uma opção sobre a distribuição de recursos e, logo, um problema orçamental, de escolha política, de definição política de prioridades que, em princípio, escapam ao controlo e à apreciação judiciais”.²⁴⁸ Ao que Sarlet assoma “tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma (...), não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento”.²⁴⁹

A atividade de Estado objetivando distribuição de recursos públicos, a fim de implementar os direitos fundamentais sociais, pertence ao poder Legislativo e com elevada margem de protagonismo, aliás, algo que resulta do seu viés objetivo, de modo a incorporar o parlamento, segundo a ortodoxia alusiva ao princípio da separação de poderes, melhores condições de legitimidade democrática frente aos demais poderes.

Essa representatividade, inerente à noção de que todo poder emana do povo e para o povo²⁵⁰, distribui-se entre mandatários investidos, supõe-se, de ampla capilaridade social, em

246 NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 111.

247 NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 122.

248 *Ibidem*, p. 94.

249 SALET, 2005. *Op. cit.*, p. 289.

250 Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

razão da escolha popular direta, pelo voto, a lhes “conferir plenos poderes para levar a debate público todas as demandas das classes e comunidades que encarnam”.^{251 252}

Mas essa ordem de preponderância do Legislativo não subtrai ao Judiciário o dever de solucionar demandas específicas, no plano subjetivo, sobretudo na omissão total ou prestação deficiente do direito, para garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, mesmo que nem toda medida judicial, por suas características gerais, represente uma questão que mereça consideração à reserva do financeiramente possível como *conditio sine qua non* ao desate da lide.^{253 254}

O salário-mínimo, previsto na Constituição do Brasil, cai bem ao exemplo. Pelo seu art. 7º, inciso IV, ele deve ser capaz de responder às necessidades vitais básicas e às da família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

Com efeito, o atual salário-mínimo brasileiro é de R\$ 1.212,00 (um mil duzentos e doze reais), algo em torno de 225 euros. Obviamente essa quantia não atende satisfatoriamente a nenhum dos tantos itens que relaciona, quanto mais a todos em conjunto. Representa somente um terço do salário-mínimo português, atualmente de 740 euros, valor que não distintamente da realidade brasileira também não teria condições de satisfazer ambiciosa lista de desejos de sua ex-Colônia.²⁵⁵

²⁵¹ MELO NETO, *op. cit.*, p. 25.

²⁵² “Os direitos sociais são, portanto, direitos na *medida da lei*. São prioritariamente definidos pelo poder Legislativo como fruto do exercício do poder legiferante, a que o poder Executivo está também submetido, para sua construção ou simples execução, dentro dos arranjos estatais mais ou menos participativos previstos em cada Constituição; e, ainda, a envolver o Poder Judicial, de sorte a dever a jurisdição se conduzir segundo vetores normativos para solução do caso concreto”. MELO NETO, *op. cit.*, p. 25.

²⁵³ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 25.

²⁵⁴ “Pode-se excluir desse seguimento os direitos sociais que tenham por principal característica, mais específica, a noção de programa, numa perspectiva objetiva, para cumprimento progressivo no curso do tempo, de forma planejada e mensurada pelo parlamento segundo as forças financeiras do Estado, e que encarte com maior clareza a ideia do coletivo, um direito que pertença à comunidade e que não se possa exigir, desse modo, individualmente do Estado, sem que isso comprometa o plano geral traçado”. MELO NETO. *Op. cit.*, p. 25.

Outra situação é o Benefício de Prestação Continuada (BPC), que é concedido pelo Governo Federal do Brasil aos idosos acima de 65 anos ou à pessoa com deficiência de qualquer idade com impedimentos de natureza sensorial, mental, física ou intelectual de longo prazo, possuem como piso financeiro o valor mensal de um salário-mínimo:

Para dar vazão a todos os aspectos da vida, a envolver, como diz claramente aquela norma, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, e considerando as peculiaridades de cada indivíduo, uns a dependerem mais do que outros do benefício, quase nunca o valor arbitrado anualmente pelo poder Legislativo (após iniciativa do Executivo) efetivamente resultará no pleno atendimento a todas essas necessidades básicas.²⁵⁶

Não implica admitir, contudo, que o cidadão eventualmente insatisfeito com o valor reúna o direito subjetivo e individual de requerer judicialmente seu aumento, eis que severas as consequências lesivas ao plano orçamentário e financeiro do Estado, e efeito “cascata e multiplicador da via judicial, serve de exemplo de um direito social no qual, *a priori*, não deve se imiscuir o Poder Judicial”.²⁵⁷

Mais um exemplo nos vem por Jorge Reis Novais, sobre o direito de habitação, o que no Brasil se denomina direito de moradia. Para o autor:

(...) o problema é, antes, o de o poder judicial, colocado perante uma realização (ou omissão de realização) do direito a uma habitação condigna ou a um mínimo vital condicionada por concretas opções orçamentais determinadas pelo poder público, poder determinar se houve ou não violação das imposições constitucionais quando se sabe que a própria Constituição consagrou implicitamente esses direitos sob a reserva do possível e conferiu expressamente ao legislador democraticamente legitimado o poder de fazer as correspondentes escolhas políticas e orçamentais tendentes à sua realização.²⁵⁸

De fato, não se precipita visível o direito de moradia sindicável judicialmente, eis que são muitas as variáveis inerentes às necessidades individuais, de um lado, mas que, de outro, há a dimensão comunitária do correspondente direito, suposto em princípio de justiça

²⁵⁶ MELO NETO. *Op. cit.*, p.26.

²⁵⁷ MELO NETO, *Op. cit.*, p. 26.

²⁵⁸ NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 122.

(igualdade, distributiva), e demandas desse jaez têm o potencial de excluir a natureza de uma construção coletiva.

Evidentemente que a dogmática jurídica do direito social à saúde, se implica em estatura e estrutura as mesmíssimas fontes orçamentais, mesmo que sob emergência distinta, não faz sentido algum extremá-lo de uma realidade que, também, pressupõe os mesmos cuidados com tais fontes, sabidamente escassas e para o atendimento de demandas notoriamente crescentes e virtualmente infindáveis, observação que permite a crítica de que nem sempre, ou quase nunca, o órgão jurisdicional se faz sensível a essa realidade, pelo menos em terras brasileiras.

Sim, desta interferência judicial, há evidências disso, se descuidada e desmedida, se destituída dessa sensibilidade para os limites da vinculação constitucional ao mínimo material dignificante de que fala a melhor doutrina, os sistemas de saúde (SUS brasileiro, e SNS português), a exemplo dos sistemas de seguridade social (exemplo do BPC) e de assistência habitacional, ficam sujeitos à igual ruína, desestruturação ou desorganização, porquanto labore sobre limites financeiros previamente definidos na via democrática.

O que o regime constitucional não parece tolerar é a omissão da política pública ou, ainda, sua notória insuficiência²⁵⁹, de modo que mesmo os direitos sociais sendo criados sob régua financeira, nem sempre o argumento da reserva do possível pode ser óbice a que o Judiciário faça valer sua missão quanto a concretização, em dadas situações de crise de saúde.

Numa palavra, a reserva do possível gravita entre o que sobeja do mínimo existencial e as prestações máximas mencionadas por Alexy, logo, não representa ameaça e por isso mesmo não deve limitar o núcleo essencial ao direito à saúde.

²⁵⁹ “Há casos que efetivamente reúnem elementos que permitem uma intervenção judicial, não obstante intrinsecamente presente uma questão orçamental. Veja-se o exemplo de uma demanda que vise o fornecimento de um medicamento de alto custo. Após procurar e ser frustrado na tentativa de sua obtenção na rede pública, não obstante ser incontroversamente o medicamento o melhor indicado para o tratamento médico e constar das listas oficiais do Governo, um cidadão hipossuficiente tem aberto o flanco judicial para demandá-lo, ao que corresponde para o julgador o dever de avaliar a situação no caso concreto”. MELO NETO, *op. cit.*, p. 27.

A melhor doutrina indica três etapas mínimas e necessárias para o avanço judicial nas demandas que acabarão por refletir algum impacto financeiro: os critérios da *existência*, da *competência* e da *pertinência*, descritas por Jorge Reis Novais.

Para o autor, esse controlo incide:

(i) sobre a própria existência de uma reserva do financeiramente possível afectando a dimensão particular do direito fundamental (...); (ii) sobre a competência do poder público envolvido na disputa para accionar a reserva nas circunstâncias do caso concreto; (iii) sobre a pertinência daquela invocação, no sentido de apurar se a questão financeira subjacente é suficientemente significativa para ser tida em conta como dado relevante na situação concreta.²⁶⁰

Por *existência* cumpre averiguar “se efetivamente a objeção do financeiramente possível se coloca como algo a ser considerado *a priori*, se ele realmente se dá no caso concreto”²⁶¹.

Sobre a *competência* avalia-se o ente do qual se requer a prestação, sob o prisma legal e constitucional. Apenas a instituição competente pode suscitar a objeção, e a singela ausência de recursos pode até levar a uma limitada prestação do direito, mas a situação restritiva pode ter sido exagerada, a ponto de promover a própria iniquidade de tratamento para um mesmo grupo de pessoas, resultando na violação às legítimas expectativas²⁶².

Já a *pertinência* deriva da relação que conecta o atendimento da demanda judicial prestacional de saúde e a questão financeira, a fim de inferir, com refinamento, se a reserva do financeiramente possível pode, de fato, se limitar à prestação apenas parcial da demanda ou até mesmo levar ao seu indeferimento. Para Novais:

(...) cabe ao poder judicial, em primeiro lugar, verificar e controlar a pertinência da invocação do argumento financeiro como causa de justificação constitucionalmente admissível e não, ao contrário do que muitas vezes sustenta, verificar a existência ou a disponibilidade de recursos financeiros estatais para dar a realização ao direito ou

260 NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 132.

²⁶¹ Nos exemplos da elevação do salário-mínimo e do tamanho da habitação, a demanda judicial não deve avançar, ante a total insubsistência do objeto (impossibilidade jurídica do pedido). MELO NETO, *op. cit.*, p. 28.

262 NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 133.

controlar o mérito político da alocação de recursos previamente operada pelos decisores políticos.²⁶³

Passando por esses testes o pedido judicial, pode-se concluir que o Legislativo falhou, foi insuficiente ou simplesmente omissivo. Isso autoriza ao Judiciário agir nos espaços vazios e, com ponderação e proporcionalidade, venha a restaurar o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Para Novais, “no próprio plano jurídico, a verificação de uma eventual violação de um direito social só pode ser apurada no caso concreto tendo em conta as implicações e condicionantes financeiras que essa reserva do possível sobre ele projecta”.²⁶⁴

Nesse ambiente, ganha corpo e importância o princípio da proporcionalidade. Para Jorge Miranda, “a ideia de proporcionalidade é conatural às relações entre as pessoas: a reação deve ser proporcional à ação e a distribuição das coisas deve fazer-se com justiça”.²⁶⁵

Vale advertência de que a noção de justiça caso a caso remete à ideia de imprescindibilidade de intervenção judicial, mas apenas em casos excepcionais, sobre a tutela do direito social à saúde, e sempre com necessário apelo aos parâmetros de proporcionalidade, “a fim de que a solução jurisdicional não promova ainda mais iniquidade do que a própria situação de prejuízo dantes verificada”.²⁶⁶

Segundo o Tribunal Constitucional de Portugal, por deliberação proferida no Acórdão nº 375/2008²⁶⁷, aludido princípio se desdobra em três exigências: a) na *adequação* da medida aos fins pretendidos; b) na *necessidade* ou *exigibilidade* das medidas; e, por fim, c) na *proporcionalidade em sentido estrito*, a denominada *justa medida*.

Jorge Miranda explica em mais detalhes essas etapas, ao afirmar que, acerca da adequação, “perante um bem juridicamente protegido, a intervenção ou a providência a adotar pelo órgão competente tem de se achar em correspondência com ele”²⁶⁸. Ainda, quanto à

263 NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 113.

264 *Ibidem*, p. 110.

265 MIRANDA, 2016. *Op. cit.*, p. 298.

266 MELO NETO. *Op. cit.*, p. 30.

267 Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080375.html>

268 MIRANDA, 2016. *Op. cit.*, p. 299.

necessidade, salienta o autor que dentre os meios que seriam potencialmente eleitos como adequados, deve-se optar por “aquele que melhor satisfaz in concreto – com menos custos nuns casos e com mais benefícios noutros”²⁶⁹; e, por fim, sobre a proporcionalidade strictu sensu, deve-se fazer “uma correta avaliação da providência em termos quantitativos, e não só qualitativos, de tal sorte que ela não fique aquém ou além do que importa para alcançar o resultado devido”.²⁷⁰

Logo, superar a reserva possível não autoriza nem carta branca à intervenção judicial nem fazer letra morta o direito de tutela jurisdicional à saúde. Antes, representa redobrada atenção ao cumprimento de exigências próprias à concreta incidência do princípio da proporcionalidade²⁷¹, inclusive como substrato da preservação do Estado de Direito a que ele está submetido (CRP, art. 2º).

Do que se pode concluir que:

(...) Sobre a proteção e promoção do direito social à saúde, embora ele possa se manifestar no viés *objetivo* como vetor de *progressiva e programática função do Estado* para o constante incremento de melhorias nesta seara (sujeito às reservas orçamentais, o que excede do mínimo existencial), segundo atributos do *Parlamento* quanto ao incremento de medidas legislativas que reflitam, com maior grau de representatividade democrática possível, as políticas públicas o que a sociedade pode razoavelmente esperar do Estado, o núcleo essencial desse direito não foge ao controle judicial, em casos de omissão ou insuficiência dessas mesmas políticas.²⁷²

Assim, “nas omissões e nas falhas, ganha corpo a projeção ou dimensão subjetiva do direito fundamental à saúde, pois a exigibilidade de prestações que garantam a mínima

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ “Numa demanda judicial em que se pleiteia subjetivamente o incremento de tutela efetiva de direitos prestacionais, ao decisor importa se imiscuir na refinada análise desses parâmetros inerentes a uma solução que se possa, de fato, adjetivar de adequadamente proporcional. Afinal, de rigor a interferência judicial tem o potencial de promover a redistribuição ou a realocação de recursos cuja ordem de prioridade foi democraticamente deliberada pelo legislador, assim cunhando uma nova ordem de prioridade para solução emergencial e concreta. Isto implica a que a externa ingerência judicial, nada obstante e até própria do jogo institucional tripartido dos poderes, deva ser a mais cirúrgica e cuidadosa possível, inserida num justo balanço entre ser o menos traumatizante possível e o mais eficaz quanto à proteção visada”. MELO NETO. *Op. cit.*, p. 31.

²⁷² MELO NETO. *Op. cit.*, p. 31.

dignidade existencial humana deve ser implementada em situações pontuais pelos Tribunais”.²⁷³

Quer isso dizer que o Legislador não se desincumbiu de toda sua tarefa fundamental, ou mesmo o Estado Administração (Governo ou Poder Executivo) apresenta alguma falha ou anomalia sobre a definição e mesmo na execução da própria política pública correspondente. Não são raros os casos de incompetência, má gestão e até mesmo de corrupção neste campo, a tanto comprometer, com perdão do trocadilho, muitas vezes de morte os utentes do serviço público de saúde.

Em suma, assim como a reserva do financeiramente possível não deva ser alegada genericamente (prática forense, de resto, usual no Brasil), deve ser seriamente considerada sempre que pertinentemente suscitada, isso “para permitir ao decisor judicial atuar nos vazios, nas falhas, a fim de garantir um mínimo existencial que restaure o valor da dignidade da pessoa humana em cada caso concreto (dimensão subjetiva)”²⁷⁴, desde que adequada, necessária e estritamente inafastável para prevenir o erário e, de conseguinte, proteger os interesses de todos os demais utentes dos serviços públicos de saúde.

4. Medidas de Concretização do Direito à Saúde.

Realizadas as incursões sobre aspectos relevantes atinentes à teoria dos direitos fundamentais, como sua origem, conceituação e evolução histórica, no geral, alocando também o direito fundamental à saúde em Portugal e no Brasil, em específico; e depois de analisados, também, alguns princípios incidentes na episódica tensão protagonizada entre o Parlamento e os Tribunais quanto às políticas públicas de respectiva concretização, este relatório atinge, finalmente, o desafio de testar a hipótese alusiva à judicialização da saúde: afinal, como funcionam os poderes soberanos de Estado, nesses países, diante da submissão judicial de demandas de saúde que devem, de rigor e a priori, ser atendidas voluntaria e oficialmente pela gestão governamental? Quais fatores aproximam e distanciam Portugal e Brasil nesse tema?

²⁷³ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 31.

²⁷⁴ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 32.

Analisando as peculiares características do direito social à saúde nas realidades portuguesa e brasileira, inseridas na controvérsia em torno da atuação dos respectivos Poderes, notadamente quanto às medidas de sua concretização, é possível constatar que no curso de sua consolidação histórica, cultural e institucional, comparativamente, é ele operado em planos de efetivação bastante distintos.

Logo, nas letras seguintes abordaremos importantes aspectos pertinentes ao protagonismo, à judicialização e à comparação dos regimes português e brasileiro acerca da consolidação do direito à saúde, para ao final tecer nossas considerações conclusivas.

