



Luciano Franco Ribeiro

A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE DA CRIANÇA EM PORTUGAL E NO BRASIL.

Uma perspectiva constitucional à luz do princípio do superior interesse da criança

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em Direito Constitucional

Orientadora: Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano

Junho - 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

• U



C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Luciano Franco Ribeiro

**A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE DA CRIANÇA EM
PORTUGAL E NO BRASIL**

Uma perspectiva constitucional à luz do princípio do superior interesse da criança

***THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS TO CHILDREN'S HEALTH IN
PORTUGAL AND BRAZIL***

A constitutional perspective in light of the principle of the best interest of the child

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional
Orientadora Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano

Coimbra – Junho de 2017

À memória do meu avô Albertino de Melo, pois sem o seu amor e carinho incondicionais, eu jamais teria chegado até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é reconhecer que nesta jornada nunca estamos sozinhos, é reconhecer a solidariedade que se manifesta no afeto e na ajuda, seja dos familiares, dos amigos e até daqueles desconhecidos, que apenas cruzam o nosso caminho com intenção de fazer o bem.

Não poderia deixar de dedicar o meu carinho a pessoas tão importantes, que tanto me ajudaram até aqui. Em especial lugar está a minha amada madrinha, Lucimar de Melo, que me dedica seu amor e carinho de mãe, não medindo esforços para me proporcionar as melhores oportunidades, para você, meu maior e eterno obrigado.

A paciência, o ouvido amigo das horas mais difíceis, em que sempre pude contar, a minha mãe, Gelsa Franco, que esteve em todos os momentos presente para me ajudar, bem como a minha querida avó, Altair de Souza, que com suas preces e carinhos, fizeram meus dias mais leves. Agradeço, também, a minha irmã, Manuela Ribeiro, e o meu pai Carlos Ribeiro, pela constante preocupação com meu bem-estar.

A presença, as risadas, as conversas sem fim, o dividir das aflições, são algumas das características do chamado “amor que nunca morre”: a amizade. Queria agradecer – imensamente - a todos os meus fiéis amigos que estiveram presente comigo, mostrando que eu nunca estive sozinho, aos quais sempre pude recorrer. Meus verdadeiros anjos de guarda, muito obrigado.

Também, não poderia deixar de agradecer, a todos os meus professores que me instruíram até aqui, e a minha orientadora, Profa. Dra. Maria Benedita Pires Urbano, pelo apoio na elaboração e realização deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho analisa a efetividade do direito social à saúde da criança em Portugal e no Brasil, sua proteção constitucional e a inserção do princípio do superior interesse da criança como norteador para atuação político-judicial. Inicialmente tratamos do desenvolvimento dos direitos da criança, os avanços dos tratados internacionais e da proteção constitucional que acarretaram no abandono da ideia de criança-objeto para reconhecimento da criança como sujeitos de direitos. Em seguida, observamos a construção do direito social à saúde, sua evolução como direito humano e o papel do Estado Social para sua positivação constitucional nos dois países, que apresentam diferenças quando do reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental exigível. Por fim, constrói-se o conceito da efetividade do direito fundamental social à saúde da criança, o papel da intervenção judicial no campo das políticas públicas, que se dá pelo fenômeno da judicialização da matéria, propondo ao final, a observância do princípio do superior interesse da criança como guia, tanto para atuação política, como para a judicial.

Palavras-chave: direito da criança; direito à saúde; direitos fundamentais sociais; efetividade; princípio do superior interesse da criança; intervenção judicial; direito comparado; Portugal; Brasil.

ABSTRACT

This paper analyzes the effectiveness of the social right to health of children in both Portugal and Brazil, its constitutional protection and the inclusion of the principle of the best interest of the child as guidance to political and judicial action. Initially we address the development of children's rights, with the advancement of international treaties and the constitutional protection that resulted in the abandonment of the idea of the child as an object for the recognition of the child as subject of rights. Then we discuss the construction of the social right to health, its evolution as a Human Right and the role of the Welfare State in its constitutional inclusion in both countries, with their differences in the recognition of the right to health as a enforceable fundamental right. Finally, the concept of effectiveness of the fundamental social right of health of the child is constructed, as well as the role of judicial intervention in public policies, caused by the phenomenon of judicialization of the matter, proposing in the end, the respect of the principle of the superior interest of the child as guidance for both political and judicial action.

Keywords: rights of the child; right to health; fundamental social rights; effectiveness; principle of the best interest of the child; judicial intervention; comparative law; Portugal; Brazil.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CDC – Convenção sobre os Direitos das Crianças

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CF/88 – Constituição Federal do Brasil de 1988

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSE – Carta Social Europeia

DDC – Declaração Universal dos Direitos das Crianças

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

LP - A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PSI – Princípio do Superior Interesse da Criança

SNS – Sistema Nacional de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA	13
1.1 DO OBJETIVISMO AOS MODELOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO: A CONSTRUÇÃO DO SER AUTÔNOMO DE DIREITOS	13
1.1.1 A criança pela história	13
1.1.1.1 A criança na Antiguidade	14
1.1.1.2 A criança na Idade Média e na Modernidade	15
1.1.2 A criação do Sistema de Proteção Internacional da Criança	19
1.1.2.1 A União Europeia e o Conselho da Europa	26
1.2 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA EM PORTUGAL E NO BRASIL	28
1.2.1 A Criança e o Jovem em Portugal	28
1.2.1.1 A proteção da Criança e do Jovem na Constituição de 1976	32
1.2.1.2. A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo	35
1.2.2 A Criança, o Adolescente e o Jovem no Brasil	36
1.2.2.1 A proteção da criança, do adolescente e do jovem na Constituição de 1988.....	40
1.2.2.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente	44
CAPÍTULO II - O DIREITO SOCIAL E A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	47
2.1 POR UM DIREITO À SAÚDE	47
2.1.1 A saúde e a doença	47
2.1.2 Uma questão de direito	48
2.2 O ESTADO SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O CONSTITUCIONALISMO	53
2.2.1 O Estado Social	53
2.2.2 O constitucionalismo, pós-positivismo e o <i>neoconstitucionalismo</i>	56
2.3 A PROBLEMÁTICA DO DIREITO SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	62
2.3.1 A <i>fundamentalidade</i> dos direitos sociais	62

2.3.2 A solidariedade e a socialidade	65
2.3.3 A universalidade e unidade dos direitos fundamentais sociais	68
2.3.3.1 A universalidade dos direitos fundamentais	68
2.3.3.2 A unidade dos direitos fundamentais	70
2.4 O ENQUADRAMENTO LEGAL E O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL E EM PORTUGAL	72
2.4.1 A saúde como direito na Constituição e na legislação portuguesa	74
2.4.2 A saúde como direito fundamental na Constituição e na legislação brasileira ...	77
2.4.3 A problemática dos direitos fundamentais – a diferença dos regimes dos direitos sociais	81

CAPÍTULO III - A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À

SAÚDE DA CRIANÇA	85
3.1 PARA ALÉM DA EFICÁCIA, A BUSCA DA EFETIVIDADE	85
3.1.1 Delimitando o tema	85
3.1.2 Eficácia da norma constitucional de direito à saúde	87
3.1.2.1 Normas constitucionais definidoras de direitos	89
3.1.2.2 Normas constitucionais programáticas	90
3.1.3 Efetividade do direito fundamental social à saúde	94
3.2 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO CAMPO DA SAÚDE	97
3.2.1 Intervenção (?)	97
3.2.2 A questão do Ativismo Judicial	101
3.2.3 Desafios à justiciabilidade do direito à saúde	103
3.2.3.1 A judicialização e a desjudicialização do direito à saúde	106
3.2.3.2 Questões relacionadas ao Controle Judicial das Políticas Públicas	108
<i>a) Racionamento, Escassez e Racionalização do acesso à saúde</i>	<i>109</i>
<i>b) A Reserva do Possível e as Escolhas Trágicas</i>	<i>111</i>
<i>c) A proteção do mínimo existencial</i>	<i>116</i>
3.3 O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE COMO NORTEADOR PARA ATUAÇÃO POLÍTICO-JUDICIAL	117
3.3.1 O PSI como um princípio jurídico de conceito indeterminado	119

3.3.2 O PSI como um princípio vinculativo das instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos.....	120
3.3.3 O PSI como um princípio processual	121
3.3.4 O PSI como parâmetro para a efetividade das políticas públicas em saúde	122
CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	127

INTRODUÇÃO

A proteção e o reconhecimento dos direitos infantojuvenis é fruto de um longo processo de reconhecimento e transformação¹, onde a criança abandona a coisificação para assumir seu *status* de ser de direitos.

O primeiro capítulo deste trabalho tratará exatamente sobre a evolução histórica do direito da criança e do processo do reconhecimento de seus direitos, que apresenta seus pilares fundadores na Declaração Universal dos Direitos da Criança (DDC) – ONU, de 1959, e na Convenção sobre os Direitos das Crianças (CDC) – ONU, de 1989.

A DDC, embora tenha seu caráter simbólico, não possui o efeito vinculativo da CDC, que inaugura o princípio do superior interesse da criança, com a finalidade de promover o desenvolvimento integral dos menores. Neste percurso, mostraremos como as legislações portuguesas e brasileiras lidaram com a proteção e promoção dos direitos das crianças, os expostos, delinquentes, abandonados, que por força do período da colonização, tiveram a mesma raiz histórica. A constitucionalização dos direitos das crianças é a grande transformação que vem por fim inaugurar uma era emancipatória do direito infantojuvenil, reconhecendo que as crianças são detentoras de iguais e, também, especiais direitos humanos².

Em seguida, no segundo capítulo “O Direito social à saúde como um Direito Fundamental”, avançamos sobre a questão do reconhecimento da saúde como um direito, o que levará ao exame da problemática central sobre a *fundamentabilidade* dos direitos sociais, que possui aspectos de reivindicação diferentes nos dois países, face ao reconhecimento da saúde como um direito subjetivo exigível.

Será abordado a função do Estado Social para a construção do direito à saúde, bem como as questões do constitucionalismo, do pós-positivismo e do *neoconstitucionalismo*, e o papel dos princípios afetos aos direitos fundamentais sociais: a solidariedade e socialidade, a universalidade e a unidade. Vencidas essas questões, discorreremos sobre o enquadramento legal e o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental em Portugal e no Brasil, a proteção constitucional e a construção dos sistemas nacionais de saúde pública, onde observaremos o papel do Estado para concretização do direito à saúde, para no fim,

¹ ROMÃO, Luis Fernando de França. **A Constitucionalização dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Coimbra: Ed. Almedina, 2016, p.17.

² MONTEIRO, A. Reis. **Direito da Criança**: era uma vez... Coimbra: Ed. Almedina, 2010, p.40.

podermos expor a grande diferença entre os regimes de direitos fundamentais dos dois países.

A adoção da distinção entre os regimes de proteção dos direitos, liberdades e garantias, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, feita pela Constituição portuguesa (artigo 18º da CRP), constitui a grande divergência entre os dois países, pois a Constituição brasileira adotou o regime único (artigo 5§, 1º da CF/88), construindo assim, a grande problemática jurídico-dogmática dos direitos sociais.

Neste momento, por tanto, poderemos observar claramente os atores envolvidos neste trabalho, a criança como titular do direito e o Estado como destinatário da obrigação de ofertar e manter um conjunto de prestações materiais e normativas.

O terceiro e último capítulo, “A Efetividade do direito fundamental social à saúde da criança”, trará uma análise sobre questão central do trabalho, que é o debate à cerca dos direitos prestacionais e a sua efetividade. A questão do direito à saúde constituir-se de uma norma programática será tratada na primeira parte, quando analisaremos a eficácia da norma constitucional de direito social.

O direito à saúde e a sua eficácia, se desvendam pela tese firmada pelo professor Luís Roberto Barroso³, que reconhece no exame da efetividade, a vinculatividade dos comandos da norma constitucional, bem como a capacidade do Poder Judicial de exercer o controle sobre às políticas públicas, no reconhecimento da imperatividade da norma constitucional.

A intervenção judicial no campo da saúde é abordada sob a ótica da efetividade e da legitimidade democrática, a fim de que possamos responder as questões sobre o ativismo judicial, avaliando os desafios da justiciabilidade do direito à saúde e os fenômenos da judicialização latente no Brasil, e da desjudicialização em Portugal.

Na sequência, as questões relacionadas ao controle judicial das políticas públicas, como o racionamento, a escassez, a racionalização do acesso à saúde, a reserva do possível, as escolhas trágicas e a proteção do mínimo existencial, formam o debate necessário para tratarmos do princípio do superior interesse da criança (PSI).

Assim, por fim, o PSI será analisado através das suas três grandes características: como um princípio jurídico de conceito indeterminado; como um princípio vinculativo das

³ BARROSO, Luís Roberto **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades ou órgãos legislativos; e como um princípio processual. Finalmente, propomos a quarta análise do PSI, como parâmetro para a efetividade das políticas públicas em saúde, e seu papel como “arma axiológica” a salvaguardar os interesses das crianças.

CAPÍTULO I

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA

“E bem sabes que o princípio de toda a obra é o principal, especialmente nos mais pequenos e ternos; porque é então quando se forma e imprime o tipo que alguém quer disseminar em cada pessoa.” (PLATÃO. **A República**, Livro II).

“Então, trouxeram-lhe algumas crianças, para que lhes impusesse as mãos e orasse por elas. Os discípulos, contudo, os repreendiam. Mas Jesus lhes ordenou: ‘Deixai vir a mim as crianças, não as impeçais, pois o Reino dos céus pertence aos que se tornam semelhantes a elas.’” (MATEUS, 19:13-14).

1.1 DO OBJETIVISMO AOS MODELOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO: A CONSTRUÇÃO DO SER AUTÔNOMO DE DIREITOS

1.1.1 A criança pela história

Para percorrermos o caminho da evolução dos direitos da criança até à paragem atual, na construção de indivíduos detentores de todos os direitos humanos, vislumbra-se a necessidade de conhecermos a sua evolução histórica. O conhecimento sobre os direitos e a própria ideia de criança e adolescente⁴, ao longo do processo histórico, possui fontes escassas e limitadas, muitas vezes adquiridas de maneira indireta.

Diários, ensaios, histórias e contos religiosos, até mesmo as obras de artes, podem nos servir de fontes importantíssimas para construção da história da infância durante os séculos. Compreender o papel que as crianças foram conquistando (ou abandonando) se mostra vital para reconhecermos o processo de transformação de seres meramente objetos

⁴ A palavra adolescente, como conceito sociológico, é considerada uma invenção moderna, não sendo utilizada com unanimidade por todos os países. Contudo, é uma palavra antiga, deriva do participio presente do verbo latim “adolescere”, crescer. Já a palavra adulto deriva do participio passado “adultus”, o que corresponderia a “crescente” e “crescido” (Disponível em: <<http://www.dicionarioetimologico.com.br/adolescente/>>. Acesso em: 07 nov. 2016). Na construção jurídica brasileira figuram as três classificações etárias, estipuladas pela Constituição de 1988 e pelas Leis 8.090/90 (Estatuto da Criança e Adolescente) e 12.852/2013 (Estatuto da Juventude), que classificam as faixas etárias: crianças de 0 a 12 anos incompletos, adolescentes de 12 a 18 ano incompletos, sendo os jovens de 15 a 29 anos. Já a construção jurídica portuguesa não diferencia por idade, mas estipula duas categorias: crianças e jovens. Assim, para evitarmos controvérsias na interpretação do trabalho, não repetindo os termos “criança e adolescente”, reconheceremos criança como aquele indivíduo de 0 até 18 anos incompletos, conforme a Convenção sobre os Direitos da Criança, da ONU, deixando aberta a possibilidade de uso, quando da especificidade e necessidade apresentada pelo tema proposto, bem como do conceito de infância, que poderá se confundir com o de criança e adolescente.

de suas famílias, para posteriormente serem reconhecidos como sujeitos de proteção, e, por fim, indivíduos detentores de direitos.