4.1. O Protagonismo sobre as Políticas Públicas de Saúde.

Ao longo desta dissertação já foi possível observar que a construção do direito à saúde, do ponto zero (inexistência) ao estágio de expresse reconhecimento constitucional nas Cartas Magnas de ambos os países (grau máximo), obedeceu a confluências sociais e de ruptura que efetivamente marcam alguns característicos distintivos dessa especial categoria de direitos. Mas se faz presente, ainda, a necessidade de investigar quais fatores o localiza na realidade atual, a começar pela abordagem relativa ao protagonismo institucional pertinente aos poderes soberanos constituídos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Mercê de sua própria estrutura e natureza, como se viu, as políticas públicas com vistas à concretização do direito à saúde demandam a alocação de recursos orçamentais, tarefa do Parlamento; e a execução deles, no detalhe, pelo Poder Executivo.

E compreende-se como políticas públicas a necessária implicação do processo de escolhas, de fixação de metas e respectivos instrumentos para atingimento dessas mesmas metas²⁷⁵, algo permeado por princípios que vão desde máxima efetividade, economicidade, moralidade e até mesmo transparência, mas sempre de forma coerente com o atingimento do

²⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 32ª ed. revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1658.

interesse público, definido por lei e pela Constituição, nas diversas áreas de atuação do Estado, como educação, saúde, segurança, meio ambiente, transporte, habitação, lazer etc.

No âmbito do direito à saúde não se dá de forma diferente: os objetivos públicos são traçados²⁷⁶, os gerais e os específicos, quase todos sob a marca de prioritários, diante da dificuldade material de divisar o que seja não prioritário nessa seara, e os recursos e os meios administrativos para tanto também são previamente determinados, de forma que se espera definidos de forma coerente, factível e exequíveis dentro de padrões satisfatórios.

No desempenho desse mister constitucional, não parece haver dúvida ou questionamento de que a intervenção judicial, logo, o protagonismo do Judiciário, seja em referidas leis orçamentais, seja nas melhores práticas ou gestões executivas delas, opera-se no ambiente de exceção.

O Poder Judicial definitivamente não tem voz ativa nesse processo, até por definição e natural decorrência do princípio da separação de poderes e do princípio democrático, eis que é pressuposto que os cidadãos se fazem representar, proporcional e majoritariamente, no Parlamento e no Executivo, como vozes de fixação e controlo indireto dos recursos alusivos aos serviços públicos de saúde, num esquema que mais faz aproximar sociedade e Estado, do que o órgão judiciário que, por definição, age no ambiente contramajoritário e, quase sempre, para cindir controvérsias individuais, à evidência de que o magistrado não se investe no poder por intermédio de escrutínio público.

É dizer, cumpre aos Poderes Legislativo e Executivo, segundo a definição constitucional alusiva à edição e efetivação, tanto do SNS de Portugal como do SUS do Brasil, a iniciativa e modelagem de todas as medidas pertinentes à conformação formal e substancial, disto não participando, naturalmente, o Poder Judiciário²⁷⁷. Não significa dizer que não haja

²⁷⁶ Nesse sentido, prevê o art. 31, da Lei nº 8.080/1990 (do SUS): “Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias”.

²⁷⁷ DI PIETRO. *Op. cit.*, p. 1661.

certo protagonismo deste, muito pelo contrário, como veremos mais adiante, mas que certamente essa atuação sucede sob notas de peculiaridades em cada país.

Esse registro inicial é relevante para se deixar claro que ainda que o Poder Judiciário seja provocado a atuar, ora no controlo das leis ditas incompatíveis com a Constituição ora para o incremento de medidas concretas decorrentes de omissões ou insuficiências do poder público, no tema da saúde, isto não confunde a noção primordial de que pertence ao Legislativo e ao Executivo, por definição constitucional de competências, respectivamente, a edição de leis e execução das políticas públicas.

Canotilho não deixa margem de dúvida de que o protagonismo desse tema deva ser do Parlamento. É ele crítico da judicialização da vida política, conforme pudemos observar no capítulo anterior. Jorge Reis Novais, de sua vez, segue nessa linha de compreensão, sob a observação de que o Estado deve sim implementar na “*maior medida possível*”, segundo suas disponibilidades orçamentais, os cuidados preventivos e de promoção à saúde, de sorte a limitar a exigência judicial às forças dessas disponibilidades e sem comprometimento, ainda, ao atendimento de todos os demais que necessitem de iguais cuidados.²⁷⁸

Sobre esse último ponto, Novais ressalta que:

E, se o Estado puder comprovar objectivamente a existência e o peso dessas razões, a margem de controlo que cabe à justiça constitucional reduz-se significativamente, uma vez que, estando em causa a comprovada necessidade de reafecção orçamental dos recursos disponíveis, é essencialmente ao Parlamento, e não ao juiz, que compete decidir.²⁷⁹

Alexandre Morais Nunes afirma que, desde que o poder público não vulnere as funcionalidades de proteção e promoção constitucionais do direito à saúde, pode acomodar a cada ano as respectivas políticas às suas prioridades, mas sempre em conformidade das necessidades dos utentes. Para ele, o Governo “poderá eventualmente realizar uma maior aposta

²⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **CONSTITUIÇÃO E SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE**. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 4, n. 11, p. 85-109, abr./jun. 2010. ISSN 1982-1921. p. 100.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 102.

em um ou outros níveis de cuidados, não prejudicando ou reduzindo a prestação dos restantes nem pondo em causa as insígnias constitucionais”.²⁸⁰

Ainda em Canotilho, embora o autor afirme que em Portugal se possa admitir a flexibilização do dirigismo constitucional, afinal, a Constituição não pode ser, como visto, o *caminho de ferro* para inserir todas as transformações que sociedade deseja, a par do creditamento em “metanarrativas emancipatórias unidimensionais” na Carta Política de 1976²⁸¹, no caso do Brasil o publicista fala da necessidade de um constitucionalismo adequado e que não se pode, ainda, dizer de um direito desregulado ou mitigado, posto que isto equivaleria abandonar o próprio Estado Social da Constituição.

Implica afirmar, assim, que em Portugal o direito à saúde e suas respectivas políticas públicas são objeto do direito ordinário, cristalizadas nas Leis do Parlamento e sob o incremento das ordens executivas, mas no Brasil as normas programáticas de implementação do direito à saúde são extraídas diretamente do texto constitucional, ainda que seja possível - e até necessária - a regulamentação e organização do sistema por leis infraconstitucionais, mas jamais sem retirar a ordem de sentido e do cumprimento dos deveres essenciais inscritos na Lei Fundamental.

Lênio Streck converge para esse necessário dirigismo da Constituição brasileira, nomeadamente através de uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia*, como sucede na hipótese do país sul-americano, conquanto são ainda de todas as ordens os incumprimentos das promessas da modernidade e do *Welfare State*, o que em Bercovici desaguou na crítica segundo uma *Teoria da Constituição Dirigente Invertida*, dada cisão salientada pelo autor entre Constituição Financeira (medidas ideologicamente neutras, logo, indiferente às necessidades sociais) e Constituição Econômica (que fica com as

²⁸⁰ NUNES, Alexandre Morais - **Direito à saúde em Portugal: delimitação jurídica do Serviço Nacional de Saúde**. Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 17-34, jul./dez. 2017. p. 18.

²⁸¹ Sobre esse tema, Canotilho pontua que: “a constituição deixa de ser possível conceber-se com um pacto fundador e legitimador de uma acção prática racionalmente transformadora. Por outras palavras: a constituição deixa de inserir-se no processo histórico de emancipação da sociedade (quer como ‘texto’ de garantias individuais e arranjos organizatórios de tipo liberal, quer como ‘programa dirigente’ de cariz marxizante)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 14.

sobras das medidas financeiras) na Carta Política de 1988, como se não fosse ela um documento único e íntegro em seus objetivos.

Para as teorias aqui encampadas, esse protagonismo dos poderes Legislativo e Executivo encontra uma limitação de piso, nomeadamente o *mínimo existencial*. É ele o núcleo essencial do direito fundamental social à saúde; o nível de garantia abaixo do qual o Legislativo e o Executivo não podem abordar o tema da implementação das correlatas medidas de concretização.

Segundo o marco doutrinário e jurisprudencial deste relatório, o Poder Judiciário pode atuar no controlo das omissões, das insuficiências, e não das escolhas que prescrevem o mérito de oportunidade e conveniência da Administração, muito embora o comportamento das instituições de Portugal e do Brasil possuam avanços distintos nesta seara.

Jorge Reis Novais dá suporte à doutrina do mínimo existencial atrelado à ideia de dignidade humana, de sorte que o excedente conforma direitos na medida da lei (direito ordinário), logo, sem justiciabilidade, isto apenas para países sem expresse reconhecimento na Constituição. Mas na Alemanha, em que pese não haja reconhecimento expresse na Constituição do direito social à saúde, acaba-se por garantir mais que *mínimos*. Isto já não sucede em Portugal e no Brasil, onde há expresse reconhecimento constitucional, conforme registado no primeiro capítulo.

Assim, para Novais o controlo judicial não se deve limitar à singela análise da evidência (violação grosseira). A reserva do possível não é limite ao núcleo essencial do direito à saúde, se se tratar da garantia do mínimo existencial. E esses *mínimos* são inferidos por via dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o que confere também com a doutrina de Alexy, sobre juízos de ponderação no caso concreto²⁸². Logo, não se cuida de um juízo de tudo ou nada, mas de avaliação da preponderância do direito frente à realidade do caso concreto.

²⁸² Alexy é defensor da ideia de que há direito fundamental à prestação social, como patamar mínimo de assistência médica, se o mínimo existencial se faz exigir como condição do exercício de uma liberdade fática, e sem comprometimento da separação de poderes e dos limites de competência do legislador democrático, bem assim dos demais princípios materiais colidentes. Para ele, nem todo direito social representa um mínimo existencial. E

Essa operação não pode descuidar da máxima de nossa compreensão, no sentido de que esse juízo de ponderação poderia corresponder a uma abertura de caminho livre para assunção, gênese e aplicação de voluntariosa “principiologia”, por exemplo, em especial no que se refere ao decisor judicial. Muito pelo contrário, conforme o marco teórico deste relatório, firmado na doutrina de Lênio Streck, os princípios, nesse caos, antes fecham a interpretação:

Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’. Portanto, os princípios ‘fecham’ a interpretação e não a ‘abrem’, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete.²⁸³

Os poderes Legislativo e Executivo, outrossim, no exercício desse protagonismo devem fazer cumprir os desígnios de subsistência claramente protegidos pelas Constituições portuguesa e brasileira, alusivos aos sistemas de saúde, regulando não apenas ao sabor das episódicas ou conjunturais maiores parlamentares²⁸⁴ ou da opinião pública, mas sob o olhar no sentido de que faça contemplar a todos os utentes, nas perspectivas de um regime igualitário, distributivo e, ao fim e ao cabo, justo no equilíbrio da repartição de recursos públicos que faça atingir, com eficiência, um maior número de cidadãos, destinando-os o mínimo essencial para garantia da existência digna. É dizer, não se cuida de “uma qualquer benesse de que as maiorias conjunturais disponham e que possam livremente atribuir ou retirar aos cidadãos”.²⁸⁵

A partir do texto constitucional como guia, seja na perspectiva de *constituição-programa* seja na de *constituição-processo*²⁸⁶, fato é que Legislativo e Executivo, e por vezes, tal qual provocado a prestar o direito, o Poder Judiciário, estão atrelados às balizas de universalidade, generalidade, integridade e, no caso, português, de tendencial gratuidade, de

se, por um lado, o Tribunal não pode ser escravizado pela omissão do legislado, por outro, a cláusula da reserva do possível não pode levar ao esvaziamento do direito.

²⁸³ STRECK, 2011. *Op. cit.*, p. 221.

²⁸⁴ NOVAIS, 2010. *Op. cit.*, pp. 85-86.

²⁸⁵ NOVAIS, 2010. *Op. cit.*, p. 86.

²⁸⁶ CANOTILHO, 1993. *Op. cit.*, p. 172.

maneira que tais poderes, independente das escolhas políticas de momento, delas não podem se afastar.²⁸⁷

Falando mais especificamente sobre a abrangência subjetiva ou universalidade de acesso, o Parlamento e o Executivo portugueses devem se ater, segundo, Alexandre Morais Nunes, à “garantia de prestação de cuidados a todos os cidadãos, independentemente da sua condição econômica e social”.²⁸⁸ Conforme explica o autor, a garantia se estende também aos “cidadãos estrangeiros, em regime de reciprocidade, aos apátridas e aos refugiados políticos que residam ou se encontrem em território nacional (art. 4º da Lei nº 56/79, de 15 de setembro)”.²⁸⁹

Nunes igualmente nos fornece, quanto à característica da generalidade, as múltiplas facetas que o serviço público de saúde deve implementar em termos de políticas públicas pelo SNS:

(...) envolver uma prestação completa, com todos os cuidados integrados de saúde – desde as atividades de promoção e vigilância da saúde, prevenção da doença (cuidados de saúde primários), diagnóstico e tratamento dos doentes (cuidados de saúde hospitalares) e reabilitação médica e social (cuidados continuados) – assegurados, em princípio, pelos estabelecimentos da rede oficial do Serviço Nacional de Saúde (arts. 6º e 15º da Lei nº 56/79, de 15 de setembro).²⁹⁰

Não obstante a garantia de prestação abranja o acesso a todo o leque de serviços do sistema, o que poderia levar a precipitada conclusão de que não há restrições, fato é que há sim limitações, quais sejam, as que derivam do “*limite de recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis*”, conforme prevê o nº 1 do art. 6º da Lei nº 56/79, de 15 de setembro,²⁹¹ no caso da regulação portuguesa.

Em suma, pertencendo o direito à saúde à categoria de direitos fundamentais que depende e é condicionada materialmente por disponibilidades financeiras do poder público,

²⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. CONSTITUIÇÃO E SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 4, n. 11, p. 85-109, abr./jun. 2010. ISSN 1982-1921. P. 86.

²⁸⁸ NUNES. *Op. cit.*, pp. 24-25

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 24-25.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 25.

²⁹¹ NUNES, 2017. *Op. cit.*, p. 25.

embora o Estado esteja vinculado, por via dos poderes primordiais, Legislativo e Executivo, a sua consecução concreta, há evidências de que não será toda e qualquer demanda que deverá ser exigível.

Diante da escassez de meios financeiros para garantia do atendimento absoluto a todas as necessidades, esse direito acaba por se revelar limitado pela reserva do financeiramente possível, de modo que “se reconhece aos poderes públicos democráticos uma margem de decisão e opção políticas sobre as formas e modalidades mais adequadas ou oportunas de realizar aqueles fins”.^{292 293}

Retrocedendo um pouco no tempo, e falando agora de números, Novais, com bases nos dados da OCDE, informa que:

Sendo certo que as despesas com a saúde crescem generalizadamente em todos os países, a partir de 2001 os gastos públicos e a despesa total com a saúde em Portugal já ultrapassam a média dos países da União Europeia e da OCDE: a média dos gastos totais com a saúde da UE e da OCDE em percentagem do PIB era de 8,9% e era, em Portugal, de 9,9%²⁴. De 2,6% do PIB, em 1970, as despesas com saúde em Portugal passaram para 9,9% em 2006. Por sua vez, a percentagem da despesa pública na despesa total com a saúde passou de 62,6%, em 1995, para 70,5% em 2002, e para 71,5% em 2006. O peso dos gastos públicos com saúde face ao PIB era na OCDE de 5,1%, em 1980, passando para 6,4% em 2004; por sua vez, em Portugal, nesse mesmo período esse peso duplicou: era de 3,6% em 1980, passou para 7,2% em 2004.²⁹⁴

Já atualizando um pouco esses dados, tem-se que os gastos públicos do Estado português, no ano de 2018, ficou em cerca de US\$ 1.355 per capita, e o resultado quase que se repete no ano seguinte, ficando em US\$ 1.353. Já no Brasil, no mesmo período, a despesa pública com a saúde foi, respectivamente, de US\$ 355 e US\$ 347²⁹⁵.

²⁹² NOVAIS, 2010. *Op. cit.*, p. 100.

²⁹³ Segundo Novais, “À generalidade dos cuidados de saúde por parte da generalidade dos cidadãos, será possível ao poder político retroceder no presente grau de realização do direito, instituindo, eventualmente, uma obrigatoriedade de pagamento de custos de prestações de saúde, a exigir dos particulares com suficiente capacidade financeira?(...) à medida que se foi solidificando o entendimento dos direitos sociais como direitos sob reserva do possível e, por outro lado, se difundiu a consciência da crise e das dificuldades estruturais do Estado social europeu, esta ideia da proibição do retrocesso foi sendo abandonada e, hoje, pode considerar-se ultrapassada”. *Ibidem*, p. 101.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 103.

²⁹⁵ Fonte: Global Health Expenditure Database, disponível em: <https://apps.who.int/nha/database/Select/Indicators/en>

Esses dados de certo modo precipitam a disparidade de tratamento dispensado pelos orçamentos, Legislativo e Executivo, de ambos os países, conquanto no país sul-americano a despesa represente, em média proporcional, apenas um terço do que é despendido pelo país europeu, algo que pode ser significativo na conseqüente judicialização das demandas de saúde, notadamente no segundo caso.