1.1.1.1 A criança na Antiguidade

O papel da criança na Antiguidade, notadamente na Grécia antiga, pode ser retratado pelos estudos das obras do filósofo Platão. A análise feita pelo pesquisador Walter Omar Kohan⁵ mostra que Platão não se dedicou propriamente ao estudo da infância, mas tinha uma visão política sobre essa fase da vida⁶, situando a criança como o futuro da construção de uma pólis mais justa, bela e maior.

A educação da criança deveria ser versada em primeiro lugar pela música, e depois pela ginástica, sendo que a educação tinha seu objetivo central na política: “uma boa educação garante um cidadão prudente”⁷. Como não se tratava propriamente das crianças, mas o que elas poderiam vir a ser – dentro de um contexto social da pólis - não considerando o que elas eram, essas características se somam a outra visão que se extrai dos pensamentos de Platão: a criança como ser inferior; uma vez que será um homem livre no futuro, após ser educada, sendo no presente um escravo de sua incapacidade, podendo ser corrigida por qualquer homem livre⁸. Seu discípulo, Aristóteles, comungava das mesmas ideias: de que era necessária uma boa educação para as crianças, como fundamentador de uma boa saúde e união da cidade, em vista de que a satisfação do homem estava na pólis⁹ e a educação vem construir melhor a pólis¹⁰. Já na combativa ilha de Esparta, os pais transferiam a criação e

⁵ KOHAN, Walter Omar. Infância e educação em Platão. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 11-26, jan./jun. 2003.

⁶ “Se pensava a vida como uma sequência em desenvolvimento, como um devir progressivo, como um fruto que resultará das sementes plantadas, tudo o que venha depois dependerá desses primeiros passos.” (Ibidem, p. 18).

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem, p. 19.

⁹ O indivíduo era o elemento primordial no desenvolvimento do pensamento político helênico, ele era parte essencial da construção da cidade, à qual tinham especial afeição, embora o indivíduo e o Estado se compreendessem de maneira separada, mas a sua comparação com a vida comunitária é que lhe permitia alcançar uma filosofia de seu valor. Assim, “os gregos não se cansavam de repetir que, enquanto no seu país cada um contava pelo que valia, e todos podiam exercer alguma influência na vida da comunidade, nos estados despóticos do oriente só tinha importância a vontade do déspota, e não havia propriamente ‘interesse comum’” (BARKER, Sir Ernest. **Teoria política grega** – Platão e seus Predecessores. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978, p. 22-23).

¹⁰ CABRAL, João Francisco Pereira. Aristóteles e a educação. **Brasil Escola**. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/filosofia/aristoteles-educacao.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

educação de seus filhos ao Estado, a partir dos 7 anos de idade, com o objetivo de prepará-los para serem guerreiros.

Na antiga Roma, tendo como principal fonte jurídica o texto da Lei das XII Tábuas, a autoridade sobre os filhos era exercida pelo *pater familiae* ou *pater potestas* que cumpria os deveres de chefe de família e religiosos¹¹. O poder absoluto reinava sobre a figura do *pater*, uma vez que as crianças eram propriedades de suas famílias, não eram sujeitos de direitos, bem como, poderia o pai exercer o *jus vitae necisque*: o direito de decidir sobre a vida ou morte de seus filhos¹².

1.1.1.2 A criança na Idade Média e na Modernidade

A Idade Média, por sua vez, foi marcada pela ascensão do cristianismo e pelas sociedades inicialmente fragmentadas, rurais, sendo posteriormente reagrupadas nos burgos, as “novas” cidades. O homem abandona a racionalidade do período greco-romano e se sustenta na fé cristã, respeitando a autoridade da Igreja e a representação divina de seus reis, em busca da salvação de suas almas.

A criação humana constituída pela doutrina cristã dá à criança dois semblantes antagônicos. Num primeiro momento a constitui como um ser divino, angelical, pertencente ao reino do céu, como se lê no livro sagrado de Mateus, com o qual introduzimos este capítulo. Todavia, ao mesmo tempo, era o “produto” do pecado original, como bem salienta São Agostinho ao afirmar que: “na culpa nasci e no pecado me concebeu minha mãe”¹³. Essa perspectiva antagônica, tendenciada para o sentido pessimista, uma vez que a criança assumia a característica de ser humano inferior, que necessitava ser corrigido e controlado, foi o combustível para legitimar uma série de violências contra as crianças, desde o infanticídio à exploração em todos os níveis, até mesmo justificou o uso dos métodos violentos de educação¹⁴.

¹¹ MONTEIRO, A. Reis. **Direito da Criança**: era uma vez... Coimbra: Ed. Almedina, 2010, p. 17.

¹² AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010b, p. 3.

¹³ MONTEIRO, op. cit., p. 12.

¹⁴ Ibidem, p. 13.

A construção da família e o poderio do poder familiar não abandonam os ideais romanos, na Europa do século XV. Bem assinala Reis Monteiro¹⁵, ao analisar as codificações francesas, através das obras do filósofo Jean Bodin, que afirmava ser o modelo político do *patria potestas* o melhor a representar a imagem da República, garantindo o poder de vida e de morte sobre os filhos, a fim de garantir um Estado bem ordenado. Esse pensamento acaba limitado no século seguinte, quando o contratualista Thomas Hobbes, em sua obra *De Cive*, “refuta a fundamentação naturalista do *pater potestas*”, considerando que, “assim como o poder do Estado é limitado pelo dever de garantir a segurança dos cidadãos, também, o poder parental deve ser limitado pelo direito dos filhos à vida”¹⁶.

John Locke, em 1662, em sua obra *Second Treatise of Government*, traça uma “nova configuração do laço familiar”, abraçando de vez os conceitos da modernidade. Locke, conforme define Reis Monteiro, defende a causa de que todos seres humanos são iguais, tendo o mesmo direito à liberdade. Nesse sentido, o poder dos pais se mostra “provisório e temporário”, afastando a ideia de proprietários da prole, constituindo um conjunto de deveres, como conservar a vida e educá-los, para viver na fase adulta a liberdade com autonomia¹⁷. Com a Revolução Francesa¹⁸ o poder absoluto do *pater potestas* é desconstituído, surgindo no Código Francês Napoleônico a superioridade da família legítima, mantendo-se, contudo, o pátrio poder no sentido do “direito de correção”. A concepção de *potestas* contrabalanceava com a de *pietas*, como se observa do artigo 373 do referido códex, que constituía necessário o requerimento a um juiz, para aplicação da correção através da detenção¹⁹.

É por volta do século XVI que se observa nas artes (os calendários) as primeiras aparições de crianças²⁰, sendo algo até então não muito retratado pelos artistas da época, como observa o pesquisador Philippe Ariès. A criança, por sua vez, aparecia em momentos lúdicos, em ocasiões festivas, sempre utilizando as mesmas roupas dos adultos, como se

¹⁵ MONTEIRO, 2010, p. 22.

¹⁶ Ibidem, p. 23.

¹⁷ Ibidem, p. 24.

¹⁸ A Revolução Francesa, juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e a Declaração de Virgínia, em 1776 nos EUA, marcaram por definitivo a história da construção do direito de liberdade e de igualdade perante a lei, ideais que fomentaram a evolução da proteção do direito das crianças, como sujeitos dignos de proteção, mesmo que ainda detivessem somente o direito de viver e de serem cuidadas pelos pais.

¹⁹ MONTEIRO, op. cit., p. 25-26.

²⁰ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. LTC, 2006, p. 134.

assim fosse em miniatura²¹. Mais adiante, ao longo do mesmo século, é que se passa a observar nas pinturas a diferença das crianças e dos adultos, através de vestimentas mais apropriadas, assumindo outro papel dentro das residências, dentro de uma constituição de modelo familiar, até chegarem ao papel central da família.

Deste modo, Ariès afirma que o próprio sentimento de família “é inseparável do sentimento de infância”. A construção do sentimento de família é desconhecida durante o período da Idade Média, segundo o pesquisador, nascendo somente entre os séculos XV e XVI, consolidando-se no século XVII²². Assim, foi apenas no início do século XX, que surgiu uma cobrança social direcionada ao Estado²³, para ocupar o comando das assistências referentes à infância, gerenciando e regulamentando, na necessária criação de um arcabouço legal²⁴.

Nesse sentido, a primeira referência de que se tem conhecimento, no âmbito internacional de proteção específica aos direitos infantojuvenis é a *Junvenile Court Act de Illinois*, de 1899, conhecido como o primeiro Tribunal de Menores dos Estados Unidos da América. Tal criação corrobora com o famoso episódio de maus-tratos sofridos por Marie Anne, que ocorreu na cidade de New York²⁵. Tamanha foi a repercussão dos maus-tratos

²¹ “O traje da época comprova o quanto a infância era então pouco particularizada na vida real. Assim que a criança deixava os cueiros, ou seja, a faixa de tecido que era enrolada em torno de seu corpo, ela era vestida como os outros homens e mulheres de sua condição. Para nós é difícil imaginar essa confusão...” (ARIÈS, 2006, p. 32).

²² Ibidem, p.143.

²³ Os fenômenos de socialização, como retrata José Carlos Vieira de Andrade, indicam o aumento da solicitação do Estado, “a intervir na vida social e a Administração ultrapassada definitivamente a sua condição aparente de esquadra de polícia e repartição de finanças. Não foi somente uma intervenção de necessidade, que durasse apenas enquanto as guerras mundiais desarticularam a sociedade privada e mobilizaram os recursos para uma administração marcial. Terminadas as guerras, verifica-se que a sociedade mudou: a paz social não se reduz já à ordem nas ruas, pressupõe e responsabiliza a Administração na caminhada para um Bem-estar suscetível de medida (‘a matter of social engineering’), com base nos critérios de determinação do futuro que os conhecimentos técnicos vão pondo à disposição das vontades coletivas. Exigem-se do Estado medidas de planeamento económico e social, uma intervenção direta e dirigente na economia, um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57).

²⁴ ALCÂNTARA, Ana Lúcia Gomes de. A Construção do Direito da Infância e Juventude e a Atuação Jurisdicional junto às Famílias. In: DUARTE, Marco José de Oliveira e outros (Org.). **Família & família: práticas sociais e conversações contemporâneas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 58.

²⁵ O caso ocorreu em New York, no ano de 1874, quando uma assistente social da igreja, ao visitar uma família, encontrou acorrentada à cama uma menina, doente, subnutrida e maltratada. Como não havia nenhuma lei limitando o exercício do poder familiar ou mesmo uma lei que proibisse os abusos e os maus-tratos, não havia norma específica com base na qual se pudesse pleitear a cessação do abuso. Foi com base na lei de proteção aos animais que agiram os defensores, sob o argumento que a tal lei proibía que maus-tratos fossem cometidos contra quaisquer seres vivos pertencentes ao reino animal (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais: tentativa de*

realizados pelos pais, em 1874, e com a inexistência de entidades de defesa dos direitos das crianças, o caso acabou sendo movido pela Sociedade Protetora dos Animais, defendido que “até mesmo os animais devem ser livres de uma vida de agressões, tratamentos violentos ou degradantes”.

Na Europa que vivia o esplendor da industrialização se dá a partida da “era da *child-saving*”²⁶, consistindo da intervenção do Estado na limitação do poder parental, e a criação de normas que visassem à proteção infantil, através da regulamentação de escolas, do trabalho infantil e das crianças abandonadas. O trabalho infantil na época toma verdadeiro destaque, fazendo surgir na Inglaterra, em 1834, uma lei proibindo o emprego de crianças menores de dez anos em minas, bem como a limitação da jornada de trabalho em nove horas, com imposição de duas horas de estudo escolar por dia²⁷.

A criação de legislação específica para os menores de idade surge em 1912 na França e na Bélgica. A lei francesa institui os tribunais específicos para tratar sobre assuntos menoristas, indicando seus respectivos juízes, nos chamados conselhos de família, que “forneciam tutela civil aos menores em geral, completando o mecanismo com um tutor e um pró-tutor, todos membros do município” onde estava instalado o conselho. A lei belga *Sur la protection de l'enfance* substitui o então *Juge des enfants*, criando os primeiros tribunais de primeira instância para a infância, servindo de modelo, tanto para legislações francesa, como para a brasileira²⁸.

Já na América do Sul, o primeiro Congresso Pan-Americano da Criança teve lugar em Buenos Aires - Argentina, em 1916²⁹, em consonância com os demais movimentos que se apresentavam na Europa, notadamente as discussões que levaram à proclamação, pela então Assembleia da Liga das Nações à Declaração de Genebra, de 1924.

sistematização. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Editora Coimbra, *Studia Iuridica* 80, nota 221, p. 103, 2004.

²⁶ MONTEIRO, 2010, p. 27.

²⁷ *Ibidem*, p. 28.

²⁸ BASTOS, Angélica Barroso. **Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes**: as contribuições do estatuto da criança e do adolescente para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente. Curitiba: Juruá, 2015, p. 38.

²⁹ “Houve também a fundação de organizações especializadas na promoção do bem-estar das crianças, como por exemplo, a Children’s Bureau (Estados Unidos, 1912), a Associação Internacional para a Proteção da Infância (1913), o Comitê para a Proteção da Infância da Sociedade das Nações (1919) e o Instituto Interamericano del Niño (sede em Montevidéu, 1927).” (SCHUCH, Patrice. **Práticas de justiça**: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p. 111).

Contudo, a carta de Genebra vem marcada por forte influência do individualismo americano, como observa Patrice Schuch, promulgando a necessidade de “proteção especial às crianças”, sem, contudo, indicar aparatos ou agentes responsáveis e garantidores dessa proteção³⁰. Por um lado, havia o debate marcado pela tríade criança-família-Estado, que se tornaria o marco de criação da noção de “infância universal”, como define Schuch.

A abordagem modernista³¹ e a construção internacional de “infância universal”³² são frutos da conjuntura internacional do pós Segunda Guerra, com o crescimento das políticas de afirmação do indivíduo e a garantia de direitos em face ao Estado. Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, constitui-se como o grande marco originador da concepção de indivíduos detentores de direitos fundamentais, como veremos adiante.

1.1.2 A criação do Sistema de Proteção Internacional da Criança

O cenário devastador do fim da Primeira Guerra Mundial acabou por revelar a necessidade urgente, dentre todas as outras geradas pela guerra, de promover a proteção de um grande número de crianças e adolescentes, que haviam se tornado órfãos, ou que, por todos outros motivos, estavam entregues à própria sorte³³. Assim, a recém-criada Liga das Nações, oriunda do tratado que pôs fim à grande guerra, instituiu, em 1919, o Comitê de Proteção da Infância, mesmo ano em que a Organização Internacional do Trabalho instituiu, em convenção, limite de idade para o exercício do trabalho infantil, bem como a proibição do trabalho no turno noturno.

³⁰ SCHUCH, 2009, p. 111.

³¹ Em uma perspectiva antropológica, na qual muito se apoia a construção multidisciplinar de um direito infantojuvenil, considera que “a constituição da Modernidade conformou a hegemonia da associação entre a noção de ‘criança’ e de ‘infância’, tomada como uma fase da vida socialmente distinta e fundamentalmente associada à noção de desenvolvimento e incompletude. No entanto, estudos etnográficos – atentos a variabilidade de cenários e a diversidade das configurações e sentidos dados para a ‘criança’ e para a ‘infância’ – têm mostrado o quanto é possível haver diferentes dinâmicas de proteção das crianças e de seu protagonismo, as quais não se circunscrevem à percepção da ‘infância’ como incompletude e desenvolvimento. Pesquisas antropológicas em diferentes espaços de intervenção e governo também apontam a complexidade da própria ambição moderna de universalização da ‘infância’ para todas as ‘crianças’” (SCHUCH, Patrice; RIBEIRO, Fernanda Bittencourt; FONSECA, Cláudia. Infâncias e crianças: saberes, tecnologias e práticas. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 205-220, maio/ago. 2013).

³² SCHUCH, op. cit., p. 117.

³³ BASTOS, 2015, p. 38.

Todavia, foi a Declaração dos Direitos das Crianças, de 1924, o primeiro instrumento internacional³⁴, que buscou traçar parâmetros mínimos de proteção e direitos às crianças, fomentando aos Estados-membros da Liga a criação de mecanismos que garantissem tais proteções e direitos.

A Declaração de Genebra, como tratamos no ponto anterior, ficou conhecida por trazer à baila a necessidade de “proteção especial às crianças” abandonadas e órfãs, assentando no primado da proteção independente de “qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença, deve ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família, e deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente”³⁵.

No entanto, foi após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, em que se reviveram os horrores das crianças órfãs e abandonadas por seus pais, que a Organização das Nações Unidas cria a UNICEF (*United Nations International Child Emergency Fund*), que teve relevante papel em socorrer as crianças vítimas da guerra³⁶.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948 pela Assembleia das Nações Unidas, institui uma série de direitos ao indivíduo com o cerne na construção da dignidade humana, demonstrando todo o acúmulo histórico das conquistas humanas, através das lutas que emergem de sua própria emancipação³⁷. Deste modo, a Declaração, como define Norberto Bobbio, representa a “consciência histórica” dos valores fundamentais da humanidade, em um mundo pós-guerra, influenciado pela Revolução Francesa e Revolução Soviética que não se contém, como aduz o autor, em “tábuas gravadas de uma vez para sempre”, mas em uma “síntese do passado e uma inspiração para o futuro”³⁸.

³⁴ Neste sentido, GUERRA, Paulo; BOLEIRO, Helena. **A Criança e a família**: uma questão de direito(s). Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 13; BASTOS, 2015, p. 38-39; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos das Crianças**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 103. Vale lembrar, conforme assevera Reis Monteiro (2010), “a palavra ‘direito’ só apareça no seu título (declaração), não criou propriamente direitos, nem vinculou seus Estados-membros, servindo apenas de carta motivadora”.

³⁵ GUERRA; BOLEIRO, op. cit., p. 13.

³⁶ BASTOS, 2015, p. 39. Monteiro (2010, p. 30) salienta que em 1946 foi criado o International Children’s Emergency Fund (ICEF), adquirindo seu estatuto permanente em 1953, quando assumiu a nomenclatura UNICEF.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

³⁸ Bobbio explica que “a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias” (Ibidem, p. 21).

Constitui, deste modo, a DUDH, o grande marco na proteção de direitos fundamentais, servindo de inspiração para a proclamação dos Direitos das Crianças, o que veio ocorrer em 20 de novembro de 1959.

A Declaração dos Direitos da Criança (DDC) é considerada por Bobbio um “gradual amadurecimento” da Declaração Universal, na necessidade de mantê-la viva, através de um crescimento “a partir de si mesmo”³⁹. Para justificar seu pensamento, o autor observa que o preâmbulo da Declaração de Direitos da Criança se refere à Declaração Universal, apresentando o direito da criança como uma “especificação” daquela dada aos direitos do homem. Tal ideia, continua o autor, parte da consideração de que as crianças necessitam de “uma proteção particular e de cuidados especiais”, justificando o *ius singulare* do direito da criança, em face ao *ius commune* dos direitos humanos. Essa especificidade se dá através de “um processo de especificação genérico”, em “respeito à máxima *suum cuique tribuere*”⁴⁰.

Assim, a Declaração de 1959, consolida a necessidade de se reafirmar os direitos da criança, bem como a sua proteção por parte dos Estados que a ratificaram, avançando no paradigma de ser objeto para ser de direitos. O reconhecimento, por parte das crianças, de serem detentoras de direitos civis, é o primeiro passo para a consagração final de sujeitos de direitos, desvinculados da figura autoritária paterna, necessária para formalizar qualquer reconhecimento na antiguidade. A criança surge como detentora, em especial, de direitos à proteção e cuidado⁴¹, antes e depois do nascimento, consolidando-se a ideia de *desenvolvimento sadio e integral*, que abarca as dimensões físicas, intelectuais, morais, espirituais e sociais, “numa condição de liberdade e dignidade, e, na adoção de leis para este fim, o interesse superior da criança deve ser a consideração determinante”⁴².

³⁹ BOBBIO, 2004, p. 21.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ No que tange ao superior interesse, é observado no Princípio 2º: “A criança gozará de uma protecção especial e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios, para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”. O Princípio 3º traz os direitos sobre nome e nacionalidade: “A criança tem direito desde o nascimento a um nome e a uma nacionalidade”. Já no que diz respeito ao direito à saúde, o Princípio 4º: “A criança deve beneficiar da segurança social. Tem direito a crescer e a desenvolver-se com boa saúde; para este fim, deverão proporcionar-se quer à criança quer à sua mãe cuidados especiais, designadamente, tratamento pré e pós-natal. A criança tem direito a uma adequada alimentação, habitação, recreio e cuidados médicos” (ONU. **Declaração de Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html>>. Acesso em: 17 jan. 2017).

⁴² GUERRA; BOLEIRO, 2014, p. 14.

Na seara do direito à saúde, a DDC assegura à criança o direito de crescer e desenvolver em boa saúde, proporcionando à mãe e à criança cuidados especiais no pré e pós-natal. Associa-se a esse direito o de ter uma adequada alimentação, habitação, recreio e cuidados médicos, não somente contemplando os direitos humanos de primeira geração, mas combinando direitos sociais e econômicos.

Como se observa, a Declaração é, sem sombra de dúvidas, o maior avanço do início do século XX, mas atravessa a mesma problemática de sua antecessora, a Declaração de Genebra, por não “ser vinculativa e ter apenas um cariz simbólico”⁴³. Nesse aspecto, de fato, a Declaração é a base para o entendimento moderno do Direito da Infância e Juventude, mas não criou instrumentos de vinculação⁴⁴, até o surgimento da Convenção sobre os Direitos das Crianças, em 1989.

Entre a proclamação da DDC de 1959 e a Convenção sobre Direitos das Crianças de 1989, outros importantes acontecimentos na seara internacional se sucederam, como bem salienta Angélica Barroso Bastos: o Congresso Pan-Americano, de 1963, que teve sede em Mar Del Plata, na Argentina, foi cenário de forte debate sobre a definição de Proteção Integral da Criança⁴⁵. Em 1969, ocorre a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, onde se fortaleceu a tríade família-sociedade-Estado, ficando definido no seu art. 19, que “toda criança tem o direito de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”⁴⁶. Ainda, continua a autora, os Pactos Internacionais dos Direitos Cívicos e Políticos e os dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotados na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 1966, também reforçam a proteção dos direitos das crianças.

O artigo 24 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos⁴⁷ estabelece que toda criança, sem discriminação alguma, em respeito à sua condição de menor, deve receber proteção da sua família, da sociedade e do Estado, possuindo o direito de ser

⁴³ TOMÁS, Catarina. **Há muitos mundos no mundo**. Cosmopolitismo, participação e direitos da criança. Porto: Edições Afrontamento, 2011.

⁴⁴ Neste ponto, não podemos sequer falar em efetividades de direitos, mas na quebra de paradigmas e a construção do conceito moderno de direito da criança, fora nas palavras de Reis Monteiro, “um documento revolucionário” (MONTEIRO, 2010, p. 30).

⁴⁵ BASTOS, 2015, p. 40.

⁴⁶ Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017.

⁴⁷ Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf. Acesso em: 17 jan. 2017.

registrada após o nascimento, bem como usufruir de um nome. Também tem a criança o direito de adquirir uma nacionalidade.

No que tange à proteção do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, seu art. 10 reconhece que:

1. Deve conceder-se à família, elemento natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto responsável pelos cuidados e a educação dos filhos a seu cargo. O casamento deve contrair-se com o livre consentimento dos futuros cônjuges;
2. Deve conceder-se especial proteção às mães durante um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante o referido período, às mães que trabalham deve ser-lhes concedida licença com remuneração ou com prestações adequadas da segurança social;
3. Devem adoptar-se medidas especiais de proteção e assistência a favor de todas as crianças e adolescentes, sem qualquer discriminação por razões de filiação ou qualquer outra condição. Devem proteger-se as crianças e adolescentes contra a exploração económica e social. O emprego em trabalhos nocivos para a sua moral e saúde, ou nos quais corra perigo a sua vida ou o risco de prejudicar o seu desenvolvimento normal, será punido pela lei. Os Estados devem estabelecer também limites de idade abaixo dos quais seja proibido e sujeito a sanções da lei o emprego remunerado de mão de obra infantil.

Todos esses avanços⁴⁸, no âmbito dos Direitos Humanos das Crianças, chamam a atenção da comunidade internacional, sendo proclamado pela ONU o ano de 1979, como o Ano da Criança.

Os estudos realizados na década seguinte ao Ano da Criança, chefiados pela Polónia, esbarraram em questões internacionais delicadas, no auge da chamada Guerra Fria. Assim, os regimes soviéticos eram acusados de prestigiarem os direitos económicos, sociais e culturais, sendo que a ambição do projeto apresentado em 1978 pela comissão polaca esbarrou na falta de adesão dos Estados-membros a uma série de prestações sociais previstas pelo projeto⁴⁹. O lento processo para que todos chegassem a um consenso universal só foi possível em 20 de novembro de 1989, no 30º aniversário da Declaração de Direitos da Criança.

⁴⁸ Vale conhecer a observação feita por Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, ao lembrar a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, de 1951, além da Organização dos Estados Americanos, regulamentando uma série de situações da vida privada da criança, como a alimentação, atribuição da guarda de filhos, tutela, sequestro de filhos e adoção (MÔNACO, 2004, p. 105).

⁴⁹ Sobre as nuances dos estudos, a obra raiz deste trabalho, da autoria de A. Reis Monteiro (2010, p. 30-33).

A Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) nasce como instrumento internacional de maior aceitação entre os Estados-membros⁵⁰. Desse modo, a CDC se torna o primeiro tratado universal a combinar direitos econômicos, sociais e culturais, bem como civis e políticos, possuindo uma visão abrangente na proteção, promoção e afirmação de direitos⁵¹.

Assim, volvidos trinta anos da Declaração de Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Crianças se diferencia das obrigações de natureza moral que se impunham na Declaração de 1959, uma vez que ocorre a vinculação jurídica dos Estados que nela são partes, os responsabilizando pela materialização e concretização dos direitos previstos pela Convenção⁵².

A. Reis Monteiro leciona que os direitos da criança podem ser sintetizados em Três Ps⁵³:

- *Prestação*: direitos relativos à satisfação das suas necessidades básicas e de desenvolvimento.

- *Proteção*: direitos relativos à prevenção e reparação da violação dos seus direitos.

- *Participação*: direitos relativos à expressão e valorização de sua opinião em todas as decisões que lhe digam respeito.

Todavia, a CDC não trouxe somente direitos emancipatórios, mas também redigiu diretrizes principiológicas para sua fundamentação, como conteúdo normativo, como assinalam Paulo Guerra e Helena Boleiro⁵⁴:

⁵⁰ BASTOS, 2015, p. 42.

⁵¹ WOLFGANGBENEDEK (Ed.). **Direitos humanos da Criança**. Compreender os Direitos Humanos: manual de educação para os direitos humanos. Traduzido e disponibilizado em *E-book* pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy (ETC). Graz, Áustria, p. 310. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/index.html>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

⁵² GUERRA; BOLEIRO, 2014, p. 15. Neste mesmo sentido, Maria João Gonçalves e Ana Isabel Sani lecionam que a CDC abandona o caráter não vinculativo e passa “a ser um documento em que todos os Estados-partes teriam uma posição ativa, adaptando para isso as suas legislações em conformidade com a Convenção. A CDC tem força imperativo legal em todos os países signatários, num total de 192 países (com exceção dos EUA e da Somália), ou seja, passa a integrar o ordenamento jurídico dos Estados-signatários” (GONÇALVES, Maria João; SANI, Ana Isabel. Instrumentos Jurídicos de Proteção às Crianças: do passado ao presente. **E-Cadernos CES**, n. 20, p. 189-190, 2013. Disponível em: <<http://eces.revues.org/1728>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁵³ MONTEIRO, 2010, p. 40.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 16-17. Neste mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Catarina. **Ação Formativa: Avanços e Desafios na Defesa dos Direitos da Criança**. O princípio do interesse superior da criança. 2014. Disponível em: <www.cnpqjr.pt/preview_documentos.asp?r=4924&m=DOC>. Acesso em: 20 fev. 2017.

- *Princípio da não discriminação*, consagrado no artigo 2º, onde o Estados-partes se comprometem a tratar de forma não discriminada, seja raça, etnia, fortuna, incapacidade, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais;

- *Princípio de que a criança tem direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento*, disposto no artigo 6º, garantindo a proteção não só de sua existência, mas a sua existência com dignidade, na “máxima medida possível”, contemplando o sentido amplo de desenvolvimento e sua afetação nas mais diversas áreas;

- *Princípio do respeito pelas opiniões da criança*, estabelecido no artigo 12º, tornando a opinião da criança como fonte de alta consideração, de acordo com sua idade e maturidade, devendo guardar a oportunidade, em especial, de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos onde figurem seus interesses;

- *Princípio do interesse superior da criança*, consagrado no artigo 3º, o princípio-guia da aplicação do direito da criança, como estudaremos a fundo, constitui em grande dever e um dos maiores desafios para a sociedade e os Estados⁵⁵, a aplicação de suas dimensões nas tomadas de decisões, sejam elas feitas pelas autoridades administrativas, órgãos do legislativo, do executivo e judiciário, em consideração ao interesse especial das crianças.

Deste modo, a soma de direitos humanos gerais e direitos da criança especiais⁵⁶ (*manutenção de laços familiares, reconhecimento da imaturidade, dependência, vulnerabilidade e necessidades de desenvolvimento, proteção contra formas de negligência, violência e exploração; necessidades das crianças com limitação física ou psíquicas, ou daquelas colocadas em instituições alternativas aos lares, e crianças imigrantes, refugiadas, em conflito com a lei; e direito à recreação*) firma de vez, a grande transformação dos Direitos das Crianças, e conseqüentemente a mudança de paradigma de sujeitos objetos de proteção para sujeitos detentores de direitos – sujeitos autônomos de direito; numa aquisição que torna as questões da infância primordiais aos Estados-partes, fazendo do princípio-guia a grande ferramenta de busca pela efetividade dos direitos infantis.

Outras regras foram criadas, no âmbito internacional, sobre a instalação e administração das justiças especializadas nos direitos da criança, as Regras de Beijing de

⁵⁵ ALBUQUERQUE, 2014, p. 4.