Em termos percentuais dos gastos públicos em saúde, refletidos no Produto Interno Bruto - PIB, segundo relatório de “Estudos da OCDE sobre os Sistemas de Saúde: Brasil 2021”²⁹⁶, em 2019 o percentual de despesas governamentais brasileiras foi 3,8%, enquanto que em Portugal o comprometimento do orçamento foi 6%²⁹⁷ no mesmo ano, mas sobe em 2020 para 6,8% e para 7,2% em 2021²⁹⁸.

Esses elementos antes reafirmam os números sobre a tendente disparidade dispensada pelos Poderes Legislativo e Executivo nestes países, ao ponto de robustecer a noção de que de algum modo isso se espelha na judicialização de demandas de saúde no caso de menores investimentos, como no caso brasileiro, e de judicialização quase alguma (ou desjudicialização), em termos comparativos, na hipótese portuguesa, algo que associado a outros fatores, a seguir expostos, desvenda as dissidências de tratamento desse direito fundamental nas nações comparadas.

Convergemos com a conclusão de Novais, para quem, da quadra da realidade constitucional portuguesa:

(...) cabe ao poder político decidir de que forma o crescimento dos gastos com a saúde deve repercutir, directa ou indirectamente, em contraprestações a cargo dos cidadãos, garantido que esteja que ninguém, por razões estritamente económicas, se veja impedido de recorrer aos cuidados de saúde de que necessita no âmbito do SNS.²⁹⁹

²⁹⁶ Disponível em: <https://www.oecd.org/health/estudos-da-ocde-sobre-os-sistemas-de-saude-brasil-2021-f2b7ee85-pt.htm>

²⁹⁷ Fonte: Global Health Expenditure Database, disponível em: <https://apps.who.int/nha/database/Select/Indicators/en>

²⁹⁸ Fonte: <https://www.esquerda.net/artigo/portugal-e-dos-paises-da-ocde-em-que-mais-se-tem-de-gastar-com-saude-privada/82245>

²⁹⁹ NOVAIS, 2010. *Op. cit.*, p. 104.

Em contrapartida, sobre o Brasil, no mencionado estudo da OCDE, não obstante tenha nos últimos 30 anos evoluído na cobertura universal desse direito, de modo que praticamente toda a população seja formalmente atendida pelo SUS:

Dada a situação econômica e fiscal desafiadora, é necessária uma reflexão importante para garantir mais recursos para o Sistema Único de Saúde brasileiro. Fundamentalmente, o Brasil precisará gastar mais e melhor em seu sistema de saúde pública para que tais despesas sejam mais eficazes para atingir as metas do sistema, sustentáveis no futuro.³⁰⁰

Embora os regimentos constitucionais alusivos às ações e serviços de saúde, de Portugal e do Brasil, não pareçam deixar margem de dúvida de que o protagonismo quanto às medidas de respectiva concretização deva ser, prioritariamente, dos Poderes Legislativo (conformação orçamental) e Executivo (execução das políticas públicas), as coincidências cessam por aí, porquanto, ao lado de outros fatores a seguir expostos, as atenções e investimentos vem apresentando disparidades importantes.

Ao fim e ao cabo, essa divergência de tratamento pode estar a comprometer, no caso brasileiro, até mesmo a garantia do mínimo existencial em saúde, subtraindo de seus cidadãos em muitos casos o primado da dignidade humana, ao nível de forçar uma judicialização que, na maioria dos casos, sequer diz respeito à ausência da própria política pública³⁰¹, mas de incumprimento ou ineficiência executiva das já existentes, o que envolve múltiplas causas (ineficiência, incompetência, corrupção etc.), as quais não convém ou não cabem na análise neste relatório.³⁰²

³⁰⁰ Disponível em: <https://www.oecd.org/health/estudos-da-ocde-sobre-os-sistemas-de-saude-brasil-2021-f2b7ee85-pt.htm>

³⁰¹ Conforme esclarecem Luciana Duarte e Liana Pimenta: “Os dados levantados pelo Conselho Nacional de justiça, em recentes pesquisas financiadas pelo órgão, indicam que a maioria das demandas de saúde apresentadas ao Poder judiciário integram o núcleo essencial do direito, e que a maior parte das demandas é patrocinada pela Defensoria Pública ou por litigantes sob o pálio da justiça gratuita. Assim, o diagnóstico atual demonstra que a judicialização da saúde no Brasil tem viabilizado a correção de políticas públicas insatisfatórias, sanando, em regra, omissões indevidas dos poderes responsáveis pela sua elaboração e execução, em benefício da população mais carente”. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; PIMENTA, Liana de Barros – **DIREITO À SAÚDE: HISTÓRICO, JUDICIALIZAÇÃO E PROGNÓSTICO in Direito à saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus** / Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Víctor Luna Vidal, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 61.

³⁰² O Ministro Gilmar Mendes, então à frente da Presidência do Supremo Tribunal Federal, fez registrar nos autos do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 434 (DJ 23/04/2010), que: “Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em

A nota de contradição dessa realidade é que o dirigismo constitucional a que deveria se aferrar o Legislativo e o Executivo brasileiros quanto à definição e cumprimento das políticas públicas de saúde, não parecem estar surtindo o efeito desejado, pois embora haja avanços, segue a passos lentos e ainda aquém das prioridades constitucionalmente definidas, enquanto que esse mesmo dirigismo, já tendo sido ultrapassado no caso português, levou o país europeu a buscar e implementar outras e múltiplas soluções, considerando a pluralidade de situações da vida, essencialmente perpassando à forte atuação das parcerias com a rede privada de saúde, o que associado com uma sociedade-providência e que se proteja mais no autocuidado com a saúde, discrepa bastante da realidade brasileira, e isso leva também à desconsideração da via judicial como meio plausível de reivindicação da saúde, como a seguir melhor se expõe.

4.2. Judicialização da saúde em Portugal e no Brasil.

Visualizado em panorama o tema do protagonismo dos poderes soberanos estatais de Portugal e do Brasil sobre a saúde, a questão remete agora ao estudo e considerações a respeito dos *fatores* que condicionam as práticas da sociedade por políticas públicas de saúde. Sem deixar de anotar outras fontes doutrinárias, neste tópico nos utilizaremos prevalentemente das investigações do professor Felipe Dutra Asensi, que possui alentada obra neste campo, em especial na comparação entre as realidades das duas nações.

Pois bem. No Brasil a oficialidade estatal é vista como estratégia de intermediação recorrente para reivindicação do direito à saúde, algo construído social, política e culturalmente como elemento de ampla vantagem, a tanto envolver não só os Conselhos e as Convenções de Saúde, mas também instituições jurídicas, das quais ganha destaque o Poder Judiciário. Mas há distinção entre o que seja *juridicização* e *judicialização*. No primeiro caso, cuida-se das discussões das controvérsias jurídicas num ambiente antes de sua submissão ao órgão jurisdicional; e, no segundo, as que são levados a decidir em juízo.

razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3864334>

O Poder Judiciário brasileiro, em face de diversos fatores sociais, políticos e culturais construídos ainda no século XX, é levado a cumprir uma profecia em si mesma, ao se converter em espaço privilegiado para reivindicação e efetivação de direitos, num protagonismo que os próprios atores sociais e políticos respeitam.³⁰³

São exemplos da consolidação e gradativo fortalecimento de um poder Judicial profetizado para se cumprir em si mesmo, como instituição construída para protagonizar a centralidade, muitas das vezes única, de conflitos sociais de viés jurídico, a edição de Súmulas Vinculantes (EC 45/2004), a criação do Conselho Nacional de Justiça (EC 45/2004) e a edição de Súmula Impeditiva de Recursos (Lei nº 11.276/2006)^{304 305}.

Em matéria de saúde, o Judiciário brasileiro só é chamado a agir sob provocação, não pode dizer o direito e assim resolver controvérsias senão sob iniciativas difusas ou mesmo coletivas. Daí a construção de instituições com funções de essencialidade à atividade judicial, que podem agir sem provocação alguma, do que seguem como exemplos o Ministério Público e as Defensorias Públicas.³⁰⁶

Boaventura de Souza Santos afirma que a partir da Constituição de 1988 há aguda virada na estratégia de inclusão de novos direitos (trabalhistas, previdenciários, educacionais, de saúde etc.) no Brasil, o que se fez acompanhar não só da natural expectativa da sociedade por seu concreto implemento, como instrumentos que radicam no Judiciário verdadeiro vetor de efetivação dessas novas promessas da modernidade, notadamente a ampliação da legitimidade para proposição de ações de inconstitucionalidade, o incremento das ações coletivas, o fortalecimento do Ministério Público e a institucionalização de meios de acesso e assistência judiciário.³⁰⁷

³⁰³ ASENSI. *Op. cit.*, p. 192.

³⁰⁴ ASENSI. *Ibidem*, p. 194.

³⁰⁵ Para Asensi, “este reforço institucional, associado à própria assunção dos magistrados como profetas, alçou este Poder a um verdadeiro referencial teórico, metodológico e cotidiano por parte dos atores sociais e políticos em suas práticas sociais”. *Ibidem*, p. 195.

³⁰⁶ ASENSI. *Ibidem*, pp. 199-200.

³⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Souza - **PARA UMA REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA**. 3. Ed. revista e ampliada. Coimbra: Almedina, 2014. p. 14.

Há uma histórica debilidade no caso brasileiro quanto ao implemento de políticas sociais, oscilando de medidas mais fortes em certos seguimentos, mas de adoção de ações mais frágeis, em outros. Há evidências de que a hipótese da saúde se insere na segunda situação, conquanto, diante de uma série de incumprimentos, chega a ser de certo modo até natural vir “o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social”, registra Santos.³⁰⁸

Para o Asensi, “a afirmação de novos direitos requer a constituição de sujeitos ativos que, em alguma medida, influem e participam do processo de sua efetivação, seja diretamente por meio de espaços públicos, seja indiretamente por meio de mecanismos de representação”, observação que cai como uma luva na especial condição constitucional dada ao Ministério Público pela própria Constituição de 1988.³⁰⁹

Diante das fragilidades sociais, econômicas e culturais quanto ao acesso ao Poder Judiciário, e até mesmo à esfera legislativa, o Ministério Público emerge em demasiada importância institucional como órgão catalizador e de intermediação de reivindicações de saúde, uma oportunidade política da expressão de incumprimentos e por novos espaços, e ainda, não raro, “tem buscado ainda conferir algum grau de legitimidade democrática às decisões alocativas de recursos públicos em saúde, exercendo um protagonismo decisivo nesta seara e na própria política pública”.³¹⁰

O Ministério Público brasileiro se desenvolve também a partir da ideia de tutor da sociedade civil, carente de meios de reivindicação e proteção sobretudo quando as hipóteses de incumprimento no âmbito da saúde advêm da conduta, comissiva ou omissiva, do próprio Estado, daí seu decisivo papel de representação desses interesses difusos e coletivos, pois sua postura não pode ser absentéista, mas ativo interlocutor de demandas desse jaez.³¹¹ Assim é que, registra Asensi:

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 15.

³⁰⁹ ASENSI. *Op. cit.*, p. 202.

³¹⁰ ASENSI. *Ibidem*, p. 203.

³¹¹ ASENSI. *Ibidem*, pp. 204-205.

“(…) principalmente no período pós-constituente brasileiro, o Judiciário e o MP têm se configurado como eficazes articuladores na resolução de conflitos e definição de políticas públicas, buscando conjugar esse direito constitucionalmente garantido às práticas sociais”.^{312 313}

Em que pese Portugal e Brasil apresentem em comum boa estrutura judiciária, com aparelhamento administrativo importante, e sólido sistema recursal, as semelhanças param por aí, conquanto o Poder Judiciário, como espaço de oportunidade política, foi construído de formas totalmente dispares.

Enquanto no Brasil sucede esse descrito e progressivo fortalecimento das instituições jurisdicionais, numa sucessiva e amplamente admitida judicialização das relações sociais, em Portugal sucede o oposto, eis que sua estrutura Judiciária vem de um relevante distanciamento da sociedade civil, recebe importante influência governamental, de sorte a passar por reformulações que redundaram em seu enfraquecimento como instituição e na conseqüente desjudicialização.³¹⁴

Portugal passou por uma explosão de litigiosidade a partir da década de 1970, deslocando o Poder Judiciário para ao centro das atenções políticas, gerando a necessidade por parte do Governo de imprimir respostas adequadas através de uma nova política, que voltasse a reequilibrar os três poderes, e, a um só tempo, evitar a face mais clara de sua incapacidade de dar respostas as demandas sociais.³¹⁵

Numa importante nota história sobre esse jogo social, Silvia Portugal afirma que há dois fatores que influenciaram decisivamente a que Portugal apresentasse um tardio processo de instrumentalização de políticas sociais, em especial na segunda metade do Século X: a

³¹² *Ibidem*, p. 204.

³¹³ Anote-se que em Portugal os integrantes do Ministério Público são considerados magistrados; sua atuação sucede principalmente nas ações penais; ainda, exercem a anômala função de representantes judiciais do Estado; e, por fim, sua estruturação é hierarquizada entre seus membros, características bem distintas do modo de organização institucional do correspondente brasileiro. AZIZ, Mona Lisa Duarte. **O PAPEL NO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL**. Revista do CNMP / Conselho Nacional do Ministério Público ; Otavio Luiz Rodrigues Jr. (coord.). – v. 9 (2021). Brasília: CNMP, 2021. pp. 106-107.

³¹⁴ ASENSI. *Op. cit.*, p. 216.

³¹⁵ ASENSI. *Ibidem*.

ditadura Salazar, que se arrastou até início da década de 1970, e a ruralização da sociedade. Nesse período o governo apostou numa ideologia “ruralista” e “familista”, cujo modelo é de solidariedade comunitária e familiar, e de baixas expectativas quanto às providências governamentais na área. Ainda assim, quando sucede a mudança de regime, isso ocorre à altura de crise económica, convertendo em tímidas as primeiras iniciativas quanto à adoção de ações positivas na área social, afastando o país da realidade de grande parte dos países europeus.³¹⁶

Asensi salienta que enquanto no Brasil a judicialização tem por objeto as relações sociais e os direitos, em Portugal o foco é a política. Segundo ele:

(...)nas décadas de 70 e 80 em Portugal, observa-se uma relativa transferência da legitimidade do Estado, por via dos Poderes Legislativo e Executivo, para o Judiciário, mas isso não se reproduziu no caso do direito à saúde.³¹⁷

Conforme relata o autor:

Esse deslocamento ao Judiciário da tutela dos direitos criados pelo Legislativo e sob a responsabilidade do Executivo, abalou o equilíbrio entre os poderes, o que se agravou considerando o regime parlamentarista de Portugal. A reação veio através de medidas de contenção desse protagonismo judicial, com a criação da Direcção-Geral de Administração da Justiça e do Gabinete para a Resolução Alternativa de Conflitos.³¹⁸

Boaventura de Souza Santos identifica Brasil e Portugal como países semiperiféricos, em cujo processo de formação histórico e cultural, não por um exclusivo feixe de razões, acabou por emergir, a contar da década de 1980, de um estado quase que absoluto de *low profile*, no que respeita ao protagonismo do Judiciário em matérias de direitos sociais, para uma posição de destaque, em essência, em função dos movimentos constitucionais sucedidos no mesmo período, em muitos casos apostando na estratégia de constitucionalização do direito ordinário numa hermenêutica que permitisse maior garantismo de direitos ao cidadão³¹⁹. Segundo o autor:

³¹⁶ PORTUGAL, Sílvia. “**Quem tem amigos tem saúde**”: O papel das redes sociais no acesso aos cuidados de saúde. Comunicação apresentada ao Simpósio “Família, Redes Sociais e Saúde”, Hamburgo, Instituto de Sociologia da Universidade de Hamburgo, 7 e 8 de 2005. pp. 1-2.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 218.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 219.

³¹⁹ SANTOS. *Op. cit.*, pp. 12-13.

O novo protagonismo dos tribunais está relacionado com o desmantelamento do Estado intervencionista, quer do Estado desenvolvimentista de muitos países da periferia e semiperiferia do sistema mundial, quer do Estado-providência, o Estado de bem-estar relativamente avançado, que tem vigorado em muitos países da Europa, caracterizado por políticas sociais muito fortes, o chamado Modelo Social Europeu (altos níveis de competitividade combinados com altos níveis de proteção social).³²⁰

O autor chama a atenção para o “curto-circuito histórico” provocada pelas Constituições advindas da redemocratização de países semiperiféricos como Portugal e Brasil, donde a constitucionalização de diversos direitos e de gerações diferentes alça dificuldades graves de implementação, eis que os mesmos direitos levaram várias décadas em países centrais para seu incremento. O ganho, de imediato, foi a permissão de um maior controlo das normas do direito ordinário.³²¹

O ambiente de disputas e embates políticos, não raro, é deslocado da arena do Legislativo e do Executivo para o âmbito dos Tribunais, em muito dos casos como forma de resistência às políticas públicas do Governo ou mesmo em face dos grupos majoritários. Essa judicialização da política redundou na politização do Judiciário e, de conseguinte, à exposição excessiva do poder à sociedade, pelos meios de comunicação social.³²²

Segundo Asensi, “a judicialização da política, em Portugal, veio acompanhada da politização do Judiciário e da sua progressiva redução como oportunidade política de reivindicação de direitos, sobretudo do direito à saúde”³²³, fenómeno que se observa da década de 1990 em diante, uma resposta dos demais poderes que, sentindo-se ameaçados no cenário político, buscaram afastar a sociedade civil da jurisdição com a redução dos serviços judiciais, e diminuindo seu âmbito de autonomia e independência.³²⁴ Nesse sentido temos a seguinte desfecho indicado pelo autor:

Como resultado desta forte influência da política no Judiciário, a dimensão garantista de efetivação dos direitos dos atores sociais restou atrofiada em Portugal. Ao se voltar (e ser voltado) para a política, o Judiciário português tomou-se pouco disponível à efetivação de direitos sociais, especialmente o direito universal à saúde.³²⁵

³²⁰ *Ibidem*, p.13.