⁵⁶ MONTEIRO, 2010, p. 40. Destaque feito pelo nobre autor, sobre os direitos especiais exigidos para as crianças, formulados pela CDC.

1985, que estabelecem uma série de direitos e garantias de matéria processual, bem como indica que a Justiça de Menores deve primar pela “proteção dos jovens e a manutenção da paz e da ordem na sociedade”, associando-se ao desenvolvimento nacional de cada país⁵⁷.

As Diretrizes de Riade foram criadas em 1990, constituindo princípios orientadores da ONU sobre a prevenção da delinquência juvenil. O conjunto de princípios busca a promoção global pela prevenção à criança e jovens em situações de vulnerabilidade: abandonados, negligenciados, maltratados, explorados, expostos a abusos e às drogas, e à vulnerabilidade social⁵⁸.

1.1.2.1 A União Europeia e o Conselho da Europa

O direito da criança na União Europeia foi desenvolvido de maneira fragmentada, sendo inicialmente promovido na proteção ao consumo, na regulamentação à segurança dos brinquedos, e na livre circulação de pessoas⁵⁹. A proteção da criança no cenário europeu, conforme o Manual de Legislação Europeia sobre os Direitos das Crianças, confeccionado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa, corrobora com o entendimento internacional e reafirma a construção de que “as crianças são detentoras de direitos e não meros objetos de proteção”. Deste modo, reconhece que as crianças “são beneficiárias de todos os direitos humanos/fundamentais, além de estarem sujeitas à regulamentação especial devido às suas características específicas”⁶⁰.

As especificidades dos regulamentos europeus ora se baseiam na CDC, ora constituem novos parâmetros, como é o caso do padrão utilizado para definir a faixa etária do conceito de criança, considerando aquela menor de 18 anos. Contudo, no quadro de direitos do União Europeia “não existe qualquer definição única e formal de ‘criança’ nos tratados, na legislação derivada ou na jurisprudência”⁶¹, adotando algumas vezes a noção “biológica e econômica” em oposição a uma baseada em menor idade por faixa etária. É o

⁵⁷ GUERRA; BOLEIRO, 2014, p. 20-21.

⁵⁸ Ibidem, p. 21.

⁵⁹ AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA E CONSELHO DA EUROPA. **Manual de legislação europeia sobre os Direitos da Criança**. 2015, p. 20. Disponível em: <fra.europa.eu>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁶⁰ Ibidem, p. 17.

⁶¹ AGÊNCIA..., 2015, p. 18.

caso do direito à livre circulação dos membros familiares pela UE, que define criança aquela com menos de 21 anos⁶².

Nas ações que envolvem Direitos como Segurança Social, Imigração e Educação, a União complementa a ação dos Estados-Membros, sendo estes os responsáveis por definir na legislação nacional quem é criança, assumindo na maioria a definição da CDC⁶³.

Assim, no quadro de direitos do Conselho da Europa, encontra-se a Convenção do Conselho da Europa relativo à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (art.4 e 3º), a Convenção de Lanzarote, referente à Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais. Já a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não traz a definição de criança, mas veda a distinção por qualquer natureza, incluindo as de razões de idade (art.1º e 14º da CEDH), pacificado na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem a definição de criança, a pessoa menor de 18 anos⁶⁴, sem olvidar da Declaração de Direitos Fundamentais que trata da educação gratuita (art.14º), a vedação do trabalho infantil e a proteção dos jovens no trabalho (art.32º), a não discriminação (art.21º), e especificadamente os direitos das crianças no art. 24º, consagrando o primado do superior interesse:

1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2. ***Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.***

3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses. (grifo nosso)

Avança por definitivo o Direito da Criança, consagrando-se de maneira ímpar no cenário internacional, abandonando a figura da criança objeto, digna apenas de proteção,

⁶² Outro exemplo referente às faixas etárias e conceitos de criança, jovem e adolescente está na “Diretiva 94/33/CE relativa à proteção dos jovens no trabalho (Diretiva Proteção dos Jovens no Trabalho), que regula a admissão das crianças ao emprego formal e as respetivas condições nos Estados-Membros da UE, estabelece uma distinção entre os «jovens» (termo genérico que designa todas as pessoas com menos de 18 anos), os «adolescentes» (qualquer jovem de idade igual ou superior a 15 anos e inferior a 18 anos – que já não esteja submetido à obrigação escolar a tempo inteiro) e as «crianças» (definidas como os menores de 15 anos de idade – para quem o emprego formal está em grande medida proibido)” (AGÊNCIA ..., 2015, p. 20).

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

para apoiar-se na criança detentora de direitos, baseado na perspectiva da criança em desenvolvimento, no reconhecimento maior do seu superior interesse.

Deste modo, firmado o reconhecimento de direitos na perspectiva global, resta-nos direcionar para o reconhecimento na perspectiva nacional, a fim de prosseguirmos os objetivos deste trabalho, observando o avanço do direito e da sociedade portuguesa e brasileira, tão intimamente ligado pelos eventos históricos.

1.2 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA EM PORTUGAL E NO BRASIL

1.2.1 A Criança e o Jovem em Portugal

A prática do catolicismo se arrastou pela Europa medieval, encontrando pouquíssima resistência, subjugando sob suas ordens da pessoa mais simples ao soberano mais poderoso, não sendo diferente nas terras portuguesas.

Os rituais bíblicos sagrados, entre eles o batismo, foram utilizados pela Igreja durante a contrarreforma para catalogar nominalmente as crianças católicas nascidas, e sucessivamente seus fiéis. Os registros, que passaram a ser obrigatórios após o Concílio de Trento, na sua 24ª sessão (1563), foram sem querer, ou não, os primeiros documentos de nossos meninos e meninas. As Constituições de Coimbra, de 1591, determinavam que as paróquias constituíssem livros em separado para assentarem os registros de batismo⁶⁵.

Assim, constituíram os registros, como observa Maria Luíza Marcílio, objeto de “distinção e da origem familiar de cada criança: legítima, ilegítima, exposta ou escrava”.

O Direito Canônico regeu por muitos séculos a moral familiar e a sexualidade, impondo a doutrina da família monogâmica e indissolúvel, construindo a ideia de filhos legítimos e ilegítimos, sendo que só aos primeiros fora dado o direito de herdar. A proibição da sodomia e do concubinato, bem como a adoção legal das crianças sem família foi substituída pela adoção por parentesco espiritual, na figura dos padrinhos de batismo, instalando de vez o Santo Ofício tanto em Portugal como em seu vasto reino⁶⁶.

⁶⁵ Nesta parte introdutória nos servimos da obra de Maria Luíza Marcílio, professora da Universidade de São Paulo (USP), autora do artigo “A criança abandonada na história de Portugal e do Brasil”, compilado por Renato Pinto Venâncio (Org.) na obra **Uma história social do abandono de crianças**. De Portugal ao Brasil: séculos XVIII – XX. São Paulo: Alameda, Ed. PUCMinas, 2010, p. 13-37.

⁶⁶ MARCÍLIO, 2010, p. 16.

Deste modo, a figura paterna se consagra, mais uma vez, no exercício do poder patriarcal, na submissão absoluta da mulher, em decorrência da força bíblica - “a mulher estará sob o poder do marido” - e na obrigação de criação e correção dos filhos, no exercício legítimo do *jus corrigendi*⁶⁷.

Para o pesquisador e historiador Teodoro Afonso da Fonte, as Ordenações do Reino, as Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, bem como os Códigos Administrativos, Penal e Civil, são os manuscritos jurídicos que continham em alguns pontos a regulamentação das crianças expostas na Idade Média, indo até o século XX⁶⁸.

As Ordenações Manuelinas de 1521⁶⁹ determinavam que as Câmaras Municipais fossem as responsáveis, em última instância, pela proteção das crianças expostas⁷⁰. A finta dos expostos era o imposto municipal criado para custear a criação das crianças enjeitadas, quando seus familiares não tinham mais condições de se responsabilizar, ou a filantropia exercida principalmente pelas Misericórdias, não conseguia absorvê-los. Todavia, esses cuidados se encerravam aos sete anos, passando os Juízes de Órfãos a se responsabilizar pelos expostos até o completar de sua maior idade, aos 20 anos, cinco anos antes dos demais.

⁶⁷ Neste sentido, OLIVEIRA, José Sebastião de. Aspectos da evolução do conceito de família, sob a perspectiva da sociedade brasileira, nos períodos colonial e imperial, no tocante à ordem social e política. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 4, n. 1, p. 39, 2004. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/361/424>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

⁶⁸ Neste sentido, o historiador revela que o Código Penal Português, de 1852, determinava que “aquelle que expozer e abandonar, ou fazer expor ou abandonar algum menor de sete anos em qualquer lugar que não seja o estabelecimento publico destinado à recepção dos expostos, será condenado a prisão de um mez e três anos, e multa correspondente”. No art.354º do mesmo código, trazia a regulamentação que “os paes legítimos que, tendo meios de sustentar os filhos, os expozerem fraudulentamente no estabelecimento publico destinado à recepção dos expostos, serão condemnados na multa de um mez a um anno” (FONTE, Teodoro Afonso da. Evolução do conceito de Exposto em Portugal. In: VENÂNCIO, 2010, p. 39, 42).

⁶⁹ De acordo com as Ordenações Manuelinas (Liv.1,t.67§10) “[...] se alguns alguns órfãos que nom forem de legitimo matrimonio forem filhos d’alguns homens casados, ou de solteiros, em tla caso primeiramente seram constringidos seus pays, que os criem; e nom tendo eles por onde os criar, se criaram aacusta das mãys; e nom tendo huns nem outros por onde os criar, sejam requeridos seus parentes que os mandem criar; e nom o querendo fazer, ou sendo filhos de Religiosos, ou Frades, ou Freiras, ou de mulheres casadas, por tal que as crianças nom mouram por mingua de criançam, os mandaram criar aacusta dos bens do Ospitaes, ou Alberguarias, se os ouver na Cidade, Villa, ou Lugar ordenados para criação dos engeitados, se craram aacusta das rendas do Concelho; e nom tendo o Concelho rendas por onde se possam criar, se lançará finta por aquellas pessoas que nas fintas, e encarreguos do Conselho ham de pagar, a qual lançaram os Officiaes da Camara” (ORDENAÇÕES do Senhor Rey D. Manuel, Livro I, Coimbra, Imprensa da Universidade, Anno de MDCCLXXXVII apud FONTE, op. cit., nota 5, p. 54).

⁷⁰ MARCILIO, 2010, p. 22.

A Roda dos Expostos⁷¹, que ganhou fama pela Europa nos séculos XVI-XVII⁷², principalmente pelo anonimato de seus expositores, teve origem na Idade Média, precisamente na Itália, sendo, entre outras confrarias, a mais importante prestadora de caridade e assistencialismo aos pobres e necessitados. A Roda detinha dois papéis fundamentais, como afirma Marcilio: o de garantir o batismo das crianças abandonadas e o de preservar o expositor, estimulando que o mesmo não deixasse a criança abandonada à própria sorte. As antigas Santas Casas da Misericórdia eram as principais prestadoras de tais filantropias, destinando cuidado às crianças enjeitadas, com apoio da comunidade religiosa, uma vez que a Igreja Católica era tolerante ao abandono de crianças, sendo por outro lado a principal fomentadora da regulamentação legal para proteção dos menores⁷³.

A regulamentação da criação e funcionamento da Roda e da Casa dos Expostos, em 1783, pela lei criada pelo chefe da Intendência Geral da Polícia, Pina Manique, ficou inalterada até 1867, quando foi vedado o anonimato que protegia o expositor, decretando o fim da Roda dos Expostos como era conhecida, permanecendo somente a Casa dos Expostos, que acolhia as crianças desamparadas⁷⁴.

Mudou-se a forma de atender as crianças expostas, passando a serem ofertadas pelos Hospícios, indicadas como as novas instituições de assistência, tendo dentro de uma de suas divisões a incumbência de criação das crianças expostas, abandonadas e indigentes. Outra secção, como define Da Fonte, ficou destinada à enfermaria da maternidade para as parturientes, sendo que as mães desamparadas e absolutamente pobres podiam usufruir de uma espécie de pensionato durante a gravidez, podendo ficar em caráter excepcional até os

⁷¹ A Roda era construída de madeira, normalmente posta nas portas dos conventos e misericórdias, onde a pessoa, anonimamente, colocava a criança e a rodava para dentro da residência, não se podendo saber ao certo a pessoa que a colocou. Alguma das vezes a criança vinha acompanhada de bilhete ou carta, que identificava o nome que lhe foi dado, até eventual sobrenome, sendo registrada no livro dos expostos que ficava a cargo das Santas Casas da Misericórdia (MARCILIO, 2010, p. 17-18, 23).

⁷² “O processo de urbanização das cidades europeias, entre os séculos XVI e XVIII, de certa forma intensificou o aumento do abandono de crianças indesejadas, já que, nos grandes centros urbanos, os laços de solidariedade – muito comuns em pequenas comunidades -, tendem a se romper. E, com isso, o processo de socialização das crianças que era, em parte, compartilhado por diversos membros da comunidade, passa unicamente a ser função da família. Dessa forma, qualquer conflito familiar, seja de ordem moral seja de ordem econômica, pode levar ao abandono da criança. No século XVIII, as expressões ‘criança exposta’ ou ‘criança enjeitada’ eram utilizadas no vocabulário português, ao invés de criança abandonada, para aparentemente caracterizar o abandono de crianças na primeira infância.” (RODRIGUES, Andréa da Rocha. As Santas Casas da Misericórdia e a Roda dos Expostos. In: VENÂNCIO, 2010, p. 125-126).

⁷³ MARCILIO, op. cit., p. 21.

⁷⁴ Ibidem, p. 20-23.

quatro anos de idade da criança, no período de amamentação, assumindo a instituição a função de creches⁷⁵.

O jurista Gouveia Pinto, em 1828, tentou estabelecer critérios de distinção entre crianças expostas, abandonadas e desvalidas. Da Fonte relata que o jurista distinguiu as primeiras como filhas de pais incógnitos, que foram enjeitadas. As segundas eram filhas de pessoas conhecidas, que as tinham deixado ao desamparo. Já as terceiras eram as que não estavam em situação de abandono, mas se encontravam em situação de risco, ou por serem órfãos, ou por seus familiares não poderem cuidar, “por terem nascido em ambientes familiares muito precários”⁷⁶.

Em 17 de maio de 1911, com implementação da República, foi criada a Lei da Infância e Juventude, ou Lei de Protecção à Infância⁷⁷, transformando Portugal em um dos primeiros países a elaborar disposições especiais aos menores, mesmo que na área penal⁷⁸. A criança era considerada para a lei como “a base das sociedades, a matéria-prima com que hão de construir-se a cimentar-se alicerces, ergue-se a arquitetura desempanada duma nacionalidade nova, solidamente organizada”⁷⁹.

A lei de 1911 foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 10767, de 15 de maio de 1925, e instituiu em todas as comarcas o Tribunal de Menores, tratando o Estado de assumir responsabilidade com os menores que estivessem em iminente perigo moral, garantindo o seu desenvolvimento ao nível de educação, formação e social.

Já a lei de Organização Tutelar de Menores, aprovada em 1962, seguiu o modelo legal de países de regime político autoritário, não fazendo distinção entre as crianças em perigo ou com comportamentos desadequados, visando somente a uma “prevenção criminal através de medidas de proteção, assistência e educação”⁸⁰. Essas ideias foram sustentadas durante a década de 70, através da ideologia política do Estado Social, uma vez que

⁷⁵ FONTE, 2010, p. 44.

⁷⁶ Ibidem, p. 48.

⁷⁷ Rosa Clemente define como Lei de Protecção à Infância, considerando um diploma notável, sendo que a Lei cria “o primeiro Tribunal de Menores, em Lisboa, então designado de Tutoria de Infância, instituição posteriormente generalizada a todas as comarcas por Decreto da República em 1925” (CLEMENTE, Rosa. **Inovação e Modernidade no Direito de Menores**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 17).

⁷⁸ GONÇALVES; SANI, 2013, p. 192.

⁷⁹ PORTUGAL. Lei de Protecção à Infância, de 27 de maio de 1911. In: PIEDADE, Patrícia Nunes Cunha da. **Intervenção Social na Evolução do Sistema de Protecção Social das Crianças e Jovens em Perigo em Portugal**. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rk/v13n2/10.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁸⁰ Ibidem, p. 6.

constituía a delinquência juvenil associada à vulnerabilidade social dos indivíduos e das famílias⁸¹.

Contudo, foi a Revolução Democrática de 1974 que iniciou um novo processo de alteração da legislação. A proteção da criança é incorporada à Constituição de 1976, bem como são feitas remodelações na Organização Tutelar de Menores, Decreto-Lei nº 314/78, estabelecendo no seu art.15º a competência dos Tribunais de Menores para atuar em situações onde os menores sejam vítimas de maus-tratos, abandono ou desamparo, capaz de atentar contra sua saúde, segurança, educação e moralidade. Por outro lado, não havia estipulado a medida específica para “os menores em risco”, apenas a possibilidade do tribunal de decretar as medidas que entenda adequadas, como “confiar o menor a terceira pessoa ou colocá-lo em estabelecimento de educação ou assistência⁸². Essa ruptura só acontece por definitivo com a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e a Lei Tutelar Educativa, oriundas da Reforma Legislativa de 1999⁸³.

1.2.1.1 A proteção da Criança e do Jovem na Constituição de 1976

Após longo período de ditadura fascista, a revolução invocada em 25 de abril de 1974 faz nascer o processo que conduziu à Constituição de 1976, com a retomada do Estado Democrático de Direito, não obstante suas bases socialistas⁸⁴, que objetivava a “realização da democracia económica, social e cultural”⁸⁵.

⁸¹ MADURO, Joana. A justiça de menores portuguesa na viragem do século XXI: uma expressão da cultura do controlo? **E-cadernos CES**, n. 20, p. 31, 2013. Disponível em: <<http://eces.revues.org/1646>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁸² PIEDADE, Patrícia Nunes Cunha da. **Intervenção Social na Evolução do Sistema de Protecção Social das Crianças e Jovens em Perigo em Portugal**. p. 7. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/Patricia%20Piedade.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁸³ A Reforma do Direito dos Menores de 1999 altera os paradigmas do modelo de Responsabilização para o um conceito pedagógico de educação para o direito, como define Joana Maduro (2013, p. 34). Em 1991, o Decreto-Lei nº 198/91 reformula as Comissões de Protecção de Menores, entidades oficiais não jurídicas com competência para acompanhar e aplicar as medidas de proteção a crianças e jovens, com consentimento de seus progenitores ou seu representante legal. Com a reforma de 1999, as comissões passam a ser denominadas de Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, atuando de forma alargada, na promoção e prevenção, e de forma restrita, nas situações de emergência. A grande alteração se dá pelo fato de que a criança maior de 12 anos de idade deverá dar seu consentimento para as intervenções. Não sendo possível a intervenção por parte da Comissão, ocorre a comunicação ao Ministério Público da comarca, para instauração de processo de proteção (Ibidem, p.14-15).

⁸⁴ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Preâmbulo. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2015. (Códigos Universitários).

⁸⁵ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 15. Tomo I.

A Constituição pós-revolução é, nas palavras do jurista Jorge Miranda, uma constituição fundada num “compromisso histórico”, uma Constituição-garantia⁸⁶, sistematizada, traduzindo questões de ordem política e axiológica⁸⁷.

Os nobres juristas J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira assinalam o carácter compromissório da Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante CRP), firmado entre o princípio liberal e o princípio socialista, entre “os clássicos direitos de liberdade e os modernos direitos positivos de natureza económica e social”⁸⁸.

Com o objetivo de transformar a sociedade, a CRP traz em seu art.69º a proteção constitucional do direito da criança e do jovem, garantindo o “direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”. Em seu segundo ponto, garante às crianças órfãs, abandonadas e ou privadas de um ambiente familiar normal, uma especial proteção por parte do Estado, na construção legítima de um dever constitucional de especial intensidade⁸⁹.

Deste modo, considera a CRP que as crianças são sujeitos de direitos, e de direitos fundamentais. Miranda assevera que o Estado está “vinculado positivamente pelos direitos fundamentais”, no epicentro da promoção dos direitos das crianças, tendo o “dever de proteger o interesse dos filhos e, em última análise, o dever de proteger a vida, a integridade pessoal, o desenvolvimento da personalidade e outros direitos fundamentais”⁹⁰.

Assim, o referido artigo soma verdadeiros direitos sociais, que “envolvem deveres de legislação e de acção administrativa para sua realização e concretização”⁹¹, lembrando Canotilho e Moreira que constituem ora direitos de natureza negativa, quando se refere ao direito de não serem abandonadas, discriminadas ou oprimidas, ora direitos positivos, que envolvem a responsabilidade do Estado e dos poderes públicos em geral, mas também da sociedade, aqui incluída a própria família, e das instituições, referindo-se “a verdadeiros direitos fundamentais nas relações entre particulares”⁹².

⁸⁶ MEDEIROS; MIRANDA, 2014.

⁸⁷ Ibidem, p. 16.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 44. Tomo I.

⁸⁹ MEDEIROS; MIRANDA, op. cit., p. 1381. Redação dada pela Revisão Constitucional de 1997.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 869.

⁹² Ibidem.

A CRP consagra a proteção ao “desenvolvimento integral” (nº 1, *fine*), em consonância com a noção de “desenvolvimento da personalidade” que está contido no art.26º - 2, constituída em dois pressupostos, como definiu Canotilho e Moreira:

por um lado, a garantia da dignidade da pessoa humana (crf.art.1º), elemento ‘estático’, mas fundamental para o alicerçamento do direito ao desenvolvimento; por outro lado, a consideração da criança como pessoa em formações, elemento dinâmico, cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades.

Deste modo, em busca da proteção e promoção dos direitos fundamentais das crianças, o Estado possui a legitimidade de intervir e, por muitas vezes, restringir os direitos fundamentais dos pais (art.36º da CRP) e da própria criança, quando das medidas tutelares educativas (liberdade e autodeterminação)⁹³. Contudo, todas essas medidas restritivas devem ocorrer de maneira excepcional e respeitando o princípio da proporcionalidade⁹⁴, sendo a mais gravosa a *ultima ratio*.

A CRP, por outro lado, deixou vago o conceito de criança, não estipulando a data de limite etário para sua consideração, mas destacou no art.70ª o jovem⁹⁵. O *status* de adulto fica por conta de diversos diplomas legais, aplicando de forma abrangente o conceito de criança. O Código Civil, no que diz respeito à capacidade jurídica, no seu art.122º, considera menor todo aquele que não completou dezoito anos de idade; o Código Penal dispõe que são inimputáveis os menores de 16 anos de idade, art. 19º. Já a Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo assinala no seu art.5º, que sua aplicação está destinada à pessoa com menos de 18 anos, ou à pessoa com 21 anos que solicite a continuidade da intervenção aplicada antes dos 18 anos. A Lei Tutelar Educativa se destina à aplicação das medidas tutelares

⁹³ GUERRA; BOLEIRO, 2014, p. 25.

⁹⁴ Paulo Guerra e Helena Boleiro trazem a reflexão da atuação proporcional fundamentada nos escritos jurídicos de Gomes Canotilho e Vital Moreira, que aduzem para o “princípio da proibição do excesso”, que se desdobra em “princípio da adequação, princípio da exigibilidade e princípio da proporcionalidade. Já para Jorge Miranda e Rui Medeiros, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado através de três vetores: necessidade, adequação e racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu* (Ibidem, nota 2, p. 26).

⁹⁵ Conforme salienta Manuela Baptista Lopes, não há em Portugal, um instrumento legal especificadamente dedicado aos direitos da criança, ao estilo de um Estatuto da Criança, conforme há no Brasil. Os textos legais de carácter geral, como a Constituição, Código Civil, Código Penal, Código do Trabalho, contêm disposições sobre os direitos da criança. Já a Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, a Lei Tutela Educativa, Estatuto do Aluno e Ética Escolar, são instrumentos legais voltados de maneira específica a tutelarem direitos das crianças e jovens (LOPES, Manuela Baptista. Enquadramento jurídico-normativo dos direitos da criança em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, V. XC, Tomo I, separata, p. 333, 2014).

educativas daqueles acima de 12 anos de idade, até os seus 16 anos, quando se completa a idade imputacional⁹⁶.

O art. 70º garante que “os jovens gozam de proteção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais”⁹⁷, correspondendo essa especial proteção a: a) ensino, formação profissional e cultura; b) acesso ao primeiro emprego, trabalho e segurança social; c) habitação; d) educação física e desporto; e) no aproveitamento dos tempos livres⁹⁸.

Assim, embora o legislador constitucional tenha diferenciado as duas categorias, crianças e jovens, contudo, não define os dois conceitos, o que não impede que a aplicação da especial proteção e desenvolvimento integral, que se refere às crianças, seja destinado também aos jovens. Todavia, a aplicação das medidas especiais de proteção, assim considerando a regra dos direitos sociais, apresenta uma “ampla margem de liberdade de conformação legislativa”, embora sua aplicação deva ser feita “conforme a Constituição”⁹⁹.

1.2.1.2 A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

A Lei de Protecção de 1999 (recentemente alterada pelas Leis nº 31/2003, de 22 de agosto e nº 142/2015, de 08 de setembro) é o instrumento jurídico que mais se aproxima da evolução de todo o sistema de protecção e promoção de direitos das crianças e jovens. É como define Rosa Clemente¹⁰⁰, ao lecionar que os movimentos no plano internacional levaram a lógica do *empowerman* das crianças e das Comissões de Protecção de Menores, em consequência do “surgimento e consolidação do Estado-providência nos países centrais do pós-segunda guerra”, bem como a consolidação dos Direitos Humanos e do princípio do superior interesse da criança.

⁹⁶ LOPES, 2014, p. 332.

⁹⁷ Canotilho e Moreira definem que a protecção especial aos jovens trata-se “de uma norma à partida dirigida à protecção de uma determinada categoria de pessoas (tal como sucede com os direitos dos pais e das mães, os direitos das crianças, os direitos dos deficientes e os direitos dos idosos), traduzindo-se numa qualificação dos princípios da universalidade da igualdade, incluindo uma discriminação positiva em favor dos jovens” (CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 875).

⁹⁸ O art.70 ainda traz no ponto 2 referências à política da juventude, que terá como objetivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à comunidade. No ponto 3, o Estado, em parceria com as famílias, escolas, empresas, organizações, associações e fundações de fins culturais, terá que fomentar a prossecução daqueles objetivos (culturais), bem como o intercâmbio internacional da juventude. (Redação dada pela revisão constitucional de 1989).

⁹⁹ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 875.

¹⁰⁰ CLEMENTE, 2009, p. 20-21.

A regulação do sistema de intervenção judicial e administrativo relativo aos menores, como define a pesquisadora supracitada, caracteriza-se “como um direito de natureza social em que acção do tribunal tem a natureza de recurso subsidiário, a LP estabelece o quadro legal orientador da intervenção da sociedade e do Estado”, adotado através de “dois pilares fundadores”, sendo o primeiro referente à “promoção da universalidade dos Direitos do Homem”, e o segundo “uma acção legitimada pela noção de perigo, que invoca o comprometimento sério do bem-estar da criança ou jovem por factos ou omissões devidos aos progenitores, representantes legais ou pessoas encarregadas por sua guarda”¹⁰¹. A intervenção é orientada pelos princípios da privacidade, precocidade mínima e do interesse superior da criança e do jovem (art.4º da LP).

Assim, a intervenção de protecção, que consiste na aplicação da lei, na “promoção dos direitos e a protecção das crianças e dos jovens em perigo, de forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral” (§1º), atende a dois objetivos, como afirma Clemente, sendo um primeiro “objetivo imediato”, na concepção clássica de perigo e das ações necessárias para a retirada da criança e do jovem da situação perigosa, eliminando os “fatores que a colocam nessa condição”; o segundo objetivo “apela à promoção e ao respeito pelos seus direitos”, considerando que a lei protetiva é “em última instância sinónimo do gozo de seus direitos”¹⁰².

1.2.2 A Criança, o Adolescente e o Jovem no Brasil

Em 3 de maio de 1823, o então Imperador Pedro I relatou à Assembleia Constituinte:

A primeira vez que fui à Roda dos Expostos, achei, parece incrível, sete crianças com duas amas; sem berço, sem vestuário. Pedi o mapa e vi que em 13 anos tinham entrado perto de 12 mil e apenas tinha vingado mil, não sabendo a Misericórdia verdadeiramente onde elas se achavam.¹⁰³

A declaração icônica do então Imperador do Brasil à Assembleia Constituinte demonstra o quanto era difícil ser criança “exposta” e sobreviver. O Brasil do Império,

¹⁰¹ CLEMENTE, 2009.

¹⁰² Ibidem, p. 23.

¹⁰³ PASSETTI, Edson. Crianças Carentes e Políticas Públicas. In: PRIORE, Mary del (Org.). **Histórias das Crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2013, p. 348.

baseado na mão de obra escrava, oriunda do comércio transatlântico, pouco se importava com as crianças escravas oriundas do continente africano. Objetos de trocas e comércio, as crianças escravas não eram o objetivo central dos senhores de escravos; eram suas mães, reprodutoras, que agregavam valor ao investimento nos cafezais e plantações de cana-de-açúcar¹⁰⁴.

A brutalidade do tratamento da época da escravidão contrasta com a atenção dada às crianças escravas que viviam junto aos seus senhores ou residiam nas cidades, que muitas vezes comungavam do mesmo ambiente das crianças livres, servindo-lhes de acompanhante ou entretenimento. Contudo, a partir dos sete anos, as crianças escravas iam trabalhar, ao tempo que as livres iriam estudar, estando as primeiras sujeitas a toda e qualquer brutalidade e castigos físicos, a fim de serem devidamente corrigidas¹⁰⁵.

A escravidão é abolida em 1888. Contudo, antes disso, é promulgada, ainda no período imperial, a Lei do Ventre Livre¹⁰⁶, que tornava livres todos os filhos de escravas, em 28 de setembro de 1871. A lei impunha obrigações de cuidado dos menores aos seus senhores; estes, por sua vez, quando a criança completava 8 anos de idade, poderiam receber uma indenização do Império, que assumiria a responsabilidade sobre a criança, ou utilizar de seus serviços até que completasse 21 anos. Assinada pela Princesa Isabel, a lei pouco serviu para alterar as condições das crianças escravas no Brasil, pois as mantinha sob cativo, mesmo na “condição de livre”.