³²¹ *Ibidem*, pp. 15-16.

³²² SANTOS. *Op. cit.*, p. 16.

³²³ *Op. cit.*, p. 221.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ *Ibidem*, p. 223.

Fatores económicos e socioculturais também corroboram com a baixa expectativa de atores sociais em submeterem demandas ao Judiciário português. Os altos custos da litigação, a envolver pagamento de custos do processo, contratação de advogado, associado à disponibilidade de tempo do Demandante (que tem que deixar o trabalho para tanto), são obstáculos facilmente perceptíveis. Além disso, a morosidade das demandas e, em geral, a complexidade (em termos jurídicos, para o cidadão comum) que envolvem, igualmente contribuem para esse afastamento.³²⁶ Para Asensi:

À hipertrofia da judicialização da política e da politização do Judiciário esteve associada a atrofia da judicialização das relações sociais e dos próprios direitos sociais. Isto permitiu constituir, inclusive, a figura de um ator social pouca possibilidade de exigir judicialmente seus direitos perante o Estado, especialmente os direitos sociais.³²⁷

Há dois pilares relacionados à desjudicialização de conflitos sociais em Portugal: de um lado, a transferência dos serviços públicos variados à iniciativa privada (fortalece a ideia de consumidor desses serviços, e não de cidadãos de direitos); e, de outro, a criação de outros mecanismos para solução de controvérsias jurídicas, como arbitragem e mediação.³²⁸

Como consequência, sucedeu o declínio do protagonismo do Judiciário, “em função da forte influência do governo na definição das políticas judiciárias, de um lado, e ao pluralismo da sociedade-providência portuguesa, de outro”.³²⁹

Da fórmula pela deliberada desjudicialização, do incremento da resolução alternativa de conflitos, e ainda, reformas processuais e estruturais de forte influência governamental, decorre o enfraquecimento institucional do Judiciário e o “empoderamento” da sociedade-providência, fatores que se refletem de forma definitiva nas oportunidades políticas alusivas ao direito à saúde.³³⁰

³²⁶ ASENSI. *Op. cit.*, pp. 224-225.

³²⁷ *Ibidem*, p. 225.

³²⁸ ASENSI. *Ibidem*, p. 227.

³²⁹ ASENSI. *Ibidem*.

³³⁰ ASENSI. *Ibidem*, p. 228.

É sob essa perspectiva que Asensi realiza uma precisa observação:

Com estas reconfigurações, consolidou-se nas práticas sociais e governamentais portuguesas a ideia de que os tribunais não são a única forma de se resolver conflitos, efetivar direitos e de se fazer justiça, especialmente em saúde.³³¹

Demais disso, através de pesquisas empíricas, Silvia Portugal revela que da interlocução das diferentes esferas de atuação social (família, Estado, mercado e instituições) ocorre o modo de aceder a supressão de necessidades sociais, ganhando destaque primordial as redes sociais para tanto, de um lado, mas com fragilização das posições de cidadania da sociedade para com o Estado português.³³²

Chama atenção a observação da pesquisa no sentido que os utentes possuem baixa expectativa na qualidade dos serviços públicos de saúde em Portugal, sobretudo em função da percepção de que, como não é diretamente pago tal qual sucede no mercado privado, trata-se de um favor estatal, de forma que há certa naturalização dessa frágil relação de cidadania entre sociedade e Estado.³³³

Além disso, Silvia Portugal conclui que a escolha pelos serviços públicos ou privados de saúde está a depender das condições relacionais dos utentes, a tanto conseguir fazer valer seus laços sociais, mais fortes ou mais fracos, seja profissional seja pessoal, com os próprios prestadores do SNS. Muitas das vezes é facilitador desse acesso já haver previamente essa relação no mercado privado para poder aceder aos serviços públicos. Conforme a autora, esses laços informais “quebram as barreiras entre os sistemas público o privado”.^{334 335}

É dizer, ao tempo que o perfil de litigância em Portugal, sob a consideração de vários fatores, dentre eles o político, o social e econômico, deslocou-se para universo extrajudicial

³³¹ *Ibidem*, p. 230.

³³² PORTUGAL. *Op. cit.*, p. 6.

³³³ PORTUGAL. *Ibidem*, p. 9.

³³⁴ *Ibidem*, pp. 15-16.

³³⁵ Segundo a autora, “A análise do papel das redes sociais no acesso aos cuidados de saúde revela duas faces da mesma moeda: a força das relações informais e a fragilidade das reações formais entre Estado e cidadãos”. Esse modelo revela potenciais desigualdades de tratamento, porquanto é inclusiva para quem possui condições tais redes relacionais, mas excludente aos que estão fora desses laços. *Ibidem*, p. 21.

(não estatilizado), isto não necessariamente por uma singela deliberação do poder público, mas sobretudo por intermédio de uma sociedade-providência, no Brasil essa litigiosidade perfilha-se fortemente estatilizada e imbricada na institucionalidade, de sorte que, no caso luso, “os conflitos judicializados, sobretudo no âmbito da saúde, são apenas uma parcela ínfima e praticamente inexistente”.^{336 337}

Portanto, é possível inferir que há duas variáveis relevantes e que se inserem como condicionantes ou determinantes dos traços característicos das respectivas estratégias reivindicatórias do direito à saúde em Portugal e no Brasil, e são elas o *Itinerário dos cuidados em saúde* e a *Inserção do Judiciário*.³³⁸

Comparando as duas variáveis, é possível seccioná-las nas dimensões da Política (relações entre os poderes), do Pluralismo (participação social) e da “Governamentabilidade” (interferência das políticas de Governo no Judiciário). Assim é que, acerca dos *Itinerários dos cuidados em saúde*, enquanto no Brasil, respectivamente, há forte interpenetração na construção ativa das políticas de saúde; importante e perene participação social através de instituições formais; e, ainda, decisiva dependência das políticas governamentais, mas com larga participação social em mecanismos institucionais; em Portugal, contudo, e ainda respectivamente, a relação entre os poderes é de baixa interpenetração e com protagonismo do Poder Executivo na conformação das políticas de saúde; há pouco protagonismo social e, quando ocorre, é de modo pontual e por meio não institucionais; e, ainda, sucede forte dependência das políticas governamentais, mas com pouca participação social em mecanismos institucionais.³³⁹

De seu turno, no que diz respeito à *Inserção do Judiciário* na Política, no Pluralismo e na Governamentabilidade, as variáveis se comportam, respectivamente, na seguinte forma: no Brasil, ainda que considerados certos obstáculos de acesso, o Judiciário é agente ativo e

³³⁶ ASENSI. *Op. cit.*, p. 223.

³³⁷ Segundo anota Asensi: “O quadro da resolução de conflitos em Portugal apresenta-se como fortemente heterogêneo. Traduziu-se numa política pública governamental, que se operou pela via política e encontrou na sociedade-providência uma aderência relevante”. *Ibidem*, p. 234.

³³⁸ ASENSI. *Ibidem*, p. 238.

³³⁹ ASENSI. *Ibidem*.

privilegiado na efetivação de direitos; a percepção social é de que no Judiciário reside ambiente privilegiado para solução de conflitos, havendo forte judicialização; e, ainda, é baixa a influência do Governo (Poder Executivo) na construção da Administração judiciária e, ao mesmo tempo, é amplo o controle judicial das políticas de saúde. Já em Portugal, verifica-se um Judiciário, por fatores históricos, não aproximado da sociedade civil, havendo baixa litigação; a estratégia extrajudicial vem se construindo e consolidando como a forma privilegiada de efetivação da saúde; e, por fim, sucede decisiva participação do Governo na gestão administrativa do Judiciário, sendo baixa a intervenção judicial nas políticas de saúde.³⁴⁰

341

Mas é possível registrar alguns pontos de semelhança entre os modelos português e brasileiro, segundo os ambientes de oportunidades políticas. De saída se destaca que em ambos os países o direito à saúde possui topografia constitucional, aspecto de reforço de sua exigibilidade, embora no primeiro caso isso não represente argumento jurídico (mas da política), enquanto que no segundo, as decisões são tomadas essencialmente baseadas na Lei Fundamental, além do que os dois sistemas são relativamente contemporâneos.³⁴²

Ainda sobre os pontos de aproximação, em ambos os casos os sistemas são universais e públicos, o que não implica dizer que no Brasil, por exemplo, mesmo nos serviços e baixa e média complexidade, não haja precarização no atendimento em razão de dificuldades orçamentais; e, demais disso, que em Portugal a dimensão pública se faça traduzir em absoluta gratuidade, ante a existência de taxas moderadoras, afora a incorporação de variados subsistemas, privados e públicos, de saúde.³⁴³

Outro ponto de semelhança dos sistemas de Portugal e Brasil é a regionalização dos serviços de saúde, embora com obediência às peculiaridades. No caso brasileiro, essa

³⁴⁰ ASENSI. *Ibidem*, p. 239.

³⁴¹ Conforme assinala Asensi: “Os elementos da política, do pluralismo e da governamentalidade revelam-se fundamentais justamente para compreender o ‘fundo do direito à saúde’ e as estratégias que se desenvolvem no cotidiano dos atores sociais para a sua efetivação a partir da cultura e oportunidades políticas. A “superfície” das normas e das instituições revela-se apenas como uma faceta que, por trás, traduz-se numa série de saberes e práticas orientadas pela política, pluralismo e governamentalidade”. *Ibidem*.

³⁴² ASENSI. *Ibidem*, p. 343.

³⁴³ ASENSI. *Ibidem*, p. 344.

regionalização se conformou segundo sua condição federativa, de modo que as estratégias perpassam pela concessão de condições estruturais às esferas da União, dos Estados e dos Municípios, enquanto que em terras portuguesas ela se promoveu pela divisão administrativa alocando recursos segundo análises populacionais, dentre outros fatores.³⁴⁴

Acerca das estruturas judiciárias, embora Brasil e Portugal possuam formação hierarquizada e burocratizada (ponto de semelhança), no primeiro caso subsiste o cânone da independência entre os poderes (sobre a perspectiva da autonomia administrativa e financeira), ao tempo que, no segundo, ocorre forte protagonismo do Governo na política de gestão judiciária. São evidências disso o Conselho Nacional de Justiça, do Brasil, que cuida das questões da administração da justiça, mas pertencendo ao próprio Poder Judiciário, e a Direção-Geral de Administração da Justiça, de Portugal, integrante do Poder Executivo.³⁴⁵

Mesmo que no Brasil e em Portugal sejam verificadas dificuldades de acesso à justiça, registra Asensi que:

(...) no Brasil observam-se políticas públicas que buscam reduzir os déficits de uma sociedade civil historicamente marginalizada, tais como a gratuidade de justiça, a Defensoria Pública etc., o que contribui fortemente para a judicialização dos conflitos. Em Portugal, a histórica separação entre Estado e sociedade, associada à própria cultura extrajudicial dos cidadãos, fez com que a judicialização fosse bastante inexpressiva.³⁴⁶

A partir dessas observações, os modelos constitucionais de Portugal e Brasil, associado a fatores históricos, culturais, sociais e econômicos, tende à formulação do forte desestímulo da sociedade à judicialização das demandas de saúde, no primeiro caso, porque, definitivamente, na percepção dos portugueses a saúde não representa tema de mérito da intervenção judicial (é assunto de Governo!), enquanto que a sociedade brasileira sequer intui essa noção de extrajudicialidade, conquanto nos casos de negativa, omissão, falha ou insuficiência da assistência pública de saúde, é fortemente estimulada pelo próprio aparato oficial de Estado

³⁴⁴ ASENSI. *Ibidem*, pp. 344-345.

³⁴⁵ ASENSI. *Ibidem*, p. 345.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 346.

(Defensorias Públicas, Ministério Público, Juizados Especiais, gratuidade dos custos etc.) a procurar naturalmente a via judicial.

4.3. Judicialização e Ativismo Judicial.

A ordem de cumprimento dos direitos prestacionais “se insere na dialética entre um mínimo existencial e a reserva do financeiramente possível, de sorte a desencadear, por conseguinte, naquilo que a Constituição garante como padrão mínimo de dignidade humana”³⁴⁷.

A atividade de jurisdicional nesse campo, portanto, ganha relevo porque virá a arrostar conceitos nem sempre juridicamente pré-definidos e se imiscuir por vezes nos limites das forças financeiras do Estado.

Esse conflito estimula discussões e instaura até mesmo a revisão de conceitos. Afinal, seriam o princípio da separação dos poderes e a força representativa democrática o bastante para localizar as respostas sobre os limites da jurisdição no tema da saúde?

A concretização dos direitos sociais em princípio condiz com aquilo que Legislativo delibera em benefício da sociedade que é, por definição, por ele legitimado, cabendo a execução das respectivas políticas públicas às adequações do Executivo, que igualmente passa pelo escrutínio popular.

A ortodoxia em torno desse mecanismo, aparentemente simples, vem sofrendo adaptações e revisões a depender do estado constitucional em que se observe o fenômeno, constituindo o exemplo do Brasil um dos mais emblemáticos no que respeito à judicialização da saúde, ao passo que em Portugal a questão segue sob o passo do ponto de vista mais tradicional.

O que se tem é quem um poder hegemônico para efetivação dos direitos sociais é oposto à ideia já abordada acerca da vinculação de todos os poderes constituídos sobre

³⁴⁷ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 32.

garantirem efetividade a essa categoria de direitos. A hígida dogmática jurídica em torno da exigibilidade dos direitos sociais é incompatível com soberania de um ou outro poder (ideia de exclusões), mas sim na união de esforços, objetiva ou subjetivamente, para progressivamente promover avanços (ideia de inclusões ou interações)³⁴⁸, principalmente se a condição da realidade é de graves incumprimentos; sobretudo se há nesse intermédio uma Carta Constitucional de perfil dirigente.

Sobre esse tema, MELO NETO pondera que:

Perfilhar, contudo, o caminho da *livre atuação* de todos esses atores, Parlamento, Executivo e Tribunais, por outro lado, instauraria um jogo institucional caótico e que, por certo, mais levaria a falta de efetividade do que a resultados positivos. O salutar retorno a parâmetros mínimos de separação, independência e harmonia entre os poderes parece ser caminho mais seguro, democrático e republicaneamente aceito para conformação de demandas sociais.

Além disso, a simples abstenção (*self-restraint*) do decisor judicial face a toda e qualquer situação que remeta à imposição de um custo financeiro inerente ao cumprimento da decisão, igualmente não nos parece alinhado à Constituição de perfil dirigente, sobretudo nos vazios e nas falhas do legislador, vide as recorrentes falhas ou ineficiências do Executivo. Afinal, o Poder Judicial não pode se furtar à apreciação de lesão ou ameaça de direito, sobretudo nas hipóteses que a demanda remeta à garantia de bens sociais essenciais, como meio de garantia de um mínimo existencial.³⁴⁹

Implica dizer que nem a total hegemonia de um só poder ou mesmo a livre atuação judicial, ou ainda, a singela abstenção deste, não comportam, por serem extremos do problema, solução de fato adequada. O quadro da realidade é pródigo de situações que remetem a temperamentos quanto ao protagonismo das ações dos poderes públicos sobre o incremento de direitos mínimos na área da saúde, entrepondo-se nesse debate o tema da judicialização e do ativismo judicial.

O ativismo judicial “é um fenômeno institucional vivo e que encontra origem comum na intensificação de outro fenômeno: a escalada da judicialização de todos os assuntos da *vida*”³⁵⁰. Esse caráter ativista do Judiciário vem a preponderar coincidentemente em espaços

³⁴⁸ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 32-33.

³⁴⁹ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 33.

³⁵⁰ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 33

de maiores incumprimentos relativos à prestação de saúde, na comparação entre Brasil e Portugal, crescentemente no primeiro, e rigorosamente inexistente no segundo. Assim, essa franca disparidade entre as duas realidades merece uma abordagem crítica.

O ativismo judicial “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, afirma Luis Roberto Barroso³⁵¹. Segundo o autor, ele se manifesta sobretudo nas situações de retração do parlamento, a partir do divórcio entre a classe política e a sociedade civil, o que se reflete no não atendimento a contento de certas demandas sociais³⁵².

O termo ativismo judicial vem de 1947, cunhado por Arthur Schlesinger, em artigo sobre a Suprema Corte Americana, quando à altura buscava classificar a conduta de juízes, pondo de um lado os de perfil ativista, e, de outro, os de perfil autocontido e, ainda, os moderados, definindo quanto aos primeiros como os que se haviam no “dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou económicos”.³⁵³

A sociedade americana passava por uma silenciosa transformação, em boa medida à razão de jurisprudência de vanguarda sobre direitos fundamentais, logo, sem interferências do Legislativo, ao que sobreveio esperada reação conservadora em sentido contrário, incorporando a expressão *ativismo judicial* um sentido pejorativo³⁵⁴.