A construção da justiça especializada na criança e adolescente teve início no Brasil através dos Juizados de Menores. Iniciou-se na antiga capital do país, na cidade do Rio de Janeiro, em 1923, antes da promulgação do Código de Menores de 1927, que ficou conhecido como Código de Mello Mattos, seu idealizador e primeiro juiz de direito menorista da América Latina. Inaugura-se uma política baseada no menor¹⁰⁷, aquele oficialmente delinquente ou abandonando¹⁰⁸, justificando a intervenção do Estado na

¹⁰⁴ GOÉS, José Roberto de; FLORENTINO, Manolo. Crianças escravas, Crianças dos Escravos. In: PRIOE, Mary del (Org.). **Histórias das Crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2013, p. 178-179.

¹⁰⁵ PRIOE, Mary del. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. In: _____ (Org.). **Histórias das Crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2013, p. 97.

¹⁰⁶ Documento original disponível em formato digital em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496715/Lei%20do%20Ventre%20Livre%20-%201871.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

¹⁰⁷ Conforme nos traz Schush, “o menor era definido, primordialmente, em torno de sua situação de subordinação social pela pobreza. As medidas jurídico-estatais dirigiam-se à população carente da sociedade brasileira, objetos privilegiados das medidas de reforma populacional e alvos de um esforço classificatório de reordenamento do social, algo particularmente relevante em um momento de recente fim da escravidão (1888)” (SCHUSH, 2009, p. 112).

¹⁰⁸ Ibidem, p. 59.

família, na tentativa de promover melhor cuidado e educação; a institucionalização era vista como única saída para resguardar direitos e manter a ordem¹⁰⁹.

Contudo, não há como negar o caráter vanguardista do Código, que abalou a ideia contida no Princípio do Dispositivo, que em latim corresponde ao “*ne procedat iudex ex officio*”, alargando os poderes do Juiz de Menor, que não necessitaria mais de um advogado ou do representante do Ministério Público para atuar, bastava o conhecimento do caso de perigo, para que o mesmo determinasse “*ex officio*” as medidas necessárias. Tal alteração abalou o mundo jurídico da época, constituindo verdadeiro “escândalo jurídico”¹¹⁰.

O Código de Menores vigorou no período higiênico-sanitarista¹¹¹¹¹², firmado na necessidade de se criar mecanismos que pudessem enfrentar as mudanças sociais causadas pela urbanização e aumento demográfico, preocupada com a saúde e com o desenvolvimento dos futuros adultos. Passou-se a categorizar as crianças, sendo aquelas desprovidas de recursos, onde as famílias não gozavam de boas condições financeiras, as primeiras a serem intervencionadas pelo Estado¹¹³. A junção das ideias de *criança carente* com a *criança delinquente* fez surgir as categorias de “criança desviante” e “criança em situação irregular”.

¹⁰⁹ “O Código de Menores Mello Matos se coloca então como um instrumento de proteção e vigilância da infância e adolescência, vítimas da família em seus direitos básicos. A família então era concebida como a principal e, por que não dizer, única violadora dos direitos de suas crianças. O juiz, por sua vez, era a única autoridade pública capaz de exercer a autoridade e vigilância sobre o menor abandonado ou delinquente” (ALCÂNTARA, 2013, p. 60).

¹¹⁰ ROMÃO, Luis Fernando de França. **A Constitucionalização dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Coimbra: Ed. Almedina, 2016, p. 52.

¹¹¹ SCHUSH, 2009, p. 106.

¹¹² No que diz respeito à doutrina do direito da criança no Brasil, os autores definem três fases do direito da criança, sendo a primeira fase a **Fase Penal Indiferenciada**: essa fase consistia do período dos códigos penais do século XIX até as primeiras legislações do século XX, onde estipulavam penas atenuadas aos menores. Seguindo as teorias do direito romano, a criança era absolutamente incapaz até os sete anos, como se animal fosse, pois eram equiparados. O Código Criminal Imperial de 1830 trazia a atenuante aos menores de 21 anos, adotando uma “teoria do discernimento”, uma vez que os menores de 14 anos não seriam julgados. A **Fase Tutelar** tem início em 1920, frente à revolta e indignação da sociedade frente às condições carcerárias, onde se misturavam adolescentes e criminosos. A fase tutelar consiste na grande reforma que sofre o direito da criança, com forte interferência da medicina, psicologia e assistência social, construindo o trinômio periculosidade-menoridade-pobreza. A terceira fase constitui a **Fase Garantista**, que consiste na fase atual, iniciada na década de 1980, com o início da abertura democrática e dos trabalhos de incluir os direitos da criança e do adolescente na nova Constituição, bem como da criança do Estatuto da Criança e do Adolescente, revogando o desatualizado Código de Menores (BASTOS, 2015, p. 56-69).

¹¹³ Irene Rizzini define que o Brasil adotou a “cultura institucional”, adquirindo “uma tradição de institucionalização de crianças, com altos e baixos, mantida, revista e revigorada por uma cultura que valoriza a educação da criança por terceiros – cultura que permeia amplos setores da sociedade, desde os planejadores até os grupos sociais de onde saem os internos. As instituições atendiam a grupos diversificados, de acordo com as prescrições de gênero, mas consideravam ainda as especificidades étnicas. Meninos e meninas índios ou filhos de escravas e libertas passaram por asilos, casas de educandos, institutos e colégios. Entretanto, os meninos pobres e livres das cidades constituíram o grande alvo da intervenção das políticas de internação” (RIZZINI, Irene. **A Institucionalização de Crianças no Brasil**: percurso histórico e desafios do presente. São Paulo: Editora PUC-Rio, 2004, p. 22).

O reajustamento da vida em sociedade e as transformações do Estado na época obrigaram as forças governamentais a dedicarem atenção especial aos menores, não deixando somente a cargo da filantropia e instituições religiosas, como era anteriormente predominante.

Outro fator alarmante é a escalada da violência juvenil, o que levou o Estado a exigir das famílias um posicionamento rígido, assumindo para a si a autoridade quando da transgressão; conforme salientou Jacques Donzelot, o Estado chamaria à ordem quando do desvio juvenil¹¹⁴.

A assunção da autoridade por parte do Estado, instaurada pelo Código de Menores de 1927, num processo contínuo de afastamento da autoridade familiar, que veio acontecendo nos anos subsequentes à promulgação da Lei, ocasionou uma forte institucionalização de crianças consideradas “delinquentes” ou “pivetes”.

Contudo, o excesso da intervenção judicial na vida das famílias e a consequente institucionalização dos menores geraram forte discussão sobre o abuso praticado pelos agentes responsáveis pelo emprego dessas políticas, bem como sobre as reais atribuições do Poder Judiciário, sobre a aplicação estrita da lei (“juizado - judicial”) ou sobre a ideia de um judiciário executor de políticas públicas (“juizado – executivo”)¹¹⁵. O questionamento corroborava com o pensamento internacional da época, por volta da década de 40, com o debate sobre a defesa dos direitos do menor e a sua real regulamentação, na busca de definição do papel de cada agente¹¹⁶. Todavia, o início do regime militar, em 1964, instaurou outra política de “bem-estar”, preocupada não com a “segurança nacional”, mas com a influência internacional, na abordagem moderna da “infância universal”.

A entrada em vigor do Código de Menores de 1979 pouco afastou a ideia de institucionalização juvenil como solução para os problemas passados pelas crianças e adolescentes, bem como não prestigiava a participação de setores da sociedade na proteção da criança, nem na aplicação da lei ou das medidas judiciais, ficando a exclusividade a cargo do judiciário e seus auxiliares. Alcântara define que as medidas socioeducativas e as medidas de proteção se confundiam no Código de 1979, não diferenciando a criança ou adolescente que estivesse em conflito com a lei, ou que precisasse da lei para sua proteção¹¹⁷. Assim,

¹¹⁴ DONZELOT, Jacques. A política das famílias *apud* ALCÂNTARA, in: DUARTE, 2013, p. 61.

¹¹⁵ SCHUSH, 2009, p. 116.

¹¹⁶ Promulgação do Código Pan-Americano da Criança em 1948 (Ibidem, p. 117).

¹¹⁷ ALCÂNTARA, 2013, p. 61-62.

diversas famílias buscavam as instituições jurídico-estatais para internar seus filhos, na busca de acesso à alimentação, estudo, vestuário e inserção profissional¹¹⁸. A internação, erroneamente, transformou-se em meio para se alcançar o bem-estar das crianças, através de políticas públicas pouco ofertadas fora do meio institucional.

A realidade do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil só se alterou com a redemocratização em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, e seu forte papel na promoção e proteção de direitos fundamentais, notadamente do direito à infância e juventude, elencado no art. 227 da carta constitucional, iniciando a fase garantista.

1.2.2.1 A proteção da criança, do adolescente e do jovem na Constituição de 1988

Num país marcado por uma “trágica tradição” de “golpes de estado, contragolpes e quarteladas”, “em sucessivas violações da ordem constitucional”¹¹⁹, a promulgação da Constituição de 1988 marca a retomada da democracia no país, após 25 anos de um regime militar autoritário.

A Constituição inaugura a “reconquista dos direitos fundamentais”¹²⁰; nas palavras do jurista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, a Constituição é “apoteose cívica”, marcando a retomada dos direitos individuais, com fortes pretensões sobre os direitos sociais, “marcada, todavia, por interesses e paixões”¹²¹. Os trabalhos subdivididos de sua criação forçaram a elaboração de uma Constituição prolixa e

¹¹⁸ SCHUCH, 2009, p. 120.

¹¹⁹ Barroso lista uma série de eventos políticos históricos para justificar seu argumento: “D. Pedro I (IV em Portugal) dissolveu a primeira constituinte do governo republicano; Floriano Peixoto, vice-presidente da República, deixou de convocar eleições após a renúncia de Deodoro da Fonseca, como exigia a Constituição, permanecendo indevidamente na presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, A Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935 e o golpe de Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeleito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubstishek, foi necessário o contragolpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros Militares, inicialmente, vetaram a posse do vice-presidente João Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul. Em 1964 veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional n.5. Em 1969, o impedimento à posse do vice-presidente civil, Pedro Aleixo, e a outorga de um nova Constituição pelos ministros militares. A enunciação é meramente exemplificativa, mas suficientemente esclarecedora” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 492-493).

¹²⁰ Idem. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41.

¹²¹ Ibidem.

minuciosa, que tinha sua justificativa na fragilidade de um país na retomada da democracia, acostumado com diversas rupturas de poder.

O texto constitucional de 1988 consagra mudanças significativas nos direitos das crianças e adolescentes. No seu art. 227¹²² positiva uma série de deveres e direitos às crianças e adolescentes, impondo à família, sociedade e Estado a necessidade de assegurar, com absoluta prioridade,

o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A constitucionalização da proteção da criança e a conseqüente segurança de seus direitos constituem um marco dos movimentos contra-hegemônicos, relativos ao adultocentrismo, que, nas palavras do jurista Marcus Vinícius Pereira Júnior, consiste na

¹²² **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

“prática social onde os adultos exercem o poder sobre as crianças e adolescentes”, deturpando o entendimento moderno de seres em desenvolvimento, para utilizar esse paradigma e legitimar a limitação da liberdade infantojuvenil, impondo-lhes “suas vontades, ou seja, dos adultos, na definição dos destinos da vida das pessoas com menos de 18 (dezoito) anos¹²³”.

A criança, o adolescente e o jovem se emanciparam no mundo jurídico brasileiro; a Constituição inaugura a *doutrina da proteção integral*, que faz frente ao antigo modelo da *doutrina da situação irregular*. A *doutrina da situação irregular*, que perdurou desde o Código de Menores de 1979, considerada implícita na formulação do primeiro código em 1927, compreendia no modelo de criança que se encontrava em situação irregular, definido pelo código no art.2º, sendo: a) menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis; b) as vítimas de maus-tratos, ou que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; c) o autor de infração penal e ainda todos os menores que apresentassem um desvio de conduta, seja ele dentro do contexto familiar ou comunitário¹²⁴.

A *doutrina da proteção integral*¹²⁵, inaugurada pela Constituição Cidadã, altera por vez o conceito ontológico de uma doutrina baseada na “atuação de resultados”, agindo somente em decorrência de uma causa, para findar-se em uma doutrina universal, e uma doutrina garantista¹²⁶, considerando as crianças como titulares de verdadeiros direitos fundamentais, reconhecendo sua personalidade em desenvolvimento e seu superior interesse na formulação das políticas públicas de direitos sociais.

A terminologia “menor” é abandonada, para passar a considerar a criança e adolescente, mesmo que a Constituição não tenha definido de imediato qual o corte etário para cada agente, o que ficou a cargo da lei infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do

¹²³ PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Orçamento e Políticas Públicas Infantojuvenis**: fixação de planos ideais de atuação para os atores do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e Adolescentes (SGD). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, nota 26, p. 17.

¹²⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. *Doutrina da Proteção Integral*. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010a, p. 13.

¹²⁵ “A doutrina da proteção integral assegura um direito universal às crianças e adolescentes e esse direito não deve e não pode ser exclusivo de uma categoria de menor, classificado como carente, abandonado ou infrator, mas deve dirigir-se a todas as crianças e a todos os adolescentes, sem distinção” (LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Rideel, 2006, p. 14).

¹²⁶ AMIN, loc. cit.

Adolescente (ECA), que foi sancionado em 1990, pelo então presidente Fernando Collor de Melo, a Lei 8.069, que definiu como criança aquela pessoa de seu nascimento até 12 anos incompletos, sendo adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos incompletos (art.2º).

Contudo, a emenda constitucional em 2010, de nº65, fez incluir no art.227 a pessoa do jovem, culminando na criação do Estatuto da Juventude¹²⁷, em 2013, dispendo sobre os direitos, princípios e diretrizes das políticas públicas e o Sistema Nacional de Juventude. O Estatuto da Juventude passou a considerar o jovem a pessoa entre 15 anos e 29 anos de idade (art.1º, §1º), tendo sua aplicação subsidiária ao ECA no que tange à proteção dos jovens-adolescentes entre 15 e 18 anos (art.1º, §2º). Ainda, por compreender a necessidade de uma especial atenção ao período denominado como “primeira infância”, foi criada a Lei da Primeira Infância¹²⁸, em 8 de março de 2016, visando aprofundar a proteção estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art.1º), compreendendo a lei como primeira infância o período que abrange os primeiros 6 anos da criança (art.2º)¹²⁹.

A Constituição ainda trata de diversos direitos infantojuvenis, conforme exemplifica Pereira Júnior: a) educação em creches para crianças com até cinco anos de idade (arts.7º, XXV, e 208, IV); b) segurança no trabalho (art.7º, XXXIII); c) assistência social (art.203, I e II). Na seara da saúde, o legislador fez alterar na Constituição, através da emenda nº65, o parágrafo primeiro do art.227, a promoção da assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, contendo nos seus incisos: I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II – a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do

¹²⁷ BRASIL. **Estatuto da Juventude**, de 5 de agosto de 2013, Lei 12.852. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112852.htm>. Acesso em: 02 mar. 2017.

¹²⁸ Idem. **Lei da Primeira Infância**, de 8 de março de 2016, Lei 13.257. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 02 mar. 2017.

¹²⁹ O Código Civil Brasileiro considera que a pessoa adquire capacidade civil com 16 anos (art.3º), contudo ela é relativa entre os 16 e 18, quando atinge a idade adulta civil (art.4º). São inimputáveis os menores de 18 anos, conforme o art.228 da Constituição Federal, podendo sofrer as medidas socioeducativas os adolescentes, aquele de 12 a 18 anos incompletos, conforme regra do ECA, art.103 e 104. As crianças que praticarem ato infracional, conduta ou contravenção penal, lhe serão aplicadas as medidas previstas no art.101, sendo elas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; IX - colocação em família substituta.

jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Como se vê, a prolixa redação constitucional abarcou uma série de direitos às crianças, adolescentes e jovens, bem como, de maneira especial, criou deveres de prestação para o Estado, criando um cenário, que veremos não ser suficiente, para tornar efetivos os direitos por ela consagrados; mesmo que a interpretação constitucional das normas vise garantir a aplicação imediata do direito fundamental, conforme trouxe o art.5º, caput, da Constituição¹³⁰, o desrespeito e atitude de benevolência assumem a prática dos administradores públicos.

1.2.2.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente

A lei fundamental do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil surge logo após a reforma democrática, regulamentando o dispositivo constitucional, garantindo a positivação de direitos e deveres fundamentais no campo infraconstitucional.

O Estatuto, que ficou notoriamente conhecido como ECA, estendeu sua proteção a todas as crianças e adolescentes, abraçando a universalidade de direitos e abandonado o Direito do Menor, nomenclatura que foi substituída nos Juízos de Menor, para fazer constar o Juizado da Infância e Juventude, na busca de se apagar o sentido negativo que remete à palavra *menor*, sempre lembrado como “pivete”, “desviante”, bem como a expressão popular “de menor”¹³¹.

O códex se encontra dividido em duas partes: uma parte geral, onde estão colocados os direitos e garantias; e uma parte especial, onde se encontram regulamentadas as políticas de atendimento, as medidas de proteção, as regras da prática do ato infracional e as medidas socioeducativas, as medidas pertinentes aos pais ou responsáveis, as regras do Conselho Tutelar, do acesso à justiça e dos crimes e das infrações administrativas.

¹³⁰ PEREIRA JÚNIOR, 2012, p. 22.

¹³¹ Expressão pejorativa, para designar o menor autor de ato infracional, fazendo remeter a ideia de que por ser menor de idade, o mesmo não cumprirá uma pena, conseqüentemente não respondendo pelos seus atos criminosos. Tal concepção demonstra o quanto o ECA necessita ser difundido na sociedade, necessitando mudar a construção errada da ideia de menor, bem como a efetividade das políticas públicas para afastarem o adolescente da prática criminosa.

O *princípio do superior interesse* e a *doutrina da proteção integral* são os grandes avanços que se tornam consagrados no Estatuto, mesmo que o princípio não venha disposto em suas regras, nem na Constituição, considerando o jurista Valter Kenji Ishida, que a *prioridade absoluta* que reveste o direito da criança e do adolescente é o extrato da junção dos dois elementos¹³²¹³³.

Embora o Brasil tenha ratificado sem ressalvas a Convenção sobre os Direitos da Criança, onde se encontra o *princípio do superior interesse*, fazendo gerar seus efeitos jurídicos no mundo legal, a *prioridade absoluta*, contida na Constituição e no Estatuto, reforça a sua ideia, quando assegura no art. 4^a do ECA que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Tal concepção reafirma o compromisso do legislador com a *efetivação dos direitos*, demonstrando que o ECA não é uma mera “carta de intenções”, mas um instrumento jurídico que se compõe de “normas com direitos objetivamente capazes de possibilitar a invocação subjetiva para cumprimento coercitivo”, garantindo que as crianças e adolescentes sejam respaldados por medidas de proteção e ações de reponsabilidade por ofensas aos seus direitos¹³⁴.

Deste modo, quis o legislador assegurar a *absoluta prioridade* (art.4^o, parágrafo único): a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

No que tange aos direitos fundamentais, o ECA consagra uma série de direitos sociais, elencados em cinco capítulos, sendo eles: direito à vida e à saúde, direito à liberdade,

¹³² Nesse sentido Angélica Barroso Bastos, leciona que a doutrina da proteção integral é baseada no princípio do melhor interessa da criança (PEREIRA JÚNIOR, 2012, p. 65).

¹³³ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 24.

¹³⁴ LIBERATI, 2006, p. 15.

ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária, direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, e direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

Em relação ao direito social à saúde da criança e do adolescente, o Estatuto é claro em prestigiar não só a criança, mas o nascituro, garantindo em lei a proteção da genitora, seu acesso aos recursos públicos de saúde, acompanhamento no pré e pós-natal (art.8º do ECA). O ECA ainda estipula deveres para os serviços públicos de saúde, em verdadeira horizontalização dos direitos fundamentais, determinando os registros dos nascidos vivos (art.10º do ECA), bem como o dever de informar suspeitas de maus-tratos (art.13º). Notadamente, as crianças e adolescentes portadores de deficiências físicas, terão atendimento integral dos serviços públicos de saúde para terem acesso às próteses e insumos (art.11º do ECA).

Ocorre, efetivamente, um abandono do caráter filantrópico dos modelos de proteção anteriores¹³⁵, passando a observar o caráter vinculativo do poder público na busca da efetividade dos direitos das crianças, em especial aqueles direitos sociais que têm sua prestação garantida pela execução das políticas sociais públicas, a fim de garantir o desenvolvimento integral, através da consagração da dignidade humana, princípio fundamental da República (art.1º, III da CF/88).

Assim, o debate sobre a função da justiça da infância e juventude, bem como seu campo de atuação híbrida, ou melhor, sua amplitude funcional, abarcando principalmente o poder executivo e as políticas públicas de proteção¹³⁶, é crucial para compreendermos a atual dinâmica e o importante papel que exerce o judiciário, na busca de efetividade dos direitos *infantojuvenis* já consagrados.

¹³⁵ “Verifica-se que o caráter filantrópico presente nas etapas anteriores é substituído pela criação de políticas públicas específicas voltadas para a proteção e defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes e pelo reconhecimento de que estes são pessoas em desenvolvimento e, como sujeitos de direitos, gozam dos mesmos direitos fundamentais inerentes a toda pessoa humana, sem prejuízo de sua proteção integral e ainda respeitando a sua condição de ‘ser em desenvolvimento’, claramente disposto no art. 3º do Estatuto.” (BASTOS, 2015, p. 68).

¹³⁶ SCHUCH, 2009, p. 113.

CAPÍTULO II

O DIREITO SOCIAL E A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados [...] O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento. (OMS, preâmbulo)

2.1 POR UM DIREITO À SAÚDE¹³⁷

2.1.1 A saúde e a doença

A saúde sempre fora uma questão emblemática, ao traçarmos o seu percurso histórico pelo campo das doenças, que por muito tempo ficou aí restrita. Podemos verificar que o avanço das tecnologias proporcionou a cura para diversas mazelas que atormentavam ou ceifavam a vida de tantas pessoas, muitas vezes, precocemente, como as crianças.

Podemos tomar como exemplo de “grandes” doenças a peste bubônica, ou mais conhecida como *peste negra*¹³⁸, lembrada pela sua alta taxa de mortalidade, constantemente comparada com a Segunda Grande Guerra Mundial, uma vez que matou a metade da população europeia na Idade Média (por volta 1347). Outra doença que assolou a humanidade foi a lepra¹³⁹. Levada para a Europa no período das grandes cruzadas que avançaram pelo Oriente Médio, acabou ocasionando um surto inevitável, chegando ao ponto de os portadores da doença serem obrigados a carregar sinos¹⁴⁰ para anunciarem sua presença, tamanho o medo da doença incurável. Recordamos também da varíola¹⁴¹,

¹³⁷ Partes deste tópico foram inicialmente destinadas ao trabalho de conclusão da cadeira de Direito Constitucional e os Direitos Fundamentais do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra (2015/2016), sendo as aulas ministradas pela Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.

¹³⁸ Doença infecciosa aguda, epidêmica e contagiosa, muito grave, comum ao homem e aos animais, causada por um bacilo (*Yersinia pestis*) que é transmitido ao homem pela picada de pulgas dos roedores (DICIONÁRIO MÉDICO. Gabinete Editorial Climepsi. Lisboa: Climepsi, 2012, p. 596).

¹³⁹ Doença infecciosa crónica, devido a um bacilo acidorresistente (*Mycobacterium leprae*, antigamente bacilo de Hansen), transmitido pelo contacto directo, prolongado e íntimo. Conhecida atualmente como Hanseníase (Ibidem, p. 448).

¹⁴⁰ PEREGRINO, Maurício. **Verdades e Mentiras sobre doenças**. Rio de Janeiro: ed. Brasport, 2005, p. 26.

¹⁴¹ Doença infecciosa grave, muito contagiosa, outrora epidêmica e frequentemente mortal, devido a um poxvírus e caracterizada por um exantema que passou por diversas fases (pápulas, vesícula, pústulas umbilicais). Em seguida a uma vasta campanha de erradicação realizada pela OMS a partir de 1965, a doença desapareceu totalmente. O vírus variólico se conserva apenas em dois laboratórios a título de

responsável pela morte de outras milhares de pessoas. A doença atingiu figuras importantes da Europa, como a rainha Maria II da Inglaterra e o rei Luís XV da França, atormentando a humanidade por mais de 3.000 anos, sendo que hoje é uma doença desaparecida.

Passaram-se os séculos e a saúde ainda se encontra no centro da atenção dos Estados, porém, abandonando seu conceito de saúde meramente física, uma questão exclusiva de falta de doença ou meramente sanitária, para englobar a saúde das faculdades mentais e posteriormente a saúde social, como se observa na designação oferecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), fundada em 1948¹⁴²: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades”. Liberta-se da ideia de integridade do funcionamento corporal, a saúde “sai” do indivíduo para a sociedade, tornando-se um “valor coletivo”¹⁴³. O gozo do direito à saúde por qualquer ser humano constitui um de seus direitos fundamentais, objetivando a todos os povos o “nível de saúde mais elevado que for possível”, considerando de importância basilar o desenvolvimento saudável da criança¹⁴⁴.

2.1.2 Uma questão de direito

Nas palavras de José Afonso da Silva, “é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”¹⁴⁵. O direito à saúde avançou lentamente e veio ocupando seu espaço nos ordenamentos jurídicos com as constantes revoluções e as declarações de direitos.

A Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, traz que todo indivíduo tem a legitimidade de “exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e a cooperação internacional, em harmonia com

amostra de referência. As vacinações, antigamente obrigatórias, já não se fazem. Sin. de bexigas (desusado e popular) (DICIONÁRIO MÉDICO, 2012, p. 818).

¹⁴² Disponível em: <<http://www.who.int/en/>>. Acesso em: 25 fev. 2016. A OMS é uma agência subordinada à Organização das Nações Unidas (ONU).

¹⁴³ Disponível em: <<http://cemi.com.pt/2014/11/23/conceito-de-saude-segundo-oms-who/>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

¹⁴⁴ CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Disponível em: <<http://www.direitos-humanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 308.

a organização e os recursos de cada país”, art.22º, bem como o direito “a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica”, art.25º¹⁴⁶.

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece o direito de toda pessoa de usufruir de um nível elevado de saúde, bem como o compromisso dos Estados-partes em adotar medidas de diminuição da mortalidade infantil e o desenvolvimento das crianças (art.12, nº2, a).

No plano europeu, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) não traz um catálogo extenso de direitos fundamentais e, por consequência, exclui a proteção direta à saúde. Entretanto, diante do complexo valor da saúde, sua tutela e proteção é extraída da hermenêutica feita pelo Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), na interpretação do artigo 2º¹⁴⁷ que garante a proteção do direito à vida e sua garantia pela lei, ou da análise do artigo 8º¹⁴⁸, nº 2, no que tange à proteção da saúde, quando relacionado à interferência da autoridade pública no ambiente privado da família. O artigo 3º¹⁴⁹ que proíbe a tortura ou tratamento degradante dos apenados, também constitui, dentro do exercício hermenêutico do Tribunal, defesa do direito à saúde daqueles que cumprem pena ou se encontram sob a tutela do Estado, bem como daqueles que de forma legal se encontram residentes¹⁵⁰.

Observamos que pela complexidade dos custos de um direito de tamanha relevância, de caráter fundamental, que exige prestações positivas por parte dos Estados

¹⁴⁶ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948, Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁴⁷ Art. 2º da CEDH (Direito à Vida) O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

¹⁴⁸ Art.8º da CEDH (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

¹⁴⁹ Art. 3º da CEDH (Proibição da tortura) Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

¹⁵⁰ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, ao analisar os artigos em referência à saúde da pessoa que cumpre pena, leciona que “os referentes normativos não guardam, como se vê, conexão directa e/ou específica com a proteção da saúde. O conteúdo e a amplitude dos preceitos citados adquiriram uma densidade em um sentido que, prima face, não constituíram o eixo da aplicação da norma” (NEVES, Ana Fernanda. **O direito à saúde da pessoa que cumpre pena de prisão na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem** Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 39. v. V).

(sem se olvidar do momento histórico do pós Segunda Guerra Mundial, onde grande parte dos países europeus se encontrava em situação financeira extremamente delicada), a saúde fica de fora da proteção da CEDH em 1950.

A pouca proteção aos direitos sociais contidos na CEDH faz surgir em 1961 a Carta Social Europeia (CSE)¹⁵¹, assinada em Turim, sendo considerada por alguns doutrinadores uma grande manobra política, no intuito de fazer ser aceita primeiramente a CEDH pelos membros do Conselho da Europa, para posteriormente traçar rumos mais elevados na proteção de direitos fundamentais. Essa tática política está intimamente ligada à pluralidade ideológica dos países membros, que se mostram por um grupo forte protetores de direitos sociais, e por outro, avessos a políticas de providência¹⁵².

A CSE vem complementar e compensar a ausência da proteção dos direitos sociais na CEDH, reconhecendo como objetivo uma política, nos planos nacionais e internacionais, construída na tentativa de “assegurar o exercício efectivo dos direitos e princípios”¹⁵³.

No que diz respeito à saúde, a Carta traz que “todas as pessoas têm o direito de beneficiar de todas as medidas que lhes permitam gozar do melhor estado de saúde que possam atingir”, bem como aqueles que se constituem carentes de recursos financeiros, têm reconhecido seu direito a assistência social e médica, contidos nos artigos 11º e 13º. Contudo, observa-se um “ar de intenção” da carta, ou um “mandado de desenvolvimento social”, como definiu Herbert Schambeck¹⁵⁴, quando se lê a ressalva “na medida do possível”, a pretensão de eliminar uma saúde deficiente, não sendo propriamente um comando imperativo aos Estados.

Em 2000, através de um longo percurso que se acentuou após o Tratado de Amesterdão, é proclamada pelo Conselho Europeu a Carta Europeia de Direitos Fundamentais, que traz dentro de seu corpo a proteção à saúde no art.35º. O referido artigo é amplamente estudado por Luís A. M. Menezes do Vale¹⁵⁵, que observa a consagração de

¹⁵¹ A Carta Social Europeia sofreu alteração em 5 de novembro de 1990, na Conferência Ministerial sobre os Direitos do Homem, realizada em Roma; sublinhou a necessidade, por um lado, de preservar o carácter indivisível de todos os direitos do homem, quer sejam civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais e, por outro, de dar um novo impulso à Carta Social Europeia.

¹⁵² BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em tempos de crise**: o repensar das normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 232.

¹⁵³ Preâmbulo da CSE.

¹⁵⁴ SCHAMBERCK, Herbert apud BOTELHO, op. cit., p. 232.