Já judicialização deriva de múltiplos fatores e se espraia em várias nações, o que não exclui nem mesmo as que se orientam sob o modelo inglês - democracia à Westminster – organizado sob a soberania do poder Legislativo e controlo de constitucionalidade inexistente. O fenómeno “ilustra a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo,

³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto – **CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ [Em linha]. nº 21. vol. 2 (jan./jun.-2012), p. 11.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ RAMOS, António José – **ATIVISMO JUDICIAL**. Revista Verbo Jurídico [Em linha]. Lisboa: Verbo Jurídico Portal de Direito, 2012. p. 11-12.

³⁵⁴ RAMOS. *Ibidem*.

documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito”, afirma Barroso.^{355 356}

António José da Ascensão Ramos, acerca da realidade portuguesa, sustenta que ainda que não se possa afirmar que o Tribunal Constitucional tenha adotado uma postura genuinamente ativista, foi decisivo sobre opções políticas fundamentais:

(...) áreas como a regulação do mercado de trabalho, o financiamento do ensino superior, a abertura de setores económicos à iniciativa privada, a descentralização administrativa, as autonomias regionais, o funcionamento e organização do poder judicial e a despenalização do aborto, apenas para dar alguns exemplos.³⁵⁷

Já no caso brasileiro advém o ativismo da interseção de dois elementos: o método de controlo difuso de constitucionalidade (a qualquer juiz e de qualquer instância atribui-se solucionar uma demanda por via da incidental declaração de inconstitucionalidade de dada norma jurídica), segundo o modelo americano; e o método de controlo abstrato, com vários legitimados e de amplas matérias, de competência do Supremo Tribunal Federal (sistema europeu)³⁵⁸.

A isso se soma a deterioração da imagem da classe política, decorrente dos sucessivos escândalos de corrupção sistêmica.³⁵⁹ Mais esse fator conjugado com uma Constituição prolixa e que tem a pretensão de disciplinar todos os seguimentos da vida social e do Estado, faz

³⁵⁵ BARROSO, 2012. *Op. cit.*, p. 6.

³⁵⁶ “Já o ativismo judicial encontra suas raízes em fatores como: a) *fragmentação institucional do poder político*, reflexo de certos arranjos para o parlamento e para a Administração a ponto de limitar suas capacidades para legislar e serem o centro decisor político, o que dá margem ao avanço do Poder Judicial; b) a *forma presidencialista de governo*, eis que a autonomia do chefe do executivo relativamente ao parlamento promove ainda mais fragmentação entre eles, ampliando os espaços de atuação judicial; c) a *forma federalista de Estado*, pois a autonomia legislativa dos entes federados, ao mesmo tempo que promove fragmentação no legislativo, suscita frequentemente a necessidade de arbitramento judicial; e d) *boa reputação do Poder Judicial*, que goza de prestígio perante a sociedade como efetivo promotor dos direitos fundamentais, em detrimento de um poder legislativo apenas interessado em projetos escusos e muitas vezes corruptos, a encorajar ainda mais a atuação do julgador”. OLIVEIRA, Claudio Ladeira de, 2015. *Op. cit.*, p. 203-205 *apud* MELO NETO, *op. cit.*, p. 35.

³⁵⁷ RAMOS. *Op. cit.*, p. 9.

³⁵⁸ BARROSO, 2012). *Op. cit.*, p. 8.

³⁵⁹ Cláudio Ladeira de Oliveira observa que a referência à corrupção nas instituições políticas é recorrente na imprensa e nos diálogos da sociedade, de tal maneira que “*parece pertencer à fauna e flora nacional, o que acaba por estimular um sentimento de rejeição da política que tende a abranger de modo difuso os partidos políticos as instâncias parlamentares e o poder executivo*”. *Op. cit.*, p. 193.

desaguar num ambiente institucional altamente estimulante a franca produção judicial ativista.³⁶⁰

A jurisdição no Brasil vem de crescente de popularidade, quem sabe sob o desejo de assumir o “papel de superego da sociedade”, donde até demandas morais e políticas não se furtam ao crivo judicial. Mas isto tem consequências óbvias, pois inchaço da atividade judicial, com supressão parcial das funções legislativa e executiva, vem provocando forte desequilíbrio da separação dos poderes.³⁶¹

Citem-se três decisões do Supremo Tribunal Federal de grande repercussão no Brasil: a) Habeas Corpus 124.306/RJ (aborto até o 3º mês de gravidez); b) Habeas Corpus 126.292/SP, (prisão após a condenação em segunda instância); e c) Recurso Extraordinário 693.456, (autorização ao Poder Público para descontos dos dias parados, em virtude de greve)³⁶².

Mas esse ativismo judicial à brasileira, que dimana da desmedida judicialização de todos os campos da vida (de cidadãos ao Estado), no limite poderá desencadear o comprometimento de liberdades democráticas tão caras ao constitucionalismo contemporâneo³⁶³.

Claudio Ladeira de Oliveira adverte que essa perspectiva é ruim, na medida em que tem o potencial de:

(...) gerar o efeito indesejado de esvaziar progressivamente a autoridade das instituições políticas sobre as quais os cidadãos podem aspirar efetivos controle e participação, em benefício da autoridade de instituições judiciais sobre as quais, ao contrário, os cidadãos possuem reduzida (se alguma) influência³⁶⁴.

³⁶⁰ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 36.

³⁶¹ AQUINO, Bruna Pereira; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê – **OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO FERRAMENTA DE GARANTIA DO EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES ESTATAIS: O RISCO DE UMA POSTURA ATIVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Ed. RT. p. 37.

³⁶² AQUINO; e FREIRE. *Ibidem*, p. 39.

³⁶³ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 36-37.

³⁶⁴ *Op. cit.*, p. 210.

Portanto, a tendencial judicialização e o conseqüente ativismo não se faz acompanhar necessariamente no atendimento às expectativas de resolução, muito pelo contrário, a partir do momento de frustração dessas infundadas expectativas, o poder descortina suas fragilidades, algo nada salutar ao sistema de divisão de poderes. Segundo Boaventura de Souza Santos, “quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passa a problema”.³⁶⁵

O ativismo, pois, pode ser o tiro saindo pela culatra. Para Lenio Streck, “o aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem (sic) prejudicados”, vale dizer, “iudicialis activismum constitutione lupus est”, *numa interpretação livre*, o ativismo judicial pode ser o lobo da Constituição³⁶⁶.

Sem freios, o ativismo judicial pode até mesmo desconstruir algo que objetivada resguardar. Note-se que parte das liberdades se esvaziam em nome da judicialização de todos os seguimentos da vida privada. Afinal, inexistente aspecto da liberdade que não deva ser subjugado ocasionalmente a um julgador voluntarioso, este o outro lado da moeda que nem todos notam ao estimular esse tipo de conduta judiciária.³⁶⁷

O ativismo sem limites se revela, portanto, como algo contraposto ao Estado Democrático de Direito, eis que põe “em risco iminente a harmonia e a separação entre os Poderes, sendo que, o Poder Judicial passa a assumir um papel de superioridade em detrimento do Executivo e/ou Legislativo”³⁶⁸.

O regime democrático é via de mão dupla e cobra seu preço. Para Lênio Streck o regime “tem seus bônus e seus ônus. Em ambos existe um elemento de princípio que jamais

³⁶⁵ SANTOS. *Op. cit.*, p. 18.

³⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz – **O Supremo não é o guardião da moral da nação**. Consultor Jurídico [Em linha]. São Paulo: Colunistas, 2013. p. 6.

³⁶⁷ ABOUD, Georges – **JURISTOCRACIA DELEGATIVA: OS RISCOS DA DEGENERAÇÃO DEMOCRÁTICA TRAZIDOS PELO ATIVISMO JUDICIAL**. In **JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – EM HOMENAGEM A LENIO STRECK**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017. p. 221.

³⁶⁸ AQUINO; e FREIRE. *Op. cit.*, p. 43.

pode ser violado: o respeito às regras preestabelecidas”³⁶⁹. E remata o autor, afirmando que “o ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático”.^{370 371}

Esse tipo de conduta, contudo, já dá mostras de um processo de degeneração, não há dúvida, mesmo porque “a conquista de direitos sociais não deve ser resultado desse atalhamento de caminhos que o ativismo judicial é capaz promover, mas sim, e precipuamente, de amplos e profundos debates no seio da própria sociedade”³⁷², que deve ser capaz - ela sim e por si - de exercer seu papel ativo nas soluções capazes de responder a seus anseios, disso resultando nas medidas legislativas que cada programa social requer, principalmente considerando a realidade de países em que há aguda escassez de recursos para fazer face às crescentes demandas de camadas sociais progressivamente mais excluídas.³⁷³

Há certa tendência no sentido de uma releitura acerca do conceito da divisão de poderes, numa nova abordagem que leva mais em consideração o real (realidade fática da sociedade) do que seja o ideal (desejo permanente do Direito)³⁷⁴. Sobre o tema, António José da Ascensão Ramos pontua que:

(...) o poder dos não eleitos e a sua influência na esfera de atuação do poder dos eleitos (aquele que deriva da legitimidade democrática através das eleições) trazem uma nova perspectiva e desafio ao direito, questionando-se desde logo se aqueles poderes não põem em causa o Estado de Direito e se não se estará a evoluir (ou, melhor, a retroceder) para uma nova separação dos poderes.³⁷⁵

³⁶⁹ STRECK, 2013. *Op. cit.*, p. 5.

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ “O prolongamento desse processo ativista do poder judicial tem o potencial de levar, no limite, à completa degeneração desse arranjo institucional a que chamamos tripartição de poderes. Nota-se na hipótese estudada (ativismo à brasileira), a situação de os próprios parlamentares chegarem até mesmo a abdicar de ingressar em assuntos mais polêmicos, a fim de evitarem a exposição negativa em certos temas impopulares, para transferir a responsabilidade à via judicial, tida como neutra e imune às críticas da comunidade”. MELO NETO. *Op. cit.*, p. 38.

³⁷² MELO NETO. *Op. cit.*, p. 38.

³⁷³ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 38.

³⁷⁴ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 38.

³⁷⁵ RAMOS. *Op. cit.*, p. 17.

Ramos, ainda, aponta que não tardará chegar o momento em que poderão os tribunais se sintam autorizados a intervir em políticas públicas que sejam contrárias a uma espécie de “contrato social” firmado sob promessas eleitorais, de modo a afastar medidas de exceção ou de austeridade³⁷⁶, de maneira que mais do que um ativismo judicial deveremos falar na judicialização da política, e sem receio”³⁷⁷.

É de Georges Abboud o contraponto. Para ele as decisões ativistas possuem duas dimensões, a micro e a macro. Na micro “o julgador adquire uma faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o escolhido (vanguarda iluminista) para guiar a sociedade na direção do caminho correto”; e, na macro, “ou estrutural do ativismo, o que ocorre é a caracterização do fenômeno da juristocracia ou da própria Supremacia Judicial”³⁷⁸.

Abboud também faz crítica à Juristocracia Delegativa³⁷⁹, e faz ver que não é o fato da sociedade não atingir todas as conquistas prestacionais desejadas que autoriza a exigência o correspondente diretamente do Poder Judicial, ao que nomina de certa infantilização da figura do julgador, porquanto “a atividade legislativa é apresentada, costumeiramente, como negociata, troca de favores, a atividade judicial é apresentada como função de credibilidade, técnica realizada de forma asséptica sem nenhuma influência política ou coisa do gênero”³⁸⁰.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, menciona o fato de que ideologias pessoais movem o juiz constitucional, bem assim a opinião pública e a vontade de manter e expandir os próprios poderes:

(...) as soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente (...), a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham, tenha ele consciência ou não, papel decisivo nas conclusões a que chega³⁸¹.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 19.

³⁷⁸ *Op. cit.*, p. 214.

³⁷⁹ Esse conceito advém da ideia paralela de Democracia Delegativa, em que a dimensão democrática fica adstrita ao período das eleições, mas as Instituições ainda não incorporaram efetivamente os valores democráticos, numa democracia institucionalizada, como seria o ideal, algo muito típico de nações recentemente redemocratizadas.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 225.

³⁸¹ BARROSO, 2012. *Op. cit.*, p. 44.

Mas segundo o marco teórico deste relatório, baseado no ponto nas ideias de Lênio Streck, a hermenêutica e respectiva teoria da decisão que acreditamos não se confunde com teoria da argumentação jurídica, pois a hermenêutica que se acredita trabalha a teoria de justificação, que não é relativista, portanto. Assim, a partir dela não se pode “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”³⁸². Ainda assim, conforme adverte o autor:

Importa referir, ademais, que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessária uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas não cumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social.³⁸³

Em suma, temos que a estrutura ou natureza do direito social à saúde remete a um modelo de autocontenção judicial, oposta ao ativismo.

Nas hipóteses em que se está a exigir uma nova política pública, sua edição e execução, por princípio constitucional, deve ser cobrada do Parlamento e do Executivo, e não diretamente do Judiciário.³⁸⁴

Relevante registrar que não se compreende como conduta ativista a resposta à ação judicial que se restringe a exigir o mero cumprimento de políticas de saúde já existentes, a exemplo das demandas por medicamentos faltantes nas prateleiras, mas integrantes das listas oficiais do Governo; ainda, por procedimentos cirúrgicos inviabilizados em razão da falta de médicos ou materiais, porém já constantes dos protocolos ordinários de atendimento, apenas

³⁸² STRECK, 2011. *Op. cit.*, p. 192.

³⁸³ *Ibidem*, p. 46.

³⁸⁴ “O progressivo avanço judicial sobre assuntos da ordem deliberativa do parlamento e do Executivo tem realmente o potencial de instaurar uma verdadeira juristocracia, marcado pela invasão de competências constitucionais jamais permitida pelo ordenamento constitucional. A legitimidade democrática de uma conduta judicialmente ativista depende essencialmente da aceitação social da solução adotada, aspecto que entrelaça o fenômeno com o perigoso populismo judicial”. MELO NETO. *Op. cit.*, p. 40.

para citar exemplos mais singelos. Por ativismo judicial considera-se a interferência em temas prioritariamente solúveis pelo Governo através das respectivas políticas públicas.³⁸⁵

Assim, nossa percepção é que a conquista de avanços sociais deva derivar inexoravelmente da Constituição e dos correlatos avanços normativos democraticamente construídos no âmbito do Legislativo (novos direitos), sob execução do Executivo (definição da projeção e concretização das respectivas políticas públicas). Nesse sentido:

Embora, de fato, nem sempre seja possível extrair uma clara distinção entre a Política e o Direito, principalmente quando o palco de discussão é a interpretação direta de normas constitucionais no plano abstrato, compreende-se que no plano dos direitos fundamentais sociais há evidências de que, objetivamente, ao Parlamento e ao Executivo incumbem primacialmente o exercício deliberativo de uma justiça distributiva dos recursos financeiros imprescindíveis ao incremento de conquistas sociais.³⁸⁶

Em que pese nos filieemos à preponderância do protagonismo do Legislativo e do Executivo sobre a tutela dos serviços públicos de saúde, forçoso admitir que a facticidade nos impõe hipóteses reais que exigem a intercedência judicial a fim de restaurar o mínimo existencial e a dignidade humana. Não por acaso Luís Roberto Barroso anota que:

(...) nem por isso, recairá na discricionariedade e na subjetividade, presentes nas decisões políticas. Entre os dois extremos, existe um espaço em que a vontade é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e de legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade.³⁸⁷

Assim é que sobre o direito social à saúde deve prevalecer ao julgador o senso de autocontenção³⁸⁸, a partir da percepção de que a dogmática jurídica dos direitos sociais é distinta daquela revelada quanto aos direitos fundamentais de primeira geração. Também

³⁸⁵ Veja-se o exemplo da apressada judicialização quanto aos protocolos alusivos à Monkeypox (ADPF nº 1001/Supremo Tribunal Federal). A nota triste é que nem sempre a finalidade dos requerentes reveste-se da genuína intenção de concretizar uma política pública séria, mas apenas constranger as oposições políticas; e ainda mais desolador é constatar que, no limite, o Executivo, diante da naturalização do cenário de protagonismo judicial, por vezes espera por essa judicialização exatamente para fazer até menos do que poderia fazer voluntariamente, considerados os limites do pedido.

³⁸⁶ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 41.

³⁸⁷ BARROSO, 2012. *Op. cit.*, p. 4.

³⁸⁸ “Uma desastrada inserção judicial nas combalidas finanças estatais, impelido a custear tratamento milionário experimental de apenas um paciente (logo, fora dos protocolos ordinários, leia-se, orçados e previstos), por exemplo, pode provocar a escassez de recursos para centenas de outros enfermos tão ou mais titulares do direito à saúde”. MELO NETO. *Op. cit.*, p. 40.

denominado de autorestrição ou moderação judicial, privilegia-se a posição do Parlamento e do Executivo acerca de assuntos moral ou politicamente controvertidos.^{389 390}

Ainda que não se possa refutar certa ascensão institucional do Poder Judicial no constitucionalismo contemporâneo, principalmente no Brasil, não se deve ao mesmo tempo admitir a recusa aos atores centrais, Legislativo e Executivo, da projeção da engenharia financeira implicada no tema da concretização das políticas públicas próprias dos direitos a prestações sociais. Ingo Sarlet sobre isso salienta que “os direitos sociais prestacionais (...) tendem a ser positivados de forma vaga e a aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora”.³⁹¹

A intermediação judicial deve se limitar, assim, aos espaços vazios ou mal ocupados, quanto a decretação de condições e garantias mínimas sociais segundo um juízo de ponderação, proporcionalidade (*adequação, necessidade e justa medida*) e razoabilidade, e “reconhecer este fato não envolve qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro”.³⁹²

À consideração de que os direitos sociais são pretensões “tanto quanto possível, são direitos ou deveres à medida do financeiramente possível, de realização progressiva, tendo em conta o que é razoável exigir do Estado”³⁹³, e de que nesta tarefa o Estado simplesmente falha ou se omite, entreveem-se espaços à consolidação prática da Constituição como termo de referência - dirigismo - de garantias existenciais essenciais à vida, sem que isso necessariamente se confunda com ativismo judicial.³⁹⁴

³⁸⁹ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. *Op. cit.*, p.192.

³⁹⁰ “É inegável o componente da má gestão que amiúde implica no sentimento geral de que *há o recurso financeiro e o que não há é sua boa aplicação*. No entanto, também esse fator remete à preponderância da solução administrativa, um controle melhor exercido inclusive pelo parlamento para correta fiscalização dos mesmos recursos, e não a subversão institucional que a sucessiva invasão judicial nos assuntos da gestão e do parlamento tem o potencial de desencadear”. MELO NETO. *Op. cit.*, p. 42.

³⁹¹ SALET, 2005. *Op. cit.*, p. 290.

³⁹² BARROSO, 2012. *Op. cit.*, pp. 44-45.

³⁹³ NOVAIS, 2017. *Op. cit.*, p. 110.

³⁹⁴ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 43.

Sem jamais desconsiderar os limites objetivos a que impõe o Direito, sobretudo em nível de normatividade constitucional (Brasil) e ordinária (Portugal), portanto, à atividade jurisdicional comporta, também nos limites do caso concreto, subsidiar e garantir a prestação de mínimos³⁹⁵, um piso dignificante da existência humana. Isto é, conforme outrora pudemos concluir:

A forja desse espaço de atuação judicial, não-ativista e autocontida ou minimalista, encontra respaldo constitucional na efetividade e autoaplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, numa doutrina que respeita a democrática atuação objetivamente prioritária do Parlamento e do Executivo nesta seara, mas que também subjetivamente é garante de bens mínimos - núcleo essencial do direito - para restauro da dignidade da pessoa humana, num jogo institucional que vise também preservar a separação, independência e harmonia entre os poderes.³⁹⁶

Em conclusão, os siameses judicialização excessiva e ativismo judicial assentam suas raízes sob condições de temperatura e pressão que permitem abrir abissal distinção entre os perfis de Portugal e Brasil no que se refere à tutela jurisdicional do direito à saúde, o que se reflete, também, na respectiva jurisprudência desses países. Vejamos.

4.4. Jurisprudência sobre o direito à saúde em Portugal e no Brasil.

Neste tópico são identificadas e descritas algumas decisões relevantes sobre o direito à saúde nos órgãos máximos das estruturas do Poder Judiciário de cada país, a fim de tentar extrair certos perfis distintivos ou de aproximação na jurisdição constitucional.

Compete ao Tribunal Constitucional de Portugal, como órgão de cúpula judiciário incumbido de assegurar o controlo de constitucionalidade dos poderes soberanos do Estado, a tarefa de prestar a jurisdição e nessa extensão delimitar o que é e o deva se conceber pelo Serviço Nacional de Saúde, sendo certo que a própria existência do SNS já fora posta à

³⁹⁵ “(...) seria utópico imaginar que os poderes Legislativo e Executivo conseguiriam se desincumbir da função normativa e executiva a ponto de subtrair por completo qualquer margem de concretização dos direitos prestacionais por parte do Poder Judicial, e considerando que à jurisdição também não se recomenda ir além dos estritos termos do que, no máximo, a própria Constituição permite interpretar (aferição do mínimo existencial através dos juízos de proporcionalidade e razoabilidade), apenas as balizas de cada concreto, de cada demanda que envolva o beneficiário em face do Estado, ou daquele em face de outro particular (conflito horizontal), será construído um meio termo entre a atuação soberana do Parlamento e do Executivo, e a atuação soberana dos Tribunais”. MELO NETO. *Op. cit.*, pp. 43-44.

³⁹⁶ MELO NETO. *Op. cit.*, p. 44.

avaliação do tribunal, bem assim suas características de generalidade e universalidade, mas o tema da “tendencial gratuidade” é o que tem se manifestado maior interesse.³⁹⁷

Alexandre Morais Nunes esclarece que “este tribunal, por norma, tem sido ouvido para verificar a conformidade e compatibilidade constitucional de algumas opções políticas legisladas”.³⁹⁸ É dele, portanto, a salvaguarda das políticas de saúde, a fim de assegurar a sobrevivência institucional do SNS, ainda que de forma contraposta às vontades e opiniões políticas de ocasião.³⁹⁹

Jorge Reis Novais resgata o desafio que foi lançado ao Tribunal Constitucional ainda nos idos de 1984. Ali sucedeu atuação decisiva, conquanto se debruçara sobre o controlo de normas que tinham por escopo revogar disposições substanciais do SNS, redundando no Acórdão nº 39/84, através do qual se concluiu que carece ao legislador ordinário atribuição para revogar ou retroceder no tema, donde foi reforçada a ideia de proibição de retrocesso. Segue trecho emblemático desse debate:

Assim, J. J. Gomes Canotilho, na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (Coimbra, 1983), após distinguir também vários níveis de relevância jurídica dos direitos sociais («dimensão subjectiva», «dimensão programática» e «dimensão igualitária»), e depois de afirmar que essa «dimensão subjectiva» resulta, além do mais, da «radicação subjectiva de direitos através da criação por lei, actos administrativos, etc., de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos», conclui pela irreversibilidade dessa concretização (aliás num enquadramento teórico mais vasto):

É neste segundo sentido que se fala de direitos derivados a prestações (assistência social, subsídio de desemprego, etc.) que significam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social (Ob. cit., p. 374; sublinhado no original)⁴⁰⁰.

O órgão judicial levou a efeito relevantes apontamentos de diferenciação entre normas de programa e normas de direitos sociais.⁴⁰¹ Aponta Reis Novais que:

³⁹⁷ NOVAIS, 2010. *Op. cit.*, p. 87.

³⁹⁸ NUNES. *Op. cit.*, pp. 18-19.

³⁹⁹ NUNES. *Op. cit.*, p. 24.

⁴⁰⁰ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 39/1984, Processo nº 6/1986. Lisboa, 11 de Abril de 1984. — Vital Moreira — José Magalhães Godinho — Jorge Campinos — Luís Nunes de Almeida — Raul Mateus — Mário de Brito — Antero Alves Monteiro Diniz — José Martins da Fonseca — Joaquim Costa Aroso (com a declaração de voto anexa) — José Manuel Cardoso da Costa (vencido) — Messias Bento (vencido) — Armando Manuel Marques Guedes. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>

⁴⁰¹ NOVAIS, 2010. *Op. cit.*, p. 87.

Como estas características de universalidade e generalidade se mantêm inalteradas na norma constitucional desde 1976, não é possível, sem prévia e, ainda assim, muito discutível, revisão constitucional, condicionar ou excluir o acesso ao SNS de categorias particulares de cidadãos ou dele afastar prestações ou cuidados médicos necessários à protecção da saúde.⁴⁰²

Assim, Novais salienta que não seria admissível a retirada compulsória de beneficiários do SNS, senão após revisão constitucional, ainda assim apenas na hipótese de se garantir, em contrapartida, o acesso a uma rede de protecção e promoção à saúde igual ou superior ao anteriormente prestado pelo próprio sistema. Já a saída voluntária também seria possível, de modo expresso ou tácito, para adesão a um outro subsistema de saúde, inclusive privado, mas não se pode proibir a reversão ao SNS.⁴⁰³

A versão original da Constituição de Portugal de 1976 era mais clara e impositiva no que respeito à gratuidade. Ainda assim, antes mesmo dela o acesso aos serviços do SNS já era taxado, e passou a ser regulamentado pelo art. 7º da Lei do SNS (Lei nº 56/79, de 15 de Setembro): manteve-se a gratuidade, mas sem excluir o recolhimento de taxas moderadoras a fim de racionalizar o sistema.

Eis que emerge, então, o primeiro questionamento constitucional que entevem da gratuidade e a cobrança das próprias taxas moderadoras. A resposta veio em 1982, no Parecer nº 35/82, da Comissão Constitucional que, no registro de Novais:

(...) viria a justificar a admissibilidade das taxas moderadoras recorrendo à teoria da relevância jurídica especial das normas de direitos sociais, segundo a qual estas são de realização progressiva, gradual, diferida no tempo, em função das disponibilidades financeiras e materiais do Estado... de acordo com este entendimento, o pagamento de taxas moderadoras não contrariaria a regra constitucional, já que a gratuidade constitucionalmente imposta seria uma gratuidade essencialmente programática e progressiva.⁴⁰⁴

Em aludido parecer, debruçando-se sobre as disposições do art. 64º da CRP, não se fazia distinção entre as normas de programa e as normas de direitos sociais, de modo a trata-los

⁴⁰² NOVAIS, 2010. *Op. cit.*, p. 87.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 88.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 90.

dentro da mesma categoria de normas programáticas, não obstante essa qualidade não se aplique ao dispositivo.⁴⁰⁵

Novais ressalta que a insuficiência do argumento da progressividade e da programaticidade da gratuidade já teria ficado implícita no julgamento gerador do Acórdão nº 39/94, pois:

(...) fundamentou o seu juízo de inconstitucionalidade, precisamente, no carácter de comando constitucional impositivo, preciso, de realização imediata, e não meramente programático, da norma contida no art. 64º da Constituição, que obrigava o Estado a instituir um SNS universal, geral e gratuito.⁴⁰⁶

Já no acórdão 330/89 o Tribunal Constitucional - órgão criado apenas com a revisão de 1982 - finalmente aborda o tema da constitucionalidade ou não da taxa moderadora à luz da regra da gratuidade, mas conclui pela legitimidade da cobrança aos utentes do SNS, de modo que para Tribunal “o conceito constitucional de gratuidade é um conceito ‘normativo’ que perde a determinação absoluta que aparentemente resultaria do seu sentido etimológico”⁴⁰⁷.

Nesse sentido, Novais esclarece que, “através da consagração constitucional, o conceito adquiriria, no entender do Tribunal Constitucional, ‘um certo halo de indeterminação’ que deveria ser posteriormente esclarecido pelo legislador”.⁴⁰⁸

No entanto, com a revisão constitucional de 1989, há substancial alteração do art. 64º, nº 2, alínea a). Da antiga redação que se impunha “através de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito”, a norma passou a determinar “através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ NOVAIS, 2010. *Op. cit.*, p. 91.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ NOVAIS, 2010. *Ibidem*, p. 92.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ NOVAIS, 2010. *Ibidem*, p. 94.

Mesmo assim o Tribunal Constitucional, provocado sobre o tema no Acórdão nº 731/95⁴¹⁰, mantém sua jurisprudência inalterada acerca da liberdade de conformação do legislador ordinário, contrariando uma justa expectativa de que essa liberdade poderia ser alargada diante do novo regime. Na precisa observação de Novais:

O Tribunal Constitucional, neste Acórdão 731/95, não dá esse passo. De alguma forma revelando um mal estar relativamente à jurisprudência constitucional anterior à revisão constitucional - considerando implicitamente, porventura, que ela se antecipara à própria revisão -, o Tribunal Constitucional mantém, afinal, inalterada a anterior jurisprudência, como se a revisão constitucional de 1989 não introduzisse qualquer alteração de fundo.⁴¹¹

Acerca do tema da garantia do mínimo existencial, a jurisprudência do Tribunal Constitucional bem captou dois seguimentos doutrinários portugueses, no acórdão nº 313/2021, através do qual foi julgado improcedente recurso alusivo ao requerimento do rendimento social de inserção (RSI):

Na doutrina portuguesa são essencialmente duas as posições que procuram determinar o alcance do direito ao mínimo para uma existência condigna com apelo à dignidade da pessoa humana: uma, identifica o direito com a garantia de conteúdo mínimo dos direitos sociais (Vieira de Andrade); a outra, delimita o conteúdo mínimo a partir do princípio da proibição do défice de proteção da dimensão positiva dos direitos sociais (Reis Novais). Cada uma destas posições reflete diferentes teorias sobre a relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais, de que resultam diferentes propostas de delimitação do conteúdo normativo que o Estado está constitucionalmente obrigado a assegurar aos cidadãos. Todavia, mesmo quando o conteúdo do direito é determinado pelas exigências do princípio da proibição do défice, que vincula o legislador à realização de um mínimo social, é ainda ideia de dignidade da pessoa humana que permite delimitar, com alcance absoluto, o mínimo de realização obrigatória.⁴¹²

Neste mesmo acórdão, ratifica o Tribunal Constitucional a liberdade de conformação designada ao legislador ordinário⁴¹³, e não necessariamente à Constituição, quanto ao implemento das medidas positivas alusivas à realização dos direitos sociais:

⁴¹⁰ O caso se referia ao enfrentamento sobre a nova Lei de Bases da Saúde, Lei nº 48/90, de 24 de agosto.

⁴¹¹ NOVAIS, 2010. *Ibidem*, p. 94.

⁴¹² Acórdão nº 313/2019, na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional. Lisboa, 13 de maio de 2021 – Lino Rodrigues Ribeiro – Maria José Rangel de Mesquita – Joana Fernandes Costa (vencida, nos termos da declaração anexa) – Gonçalo de Almeida Ribeiro (vencido) – João Pedro Caupers. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210313.html>

⁴¹³ No acórdão 509/2002, essa mesma posição acerca da liberdade de conformação do legislador foi deliberada em sentido de significado para os princípios democrático, do pluralismo e dignidade de pessoa humana, porque o legislador: “goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir “quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio”, sem prejuízo de dever assegurar sempre o “mínimo indispensável”. Essa é uma

Como se vê, o mínimo para uma existência condigna não é suficientemente determinado no plano constitucional, e por isso, a sua realização jurídica, através de deveres de prestação estaduais e dos correlativos direitos ou pretensões, pressupõe um espaço de conformação legislativa. Como já referido, mesmo para quem o aproxima dos direitos de liberdade, entendido como direito análogo, não deixa de reconhecer que é ao legislador ordinário que, para concretizar o direito, cabe «fazer as opções técnicas e políticas, que devem ser avaliadas em função de um princípio de realidade ou de substancialidade» (Vieira de Andrade, ob. cit. p. 27).⁴¹⁴

O Tribunal Constitucional de Portugal igualmente se debruçou a compreender as vertentes positiva e negativa do direito fundamental à saúde, franqueando a existência dessas duas dimensões, a primeira inserida na projeção de prestações concretas para, por exemplo, prevenir e tratar doenças; e, a segunda, já se aproximando dos direitos clássicos (direitos de defesa):

Não obstante a inserção do direito à proteção da saúde no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais, tem-se realçado o seu desdobramento numa vertente positiva – direito a prestações do Estado – e numa vertente negativa – direito subjetivo a que o Estado e terceiros se abstenham de prejudicar o bem jurídico “saúde”. Neste sentido, em anotação ao artigo 64.º da Constituição, referem Gomes Canotilho e Vital Moreira que: ‘Tal como muitos outros «direitos económicos, sociais e culturais», também o direito à proteção da saúde comporta duas vertentes: uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas. No primeiro caso, está-se no domínio dos direitos de defesa tradicionais, compartilhando das correspondentes características e regime jurídico; no segundo caso, trata-se de um direito social propriamente dito, revestindo a correspondente configuração constitucional.’ (in Constituição da República Portuguesa Anotada”, 4ª ed., Volume I, Coimbra, 2007, pág. 825).

A vertente negativa do direito à proteção da saúde interliga-se assim com outros princípios e direitos fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à integridade pessoal (neste sentido, Rui Medeiros, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, pág. 653).⁴¹⁵

decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que [deem] significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1.º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições. Significa isto que, nesta perspetiva, o legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>

⁴¹⁴ Acórdão nº 313/2019, na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional. Lisboa, 13 de maio de 2021 – Lino Rodrigues Ribeiro – Maria José Rangel de Mesquita – Joana Fernandes Costa (vencida, nos termos da declaração anexa) – Gonçalo de Almeida Ribeiro (vencido) – João Pedro Caupers. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210313.html>

⁴¹⁵ Acórdão nº 47/2019, na 3ª Secção do Tribunal Constitucional. Lisboa, 23 de janeiro de 2019 - Lino Rodrigues Ribeiro (com declaração) - Gonçalo Almeida Ribeiro - Maria José Rangel de Mesquita - Joana Fernandes

De seu turno, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro vem a ser naturalmente mais abrangente em razão da latente judicialização das demandas de saúde.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, o Tribunal fez abordagem que se sagrou emblemática no Judiciário nacional, por seu relator, Min. Celso de Mello, acerca do mínimo existencial em contraste com a reserva do possível, ressaltando a necessidade da demonstração do binômio da razoabilidade da pretensão e da disponibilidade financeira, numa demanda que questionava o veto presidencial a trecho da lei de diretrizes orçamentárias contendo ações e serviços básicos na área de saúde:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.⁴¹⁶

Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 424, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, fez ver, acerca da configuração inicial do direito subjetivo à tutela judicial de saúde, a importante questão da própria existência da política pública:

Costa (com declaração) - João Pedro Caupers. Disponível em: [https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190047.html%20\(Ac%C3%B3rd%C3%A3o%2047/2019\)](https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190047.html%20(Ac%C3%B3rd%C3%A3o%2047/2019)):

⁴¹⁶ Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ 04/05/2004. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro_facet=CELSO%20DE%20MELLO&page=1&pageSize=10&queryString=45&sort=_score&sortBy=desc

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.⁴¹⁷

Essa percepção do Ministro, que bem reflete no geral a visão do Tribunal sobre o tema, é concluída com as notas seguintes, no sentido de que os recursos financeiros são escassos e não há disponibilidade para toda e qualquer demanda de saúde:

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.⁴¹⁸

Afora essas manifestações espaciais sem efeito vinculante e “*erga omnes*”, no STF há atualmente três temas com repercussão geral reconhecida, de modo a orientar todos os demais órgãos judiciários do Brasil. O primeiro deles é o tema nº 6, alusivo ao Recurso Extraordinário nº 566.471, em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado (*latu sensu*) fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo, caso que ainda está sem uma tese definida.⁴¹⁹

⁴¹⁷ STF, Gilmar Mendes, Suspensão de Tutela Antecipada nº 434, DJ de 23/04/2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3864334>

⁴¹⁸ STF, Gilmar Mendes, Suspensão de Tutela Antecipada nº 434, DJ de 23/04/2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3864334>

⁴¹⁹ Nesse caso, em que pese várias propostas de teses para encerramento do debate sobre o dever do fornecimento de medicamento, ainda se encontra em suspensão em virtude do pedido de vistas do Min. Gilmar Mendes. Dentre as teses, merece destaque a do Ministro Roberto Barroso, que a fixava assim: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo

O Segundo é o tema nº 500, objeto do Recurso Extraordinário nº 657.718, em que se discute analogamente, à luz dos artigos 1º, III; 6º; 23, II; 196; 198, II e § 2º; e 204 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Aqui o Supremo Tribunal Federal já fixou seu entendimento no sentido de que o Poder Público não é obrigado a fornecer medicamento de caráter experimental, e somente em casos comprovadamente excepcionais a ordem judicial pode autorizar a prestação, obedecidos os parâmetros firmado na seguinte tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.⁴²⁰

Por fim, há o tema nº 793, inserido no Recurso extraordinário nº 855.178, em que se discute, à luz dos arts. 2º e 198 da Constituição Federal, a existência, ou não, de responsabilidade solidária entre os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico adequado aos necessitados. Aqui também já foi firmada tese, no sentido de que:

correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>

⁴²⁰ Supremo Tribunal Federal, Acórdão do Plenário, DJ 10/11/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344900727&ext=.pdf>

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.⁴²¹

Note-se o claro protagonismo do órgão de cúpula judiciário do Estado brasileiro, posto a enfrentar, até com naturalidade institucional, questões que se aprofundam no mérito do debate, nos exemplos vistos, sobre os critérios de fornecimento de medicamentos, registrados ou não no órgão sanitário; já constantes ou não dos protocolos já existentes no SUS; bem assim acerca da responsabilidade e conseguinte legitimidade passiva dos entes federativos (União, Estados, DF e Municípios) na figuração em referidas demandas judiciais de saúde, situações que poderiam ser perfeitamente delineados pelo legislador ordinário, para cumprimento pelo poder público, ao tempo que a jurisprudência de Portugal não adentra em questões tais, do mérito administrativo.

O protagonismo dos Poderes Judiciário de Portugal e do Brasil, segundo seus órgãos de cúpula respectivos, como se lê, na ótica da jurisprudência reproduzida, manifesta-se sob singularidades que marcam, no primeiro caso, intervenções mais pontuais, discretas e asseguradoras, no geral, da própria subsistência do SNS, enquanto que, no segundo, há completa imersão no próprio mérito das regras do SUS, a tanto delimitar, portanto, critérios objetivos no sentido de balizar as demandas judiciais país afora, ante a profusão de demandas de saúde de toda ordem e que devem obedecer a limites jurisdicionais que não permitam, de um lado, desestruturar o sistema, mas que garantam, por outro, o mínimo de dignidade humana, considerado cada caso concreto.

A jurisprudência firmada no Brasil, de modo geral, exige dos demandantes judiciais de saúde (medicamentos, tratamentos etc.), a declaração de hipossuficiência, como se infere das questões relacionadas acima, a tanto deverem comprovar que não reúnem condições financeiras, por recursos próprios, de arcar com as respectivas despesas, sem comprometimento da própria subsistência ou da família, ainda que essa mesma exigência não seja requisito, como

⁴²¹ Supremo Tribunal Federal, Acórdão do Plenário, DJ 15/04/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf>

vimos nos capítulos anteriores, quanto ao tratamento em geral prestado nas unidades de saúde, que é integralmente público e gratuito.

Essa peculiaridade, da hipossuficiência para aceder o beneplácito da gratuidade judicial, não acha parâmetro na condição portuguesa, eis que o direito a prestação de saúde, embora pública, manteve-se apenas *tendencialmente gratuita* na norma e, ainda, na jurisprudência, subsistindo o regime de cobrança das taxas moderadoras, do que não se identificam pleitos no sentido de obtenção de medicamentos e protocolos de tratamento integralmente gratuitos para efeitos comparativos.

Em ambos os Tribunais cumpre perceber especial sensibilidade jurisdicional para garantia do que se denomina de *mínimo existencial*, retirado da necessidade de assegurar a efetivação do princípio da dignidade humana a partir dos parâmetros fornecidos pelo caso concreto, com avaliação da proporcionalidade e razoabilidade da medida governamental a fim de inferir a necessidade e adequação da prestação de saúde de fato implementada, ou mesmo de sua omissão, nos casos de falhas e ineficiências do serviço e ações de saúde.

O Tribunal Constitucional português, até pela baixa judicialização do tema, revela-se mais conservador no que se refere adentrar em temas que são, de rigor, de competência do legislador ordinário, aliás, como faz questão de assinalar acerca da liberdade de conformação, conquanto não vulnere a próprio estrutura do SNS. De sua vez, o Supremo Tribunal Federal é forte protagonista no tema da saúde, donde os principais parâmetros para atuação dos demais órgãos jurisdicionais país afora quase sempre se orientam, como uma bússola que, muitas das vezes, ofusca até mesmo o horizonte de sentido das leis em sentido formal.

Dito de outro modo e concluindo o tópico, o Tribunal Constitucional tende a uma autocontenção, ao passo que o Supremo Tribunal Federal não se contém em adotar uma postura mais ativista nesse tema, algo que espelha, de forma geral, na postura da magistratura ao arrostar demandas de saúde.

5. Conclusão

A resposta à indagação dos efeitos deletérios que decorrem da crise da implementação das políticas públicas em matéria de direito à saúde, protagonizada entre seus principais atores - o Legislativo, o Executivo e o Judiciário -, perpassa necessariamente por um olhar para o passado.

É de lá que se extrai que essa especial categoria de direitos, até poucas décadas, em Portugal e no Brasil, sequer consistia num direito subjetivo, mas que hoje essa dimensão histórica desvela que por diferentes injunções culturais, políticas, econômicas e institucionais, bifurcaram-se os caminhos desses países na busca de soluções concretas para seu incremento, ao ponto de influir direta, e diversamente, nos seus aspectos objetivos e subjetivos; na maneira de se organizar (institucionalização e procedimentos); e nas suas formas de interpretação (pelos Tribunais).

Tanto em Portugal como no Brasil um olhar para a história nos permitiu vislumbrar que a *jusfundamentalidade* foi apenas garantida, de fato e de direito, a partir dos textos Constitucionais, respectivamente, de 1976 e 1988, mas com contornos que, embora parecidos (respectivamente, SNS e SUS, constituídos sob as premissas da universalidade, da integralidade e da tendencial gratuidade, no primeiro; e da total gratuidade, no segundo caso), atualmente apresentam traços organizacionais e estruturais não convergentes.

Em essência, Portugal, imerso no contexto europeu, traçou a face mais evidente da concretização desses direitos a partir do incremento da legislação ordinária (soberania Parlamentar = liberdade de conformação), sob o respeito às diretrizes do Governo quanto à definição das políticas de saúde, isso num contexto de um tecido social que antes serve mais de explicação do que de mera consequência do fenômeno.

Isto é, em Portugal configurou-se uma sociedade-providência que se percebe responsável pelo autocuidado em matéria de saúde, e, mais que isso, ao tardar se urbanizar nos grandes centros, adotou soluções alternativas e locais, organizadas em redes sociais de solidariedade, familiares ou comunitárias, a tanto conceber uma reduzida expectativa em torno

de um Estado-providência, e num nível de percepção de que os serviço de saúde consistiria mais num favor do que propriamente uma obrigação governamental.

E também, o aceder a um dos muitos subsistemas que compõem a rede de ações e serviços, em relevante medida, depende, como elemento facilitador, das boas relações que previamente já se estabeleceram na rede privada de saúde de Portugal. Ainda, e com efeito, neste país os espaços institucionais de reivindicação são menores e os protestos por melhorias são mais pontuais e isolados.

Ao tempo que, no Brasil, os movimentos sociais que inspiraram a vigente Constituição, doravante impregnada de tantos e novos direitos, deslocaram aos foros institucionais, como os Conselhos e Convenções de Saúde, além dos próprios Ministério Público, Defensorias Públicas e Poder Judiciário, caminhos até naturais de interlocução com os diversos níveis de Governo - da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios - para fazer valer as demandas de saúde país afora.

Logo, esses espaços institucionais abrem maiores oportunidades reivindicatórias, embora isso não se traduza, necessariamente, numa mais valia que efetivamente represente resultados concretos e progressivos ano a ano, mas que certamente permite, no particular e no mínimo, à governança de saúde pôr no radar as principais deficiências do sistema, e à sociedade, no geral, identificar-se como genuína titular de um direito público subjetivo à saúde, em todos os seus seguimentos.

Assim, uma sociedade-providência, de um lado, e uma sociedade fortemente dependente da institucionalidade, de outro, só poderia levar a caminhos díspares quando arrostamos o tema do implemento do direito à saúde e o respectivo protagonismo das correlatas governanças e dos órgãos jurisdicionais envolvidos.

Somando-se a isso que há promessas da modernidade não cumpridas, sobretudo no caso brasileiro, mesmo que já estejamos vivendo na era digital, do pluralismo, da efetiva virada para fontes de energia renováveis e dos tratamentos geneticamente personalizados, apenas citar alguns exemplos, mas sendo ainda em milhões - equivalentes a três populações de Portugal –

os expostos à fome no Brasil⁴²², enquanto que no país europeu essas condições basilares estão relativamente bem superadas, emerge a necessidade de uma dogmática constitucional que vise respeitar, no primeiro caso, certo Dirigismo constitucional, mas adequado a um país de modernidade tardia, como é a hipótese latino-americana, e de liberdade de conformação legislativa, na segunda situação, o europeu, assim se libertando neste último caso do caminho de ferro que eventualmente uma constituição de contornos revolucionários (que continha até previsão para mudança o modo de produção socialista!), descolada da realidade internacional, possa utopicamente tentar atingir.

O dirigismo constitucional, da doutrina de Canotilho, provou-se ainda vivo para a condição do país sul-americano, enquanto que já é algo do passado para a nação europeia. Ainda assim, não implica dizer que a atual Carta Política brasileira deva ser a *reedição do caminho de ferro* a que se refere o autor lusitano, mas acerca dela, e por ser co-originária do direito e da moral, não pode ser decidida *qualquer coisa sobre qualquer coisa*, conforme nos adverte Lênio Steck, e sim que os Governos devam se inserir no programa nela insculpido.

Portanto, é necessária uma dogmática constitucional e uma teoria da decisão judicial, de fato, adequada a essa realidade, que busque no próprio texto normativo constitucional, ou mesmo, em suas premissas fundantes e nos seus pressupostos, as razões jurídico-filosóficas que justificaram a ruptura desejada pela Constituinte da década 1980, logo, a que abandona um Estado omissivo ou quase que completamente ausente em matéria de políticas públicas de saúde, transmutando-se para outro que efetivamente seja protagonista e mais inclusivo nesse tema, evidentemente sem populismos e sem descuidar das bases financeiras que sustentam uma hígida economia.

Essa nova dogmática, ao que se permite refletir, necessita partir da reconciliação da Constituição financeira com a Constituição econômica, para permitir inferir, antes mesmo de se cogitar do limiar de eventuais direitos de quarta dimensão, o resgate dos direitos de primeira,

⁴²² Onde graça a fome o direito à saúde se revela algo sofisticado, um verdadeiro artigo de luxo, ao se poder razoavelmente supor que a segurança alimentar é a base, associada a outros cuidados (saneamento, por exemplo, outro enorme gargalo brasileiro), para uma boa condição de saúde.

segunda e terceira dimensões, conquanto ainda estejamos a andar em círculos para dar vazão concreta aos clássicos direitos de liberdade, aos direitos sociais e aos transindividuais.

Dos contornos históricos ao pragmatismo da faticidade, não há controvérsia em torno da afirmação de que a concretização do direito à saúde, em quaisquer dos casos, em suma, invariavelmente implica em custos financeiros, em sacrifícios orçamentais de difícil equalização. Afinal, as demandas parecem infindáveis, embora a cobertura financeira seja quase sempre insuficiente.

Mesmo sem poder deixar ninguém para trás, as opções políticas, de ordem legislativa e executiva, são imperfeitas, como imperfeitos somos todos nós, e sempre haverá algo a melhorar. E essa implicação orçamental tem levado a efeito resultantes conflitivas entre os protagonistas destinatários constitucionais do dever de levar saúde universal e integralmente às suas populações, a tanto atrair para o cenário jurídico-político o poder judicial, sobretudo na hipótese brasileira, e em menor intensidade na condição portuguesa, segundo deriva de nossa investigação.

É dizer, a própria natureza e estrutura desse direito, integralmente dependente dessas escolhas ou opções, reflete políticas públicas encaradas de diferentes formas em Portugal e no Brasil, a começar pelas evidências de que, no país europeu, os gastos públicos em saúde representam praticamente o dobro do equivalente, refletido no PIB, do gasto brasileiro, e quase o quádruplo do investimento *per capita*.

É possível inferir, pela ordem natural das coisas, que esses dados justificam, em algum patamar, o alto protagonismo do Governo (leia-se, Legislativo e Executivo) no primeiro caso, e uma significativa abertura de espaço à intervenção judicial, no segundo.

Nossa conclusão inelutável se encaminha por, de fato, constatar que a essencialidade do direito à saúde, vulnerável a esses percalços financeiros, de plano, afeta sim de um algum modo o jogo institucional entre os poderes soberanos, ainda que de formas evidentemente distintas nesses países, mas antes se confirma a hipótese do problema desta investigação, no

sentido de que o modo de perceber o comportamento desse direito sofre inflexões por derivação direta de sua condição orçamental.

Essas inflexões, contudo, não permitem uma distorção tamanha ao ponto de ceder a rupturas ou retrocessos, ou seja, tem-se por preservada a *jusfundamentalidade* do direito à saúde, seguindo-se a melhor doutrina Jorge Reis Novais.

E se há alguma identidade nos regimes de Portugal e do Brasil, diz ela respeito com a garantia de mínimos, um piso abaixo do qual a dignidade humana estaria subtraída. Essa percepção provou-se inclusive pelo marco jurisprudencial tanto do Tribunal Constitucional como do Supremo Tribunal Federal, os quais solidificam no princípio da dignidade da pessoa humana, de expressa previsão constitucional, a referência normativa básica para assegurar a manutenção de direitos e até a subsistência e a sustentabilidade dos sistemas de saúde.

Nem mesmo a teoria da reserva do financeiramente possível representa efetivo limite, acaso não concretamente comprovado o próprio comprometimento do sistema, à concretização desses mínimos em tema de saúde. O mínimo existencial, conforme se verifica, é o núcleo essencial do direito à saúde, e se inferiorizado esse patamar a autorização ao ingresso da intervenção judicial parece claramente dada, conclui nossos estudos.

Deflui disso o controvertido tema do que seja, definitivamente, um *mínimo essencial*, afinal, o mínimo em matéria de saúde pode um ser um em Portugal, e outro um pouco distante, no Brasil, vide os gastos públicos anteriormente descritos. Daí a necessidade da aplicação de princípios de ponderação, o uso da razoabilidade, proporcionalidade e dos vetores objetivos que decorrem da dignidade da pessoa humana, em casa caso concreto eventualmente judicializado, conquanto não se deva promover a ideia de tudo ou nada, mas de temperamentos, sendo certo que essa operação não deva se abrir, em qualquer dos casos, à fabricação e aplicação de princípios, conforme nos ensina a doutrina de Lênio Streck.

De qualquer modo, em termos gerais, em Portugal conclui-se que a soberania dessa definição vem seguindo, com certa tranquilidade, aos ditames das maiorias parlamentares no

âmbito do Poder Legislativo, com implemento concreto pelo Executivo, preservando-se uma leitura mais ortodoxa quanto ao princípio da separação de poderes.

Para a sociedade portuguesa, pois, saúde é tema de Governo e não do Judiciário!

Por sua vez, todavia, no Brasil, a construção desses mínimos não se furta ao conhecimento do decisor judicial, que é constantemente convocado para garantir não necessariamente o implemento de uma nova política pública, mas sobretudo para fazer valer as já existentes, por mais deficitárias que sejam por pura inapetência ou omissão de fato quanto a sua concretização, embora sejam também recorrentes as demandas que visem a inclusão de novos fármacos e protocolos de tratamento, ainda não admitidos no SUS seja por recomendação técnica seja por questões de economicidade.

Nem mesmo esses óbices são suficientes para conter o avanço do Poder Judiciário brasileiro sobre essas novas demandas, vide a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos temas de repercussão geral já descritos.

Outrossim, a construção e a solidificação das instituições, ao longo do tempo, provou-se vocacionada, no caso português, a manter-se esse protagonismo em mãos do Parlamento e do Executivo, inclusive por se fazer interferir na própria gestão de seu Poder Judiciário.

Ao passo que no Brasil a concepção do modelo vem se consumando sob uma natural interlocução entre Governos, Ministério Público e Judiciário, dentre outros atores, em articulações interinstitucionais ou estruturais que permitem diálogos abertos às novas demandas da população, e que em dada medida acabam por sensibilizar o Parlamento e o Executivo por novas políticas de saúde.

Assim, ao tempo que a leitura em torno do respeito ao princípio da separação e independência dos poderes segue uma condição tradicional nesse tema em Portugal, no Brasil se abre a via reflexiva e adequada a uma realidade que exige, em nome de uma sociedade ainda carente de acessos, a intermediação de entes governamentais ou não governamentais para fazer valer direitos essenciais inscritos no texto constitucional. Essa dimensão mais permissiva em

torno da separação de poderes não tem representado uma ruptura institucional, mas é claro sinalizador das carências de medidas administrativas descumpridas ou mesmo ineficazes.

Todo esse cenário se espelha de algum modo na jurisdição constitucional do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. No primeiro caso, ainda que muito menos provocado, segundo os fatores aqui explicados, o órgão de cúpula judiciária português mostra-se mais focado na própria manutenção ou subsistência do sistema, não permitindo retrocessos, e atento às questões que permitam fazer seguir sua higidez econômica, vide as controvérsias sobre a gratuidade, a universalidade e as dimensões negativas e positivas do direito à saúde.

Enquanto isso, no judiciário brasileiro, vai-se a fundo nas questões mais variadas, desde medicamentos, tratamentos, protocolos, diagnósticos, divisão de competências federativas etc., não parecendo haver, em nome da inafastabilidade da jurisdição, sobretudo em tema de direitos fundamentais, o menor dos constrangimentos institucionais fazer verticais juízos de valor acerca dos tantos problemas que envolvem o sistema único de saúde.

Esse cenário nos mostra que o fenômeno do ativismo judicial vem se revelando corriqueiro no Brasil e em Portugal sequer consiste num tema de relevante preocupação doutrinal, porque mesmo em matéria de saúde pública há compreensão de que as respectivas políticas públicas e seus episódicos incumprimentos, seguem abrangidos à competência exclusiva da governança pública, segundo os limites da lei e dos orçamentos possíveis à sustentação do SNS.

Além disso, os meios alternativos de solução de conflitos em Portugal (extrajudiciais) vêm desempenhando papel cada vez mais significativo, quando as iniciativas brasileiras nesse campo ainda são insipientes, como abertos também se encontram abertos os flancos para ampliação das formas de parcerias dos entes federativos com a iniciativa privada, algo que no país europeu anda a passos largos.

E se há evidências de que, no Brasil, a condição de bem estar social ainda passa ao longe das condições mínimas e ideais - e não ocorre de modo diferente com o acesso ao direito à saúde - mesmo sob sucessivas intervenções judiciárias e ante o rente olhar de instituições

como o Ministério Público, fica-se a supor como seria se não tivesse os mais carenciados essa interlocução, esses espaços de reivindicação!

A baixa judicialização de demandas de saúde, em Portugal, tem sido resultante não apenas de uma sociedade-providência que, de fato, promove o autocuidado e rede sociais de atenção básica, mas que tem em alguma medida a percepção de que a política e os Governos têm adotado as medidas necessárias e suficientes para levar um mínimo de dignidade nesse campo, pouco ou nada se devendo esperar de um terceiro interlocutor, como o Judiciário, burocratizado e em muitos casos visto como inacessível, caro e de baixa probabilidade interventiva nesse tema.

E nem a alta judicialização de demandas de saúde no Brasil, por outro lado, representa um movimento organizado ou consiste em si numa estratégia consciente no sentido de fazer movimentar a máquina do Governo, pois o perfil dessas demandas é quase que em sua totalidade de ações individuais segundo situações bem peculiares em cada caso concreto.

Essa alta e progressiva judicialização da saúde acaba por promover um genuíno protagonismo do Poder Judiciário, que embora regido pelo princípio da inércia processual, não tem tido vida fácil nesse tema. Porém, vem o Poder Judiciário brasileiro de alguma forma surfando numa onda que é promotora de positiva opinião pública para a instituição, algo que tem levado a certos voluntarismos ou utilitarismos que, aqui e acolá, são capazes de provocar algum mal estar entre os poderes soberanos, e, no limite, desaguam no próprio descrédito da jurisdição quando emanadas decisões materialmente inexecutáveis, seja em razão do próprio bem jurídico deferido seja pelo prazo ou modo fixado para sua prestação.

Levado ao limite, portanto, pode-se afirmar que os fenômenos da judicialização excessiva e do correspondente ativismo judicial, tem o potencial de estremecer as relações entre os poderes se as interferências já não mais encontrarem parâmetros de cumprimento razoável e proporcional, sobretudo considerado princípios de justiça distributiva e de solidariedade que são inerentes ao sistema. Sim, porque dar a um demandante judicial pode representar retirar de muitos outros beneficiários tão ou mais carenciados de atenção médica.

O ativismo judicial, em si, já representa uma anomalia e sintoma de desequilíbrio institucional, e se elevado ao nível predatório, caso não sejam monitoradas, diagnosticadas e efetivamente tratadas as suas causas, as consequências para a democracia e para o Estado de Direito são imprevisíveis. Eis o seguinte quadro didático-comparativo:

País em comparação	Portugal	Brasil
<i>Jusfundamentalidade</i>	Constituição de 1976	Constituição de 1988
Dirigismo Constitucional	Liberdade de conformação legislativa	Principais direitos e decisões judiciais se fundamentam na Constituição
Separação de Poderes	Ampla respeito	Forte interferência judicial no controle das leis e ações do Executivo.
Dignidade da Pessoa Humana	É referência constitucional e jurisprudencial	É referência constitucional e jurisprudencial
Reserva do Possível	Interfere mais nas medidas do Legislativo e Executivo	Não vem obstando ao deferimento de demandas judiciais de saúde
Mínimo Existencial	Núcleo essencial do direito à saúde	Núcleo essencial do direito à saúde
Proporcionalidade	Aplicado nas demandas alusivas à subsistência do próprio SNS	Aplicado difusamente nas ações individuais e no controle de constitucionalidade de leis
Proibição do retrocesso	Aplicado para evitar revogação dos pilares do SNS, v.g.	É princípio constitucional implícito aplicado na jurisprudência
Soberania Popular / Democracia	Prevalece para estabelecer o amplo protagonismo do Legislativo e do Judiciário	Sucedem amiúde contramajoritárias intervenções judiciais em temas do Parlamento e do Executivo
Gratuidade	É tendencial e não absoluta – existência de taxa moderadora	É absoluta. Mas para demandar em juízo é necessária prova da hipossuficiência
Universalidade	É garantida e interpretada ampliativamente	É garantida
Integralidade	É garantida	É garantida e interpretada ampliativamente
Judicialização	Baixa ou quase inexistente, sobretudo se se tratar de uma nova política pública	Alta e em maioria para fazer cumprir políticas públicas já existentes, mas há muitas ações para novos protocolos no SUS
Ativismo Judicial	Nenhum	Progressivo e de consequências futuras imprevisíveis

Por derradeiro, algumas anotações finais nos parecem ainda de alguma significância.

A primeira delas remete à reflexão de que a comparação entre esses dois países, evidentemente, não serve ao propósito de inferir qual o melhor dos correlatos sistemas de saúde, categoria por categoria, e seus reflexos em princípios e valores constitucionais. Mas se presta ao serviço de expor as suas convergências e dissidências dos fatores estruturais, culturais e institucionais que levam às peculiaridades de cada país, sendo certo que as práticas reivindicatórias da sociedade, mediadas pela institucionalidade ou não, emergem no limiar desses fatores e, por isso mesmo, acabam por ser decisivas no fenômeno da maior ou menor judicialização, como podemos constatar.

Outro desfecho interessante remete ao fato de que, embora o SNS e o SUS se sustentem em premissas similares, como a universalidade, integralidade e gratuidade (absoluta, no Brasil; tendencial, em Portugal) e sistemas judiciários igualmente estruturas em bases semelhantes, como a hierarquização, inércia e fundo constitucional, a resultante da judicialização da saúde se comporta de formas muito díspares em ambas as nações, e não porque haja excelência nos serviços e ações de saúde em Portugal, mas porque a sociedade portuguesa simplesmente compreende que essa tema pertence aos Governos (leia-se, ao Parlamento e ao Executivo) e assim é decidida por não o judicializar.

Ainda, no que diz respeito ao tema do autocuidado da sociedade com a própria saúde, tem-se a percepção que no Brasil a resposta que o Estado deva dar na prestação positiva de saúde independe da conduta do cidadão, é indistinta das medidas de responsabilidade que deveria, de rigor, adotar para não adoecer, por exemplo. Essa não é a mesma percepção que se tem em Portugal, porquanto a conduta do cidadão acaba por pesar numa maior ou menor onerosidade quanto ao seu atendimento, e isso se irradia e é compartilhado de forma comunitária.

Por fim, temos que a desjudicialização, o outro lado da moeda da judicialização, vem à serviço e ao sabor de uma sociedade que parece bem mais empoderada pelas políticas públicas de saúde que decorrem dos protagonistas naturais de sua implementação, o Legislativo e o Executivo; e a progressiva judicialização, embora sirva de algum modo para por em contraste deficiências institucionais e do sistema, e, ainda, para lograr levar aos cidadãos certa sensação de inclusão e acolhimento, lamentavelmente parece estar mais a serviço do empoderamento do

próprio Poder Judiciário do que a serviço de efetivos avanços quanto ao implemento de direitos fundamentais sociais.

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges – **Juristocracia Delegativa: Os Riscos da Degeneração Democrática Trazidos pelo Ativismo Judicial. in Jurisdição e Hermenêutica Constitucional – em Homenagem a Lenio Streck.** 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017. p. 211-227. ISBN 978-85-9524-014-8.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN: 978-85-7420-872-5

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de – **Democracia e Ativismo Judicial: Atuação Contramajoritária do Judiciário na Efetivação dos Direitos Fundamentais das Minorias** [Em linha]. Jacarezinho: Revista Argumenta Journal Law - UENP, 2104. Nº 20.

AQUINO, Bruna Pereira; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê – **Os Diálogos Institucionais como Ferramenta de Garantia do Equilíbrio entre os Poderes Estatais: o Risco de uma Postura Ativista do Supremo Tribunal.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Ed. RT. ISSN 1518-272X. vol. 107 (maio-jun. 2018), p. 35-59.

ARPINI, Adriana - **Diversidad Y Reconocimiento: Para una Revisión del Humanismo. Pico dela Mirándola y Bartolomé de Las Casas.** Cuadernos del Pensamiento Latinoamericano n° 17. Disponível em: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/95130/CONICET_Digital_Nro.8602f73a-23d1-49b4-9ab6-aa8739d2e294_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acessado em 28/09/2022.

ASENSI, Felipe Dutra – **Direito à Saúde no Brasil e em Portugal in Direito à Saúde: Práticas Sociais Reivindicatórias e sua Efetivação.** Curitiba: Juruá, 2013. ISBN: 978-85-362-3985-9.

AZEVEDO, Flávio Alexandre Luciano de; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da – **A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais e sua Relevância para a Efetivação da Cidadania em Países Periféricos**. CONPEDI/UFS [Em linha]. Nº 24 (2015).

AZIZ, Mona Lisa Duarte. **O Papel do Ministério Público no Controle Concreto de Constitucionalidade no Brasil e em Portugal**. Revista do CNMP / Conselho Nacional do Ministério Público ; Otavio Luiz Rodrigues Jr. (coord.). – v. 9 (2021). Brasília: CNMP, 2021. ISSN 2236-2363.

BARROSO, Luís Roberto – **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ [Em linha]. nº 21. vol. 2 (jan./jun.-2012).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-472-2835-4.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando - **A Constituição Dirigente Invertida: a Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica**. Boletim de Ciências Económicas XLIX (2006), pp. 57-77. ISSN 0870-4260.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 12. Malheiros: São Paulo, 2002. ISBN 85-7420-327-0.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes - **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. ISBN 972-32-0063-5.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8482-3.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; PIMENTA, Liana de Barros – **Direito à Saúde: Histórico, Judicialização e Prognóstico in Direito à Saúde: Judicialização e Pandemia do Novo Coronavírus** / Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Víctor Luna Vidal, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. ISBN 978-65-5614-232-6.

FACHIN, Zulmar; ROCHA, Alexandre Almeida; KRAHL, Pricila – **Aspecto Subjetivo e Justicialidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Revista *Ius Gentium*. Curitiba: Centro Universitário Internacional UNINTER.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução e Prefácio: Afonso Bertagnoli. Digitalização da edição em papel da Edições e Publicações Brasil Editora S.A., São Paulo, 1959. Disponível em: http://leonayres.com.br/wp-content/uploads/2013/10/kant_critica_da_razao_pratica.pdf

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **A Separação de Poderes e a Constituição do Estado Moderno: o Papel do Poder Judiciário na Obra de Montesquieu**. Revista da AGU. Ano 6, nº 12, Jan./abr. 2007. ISSN: 2525-328X.

MELO NETO, Antonio Saboia de - **A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais e o Conflito Entre a Soberania do Parlamento e a Soberania dos Tribunais: Aspectos Subjetivos e Objetivos dos Direitos Fundamentais**. Março de 2019. Unidade curricular de Direito Constitucional Avançado, do programa de Mestrado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas, na Universidade Autónoma de Lisboa.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21874-1.

MIRANDA, Jorge. **A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana**. Rev. Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (24), 2006.

MIRANDA, Jorge. **A Evolução dos Direitos Fundamentais até os Tempos Contemporâneos – Direitos Humanos: Entre a Utopia e a Contemporaneidade**; Coordenadoras: Márcia Rodrigues Bertoldi, Karyna Batista Sposato; prefácio de Oscar Vilhena Vieira. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRANDA, Jorge – **O Regime dos Direitos Fundamentais in Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais**. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica, 2016. ISBN 9789725405123. p. 284-321.

NOVAIS, Jorge Reis. **Constituição e Serviço Nacional de Saúde**. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 4, n. 11, p. 85-109, abr./jun. 2010. ISSN 1982-1921.

NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e reform. AAFDL: Lisboa, 2017. ISBN 978-972-629-076-6. p. 91-134.

NUNES, Alexandre Morais. **Direito à saúde em Portugal: delimitação jurídica do Serviço Nacional de Saúde**. Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 17-34, jul./dez. 2017.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de – **Democracia e Ativismo Judicial: Algumas Considerações sobre suas Causas e Consequências** [Em linha]. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - FDV, 2015.

OLIVEIRA, Fábio de. **A Constituição Dirigente: Morte e Vida no Pensamento do Doutor Gomes Canotilho**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, p. 195-228, 2005.

PORTUGAL, Silvia. **“Quem Tem Amigos Tem Saúde”**: O Papel das Redes Sociais no Acesso aos Cuidados de Saúde. Comunicação apresentada ao Simpósio “Família, Redes Sociais e Saúde”, Hamburgo, Instituto de Sociologia da Universidade de Hamburgo, 7 e 8 de 2005.

RAMOS, António José da Ascensão – **Ativismo Judicial**. Revista Verbo Jurídico [Em linha]. Lisboa: Verbo Jurídico Portal de Direito, 2012. p. 1-26 [Consult. 1º Nov. 2018]. Disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Editora Fórum. Belo Horizonte, n. 4, ano 1 Outubro 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30550>>. Acesso em: 4 ago. 2011.

RODRIGUES-PEREIRA, Thiago. **A Necessária Defesa do Óbvio: a Crítica Hermenêutica do Direito como Superação do Positivismo Jurídico e do “Decisionismo” Judicial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. 152 p. ISBN 978-85-8273-755-2.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. Ed. revista e ampliada. Coimbra: Almedina, 2014. P. 1-192. ISBN 978-972-40-5780-4.

SARLET, Ingo Wolfgang – **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. ISBN 85-7348-367-9.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 5, n. 9, p.361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27252>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

SILVA, Jose Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 1998. ISBN 85-7420-045-X.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p. 257-301, maio/ago. 2003. P. 357-301.

STRECK, Lenio Luiz – **O Supremo não é o guardião da moral da nação. Consultor Jurídico** [Em linha]. São Paulo: Colunistas, 2013. p. 1-9. [Consult. 9 Nov. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>

STRECK, Lênio Luiz - **Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Logo. **A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46. ISBN 85-7147-322-6