¹⁵⁵ VALE, Luís A. M. Menezes do. O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35º da CDFUE. **Nascer e Crescer**, Revista do Hospital da Criança Maria Pia, v. XXI, n. 1, p. 50, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/nas/v21n1/v21n1a10.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2017.

alguns elementos dentro do direito à saúde como: direito de acesso à prevenção; direito de se beneficiar de cuidados médicos, não só aos cidadãos dos Estados-membros, mas também para Estados-terceiros, à luz de um “princípio finalístico de garantia de um nível elevado de saúde”, através das diferentes estruturas e intensidades normativas.

O direito social à saúde, como direito humano de segunda geração¹⁵⁶, alterou a noção de “*freedoms from*”, da primeira geração dos direitos humanos, numa perspectiva de não intervenção do Estado, para “*freedoms to*”, que passou a exigir uma intervenção positiva, mais especificadamente, uma prestação¹⁵⁷. A construção do Estado-providência (*Welfare State*) é basilar para a edificação do direito à saúde¹⁵⁸, como iremos tratar no próximo ponto. Contudo, é inequívoco que a expressão “direito à saúde” está longe de ser pacífica, uma vez que se sobrepõe a várias “esferas que são autonomamente protegidas como a vida, a integridade física e a privacidade, a educação e a informação e a habitação, a alimentação e o trabalho”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Iremos considerar a temática dos Direitos Humanos, como direitos geracionais, na ideia de que cada geração, através dos processos revolucionários, ampliou o círculo geracional. Não obstante as demais intervenções como Direitos Humanos de segunda dimensão, trazem para o texto a mesma ideia, de direitos sociais.

¹⁵⁷ HAARSCHER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 47-48.

¹⁵⁸ O Estado-mínimo já não mais satisfazia as necessidades da sociedade, em especial a situação do proletariado, a miséria das mulheres e crianças que se viam obrigadas a trabalhar em condições terríveis ao troco de baixíssimos salários, constituindo as liberdades de 1889 como liberdades burguesas (Ibidem, p. 48).

¹⁵⁹ LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. LOUREIRO, João Carlos at. al. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no centenário do seu nascimento**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. II, p. 666.

“A saúde é o bem objeto do direito, o bem protegido”¹⁶⁰, assim afirma João Carlos Loureiro. Quando da definição de saúde como bem, o professor propõe cinco passos¹⁶¹ para compreender a ideia de saúde, dos quais abraçamos para essa pesquisa dois: a) a saúde como um bem fundamental, saúde como “superconceito”, reunindo “um conjunto de bens da corporeidade (por exemplo, vida, integridade pessoal, identidade genética) o que nos remete ao direito da saúde”; b) e o conceito de saúde como “bem pessoal, mas também público”, estando a cargo de toda a sociedade, como define o autor: uma tradução em torno de “um dever fundamental”¹⁶², em especial ao Estado, na “exigências de ações”¹⁶³.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 660. O autor, em sua mais recente obra, *Em busca de um direito da saúde em tempos de risco(s) e cuidado(s): sobre a incerteza do(s) nome(s) e da(s) coisa(s)*. In: LOUREIRO, João Carlos e outros (Coord.). **Direito da Saúde**. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Coimbra: Almedina, 2016, v. 1, p. 45-47, abrange as diversas moradas jurídicas do direito da saúde, como ele prefere assim determinar, estipulando os cortes analíticos e heurísticos, a saber: “a) no plano subjetivo, compreende todos os profissionais de saúde e não apenas os médicos (não sendo, pois, apenas um direito do médico). Em termos sistêmicos, refiram-se as diferentes entidades intervenientes neste campo: no plano da regulamentação, instituições específicas como a Entidade Reguladora da Saúde e outras com competência em domínios setoriais; b) ao nível relacional, registre-se a existência de um conjunto de relações de direito da saúde, desde a tradicional relação médico-paciente a relações inter e intraorgânicas; c) no plano dos bens, lembre-se que quando falamos de saúde esta é entendida aqui como um superdescriptor que integra diferentes bens do bio (entre outros, vida, saúde, integridade); d) no corte das atividades, a par da (bio)medicina, recordem-se a enfermagem e a farmácia, para nos limitarmos a disciplinas tradicionais; e) no plano de lugares, assinala-se a especial importância dos hospitais e das farmácias, tendo presente a relevância dos laboratórios aliás no campo jurídico e também fora do campo estrito do direito da saúde, como sintomaticamente, em matéria de filiação, sublinhou Guilherme de Oliveira em título de escrito; f) no plano dos ramos do direito, o direito da saúde é um direito misto e autónomo: misto, ao mobilizar normas de direito público e direito privado; autónomo pois é um ramo do direito que atinge um grau de emancipação, com elaboração dogmática, um recorte de princípios específicos”.

¹⁶¹ a) distinção entre a saúde como bem fundamental e a saúde como “superconceito”, que engloba diversos aspectos da saúde; b) compreensão da historicidade do bem saúde, e seus dilemas com o conceito de doença como graça e desgraça, desordem, ou como felicidade; c) a “naturalidade” da saúde, consistindo das possibilidades de doenças e das intervenções medicamentosas; d) saúde na revolução genética e) saúde um bem pessoal e público (LOUREIRO, 2006, p. 660-663).

¹⁶² O autor define saúde pública em dois concursos, um genérico, que se traduz em dever fundamental, a cargo de qualquer membro da comunidade, e com especial ação do Estado; e um específico, que pressupõe na relação especial entre profissional de saúde e paciente (Ibidem, p. 661).

¹⁶³ Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (**Democracia – Separação de Poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro** – Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011) conceituam que o “Direito à saúde evoca conexão com o direito fundamental à vida, e, mais do que isso, com a noção de um direito a uma vida com qualidade, tudo como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a determinação de seu significado e regime jurídico dialoga com variadas condicionantes jurídico-axiológicas, objeto de reiterada produção jurisprudencial referente ao direito à saúde. A noção de direito à saúde deve-se originalmente a dois desenvolvimentos históricos, inicialmente com o movimento de saúde pública iniciado no século XIX, e posteriormente com o reconhecimento, no século XX, dos direitos sociais. Atualmente, pela sua positivação expressa em mais de sessenta Constituições, além de inúmeros documentos internacionais que garantem direitos relacionados à saúde, verifica-se que o direito à saúde adquiriu status de direito de alcance universal e que já se constitui como um elemento costumeiro do direito internacional”.

Tal concepção é a que desejamos para demarcar as ideias deste trabalho, um conceito de saúde que seja amplo, não contemplando uma ideia restrita da ausência ou não de enfermidades, mas reconhecendo outros campos onde a saúde se faz presente como direito homogêneo exigível, e a sua não fruição, principalmente nos primeiros anos de vida da criança, pode causar sérios problemas no seu desenvolvimento físico e mental¹⁶⁴, indo de encontro ao objetivo central do direito da criança, que é o seu desenvolvimento integral; o desenvolvimento de todas as suas potencialidades, garantido através de uma intervenção positiva do Estado, da sociedade e da família¹⁶⁵.

Todavia, para construção dessa obra, o acesso aos recursos de saúde, as prestações positivas, o exercício da saúde como direito subjetivo¹⁶⁶, e a sua judicialização para persecução de sua efetividade é a estrutura que se busca, através dos olhares do interesse superior da saúde da criança, como merecedora de atenção especial face ao seu *status* de desenvolvimento. O resultado só é possível quando da construção dos direitos fundamentais através da ideia do Estado Social e a construção do constitucionalismo contemporâneo, que veremos ter suas limitações e objeções para uma eficácia e efetividade do direito à saúde.

2.2 O ESTADO SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O CONSTITUCIONALISMO

2.2.1 O Estado Social

O Estado forte do século XIX, que se limitava a proteger os direitos humanos de primeira geração, notadamente a vida, a liberdade e a propriedade, pouco se debruçava sobre a economia e o social. A sociedade era “concebida politicamente como mundo autônomo”, manifestando a solidariedade social no contexto privado, sendo cada um responsável pelo seu sustento e pelas suas carências¹⁶⁷, que eram resolvidas através da intervenção familiar,

¹⁶⁴ Neste sentido, Gustavo Ferraz de Campos Mônaco (2004, p. 168).

¹⁶⁵ No ensaio de Mário Cordeiro, o professor conceitua a saúde como tendo “um significado bastante mais amplo do que a simples ausência de doença, e inclui obrigatoriamente outros, como <<qualidade de vida>>, <<bem-estar>> e <<felicidade>>, para lá de vertentes como a integração familiar, escolar ou social” (CORDEIRO, Mário. **Crianças e Famílias num Portugal em Mudanças**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2015, 129p., p. 15).

¹⁶⁶ Nesse contexto, o direito constitucional como direito subjetivo (BARROSO, 2015, p. 74).

¹⁶⁷ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 67.

das ajudas ofertadas pelas igrejas, pela comunidade ou organizações mutualistas, como defende Vieira de Andrade¹⁶⁸.

O século XX, por sua vez, alterou os conceitos da doutrina liberal, com especial força na Europa - palco das duas grandes guerras - passando o Estado a intervir diretamente na promoção de direitos sociais e econômicos, na busca da garantia do bem-estar social e da qualidade de vida de seus cidadãos, construindo o *Welfare State*, como definiu Vieira de Andrade: um “sistema alargado de serviços e prestações públicas – nas áreas da educação, saúde, segurança social, cultura”¹⁶⁹.

A fragmentação da sociedade¹⁷⁰, a multiplicação de interesses, o agravamento das desigualdades, o forte empobrecimento da população com a crise econômica do antigo regime liberal, constituíram os motores das profundas transformações dos direitos fundamentais, que tiveram como consequência o surgimento de novo modelo constitucional social¹⁷¹. É neste ponto que a dignidade da pessoa humana passa da seara filosófica, para ganhar os contornos do mundo jurídico, do pós-segunda guerra, influenciando as constituições posteriores; sua consagração normativa é definida por Marcelo Novelino como um “consenso teórico universal”¹⁷².

O processo de concretização dos direitos sociais¹⁷³ inicia-se pela via das necessidades sociais, diante da ruptura do modelo tradicional¹⁷⁴, filantrópico de ajuda que, com as transformações sociais da modernidade, rapidamente se viu insuficiente para atender às necessidades da população¹⁷⁵, como os “problemas da doença, da velhice e da pobreza”.

¹⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. O papel do Estado na Sociedade e na Socialidade. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). **A Economia Social e Civil**: estudos. Coimbra: Editora Coimbra, 2015, p. 23. v. 1.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Vieira de Andrade revela que “as diferenças mal escondidas e, com a divisão do trabalho, das atividades e das profissões, os interesses multiplicam-se ainda mais entre si, uns contra os outros, procurando a melhor posição num mundo social sem lugares marcados e em movimento contínuo. A construção da harmonia liberal é destruída pela erupção de uma luta entre preferências diversas, onde certas contraposições se manifestam com tal intensidade que algumas doutrinas e teorias descobrem na sociedade antagonismos radicais e historicamente determinantes” (ANDRADE, 2012, p. 57).

¹⁷¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016, p. 50.

¹⁷² Ibidem, p. 52.

¹⁷³ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Economia e seguridade social**: análise econômica do direito. Curitiba, Ed. Juruá, 2010, p. 45. O autor coloca que os direitos fundamentais sociais são direitos em resposta às demandas sociais, ligados intimamente à dignidade humana e não estão despidos de racionalidade jurídica, tampouco de exigibilidade.

¹⁷⁴ Notadamente a família, religiosos, mutualistas, como define Vieira de Andrade (2012, p. 57).

¹⁷⁵ Catarina Santos Botelho cita a “burocratização da compaixão”, na medida em que o Estado chamou para si a responsabilidade pelo bem-estar dos seus cidadãos, tarefa que anteriormente estava confiada à família imediata e às várias obras de caridade e beneficência (BOTELHO, 2015, p. 96).

Evidentemente que o Estado, de alguma forma, já prestava serviços de fundo social, contudo, a principal preocupação era a “manutenção da ordem pública, o controlo do movimento das populações, a gestão do mercado laboral, mais do que propriamente o bem-estar dos mais pobres”¹⁷⁶.

Neste ponto, a ebulição das “revoluções” como “a ordem nova fascista e a sociedade sem classes marxista, e a justiça social das democracias pluralistas”¹⁷⁷ serviu de base para a construção de uma nova ideia de Estado – da relação sociedade/Estado – e seu “acolhimento de direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais”¹⁷⁸. Assim, o Estado Social, para além de toda a questão econômica¹⁷⁹, é o berço de uma nova categoria de direitos: os direitos à prestação, que diferentes dos direitos negativos, consistem em verdadeiros *poderes*¹⁸⁰ de exigência de um comportamento positivo¹⁸¹ por parte do Estado.

¹⁷⁶ SILVA, Filipe Carreira da. **O futuro do Estado Social**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 17.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 58.

¹⁷⁸ NOVAIS, 2010, p. 69.

¹⁷⁹ “O Estado Social não é apenas um produto financeiro do Estado Fiscal, ele está também intimamente associado à forma de intervenção do poder público na economia. Independentemente dos pressupostos axiológicos subjacentes à sua construção, a verdade é que foi necessário o Estado chamar a si o “governo económico”, primeiro por necessidades decorrentes da guerra (economia militarizada) e depois como instrumento de reconstrução das estruturas na fase pós-guerra (influência do Keynesianismo) para conseguir produzir níveis de bem-estar universal – incluindo não só prestações sociais, mas também serviços de interesse geral, fundamentais para o desenvolvimento económico e para a garantia de uma qualidade de vida condigna – que o Estado Liberal não se revelara capaz de criar.” (SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na arena global**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 188-189).

¹⁸⁰ Norberto Bobbio define que “todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além de direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas” (BOBBIO, 2004, p. 14-15).

¹⁸¹ Georg Jellinek, e sua obra “Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos”, citado por Marcelo Schenk Duque. Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ponto 2.4, e-book, 2014, descreve quatro posições distintas de *status* dos direitos fundamentais: passivo, negativo, positivo e ativo. O *status passivo* (*status subiectionis*) aponta para a sujeição do indivíduo ao Estado, em relação a um dever ou proibição estatal ao qual o particular está sujeito. O *status negativo* (*status libertatis*) descreve um âmbito no qual é vedada aos poderes estatais a prática de intervenções na esfera de liberdade do particular, ou seja, descreve um âmbito de liberdade do cidadão perante o Estado, verdadeiros direitos de defesa do indivíduo face ao Estado. O *status positivo* (*status civitatis*) descreve um âmbito no qual o particular pode exigir do Estado a prática de prestações positivas, o que impõe ao Estado a obrigação jurídica de se tornar ativo no interesse particular, verdadeira pretensão por meio do Estado. Constitui-se o direito do cidadão à prática de ações estatais. Por fim, o *status ativo* que descreve o direito de todo cidadão à participação política na vida estatal, uma vez que a atuação do Estado só se torna possível em face da atuação da pessoa. No mesmo sentido, LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1993, p. 24-25.

Assim, em sede de tipologia, o Estado social “assume como tarefa garantir condições materiais para um existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado” – o Estado garantidor¹⁸², não obstante o reconhecimento do Estado-providência ou *Welfare State*, uma relevância direta à abordagem sociológica e econômica; o Estado social está ligado especialmente aos direitos fundamentais e à questão social¹⁸³ que, através de “mecanismos de solidariedade fraca ou forte”, passou a promover e ofertar o acesso a “bens básicos ou fundamentais”, aqui em especial à saúde, onde o indivíduo não figure dependente da capacidade de “poder pagar, ou não, um preço”¹⁸⁴.

2.2.2 O constitucionalismo, pós-positivismo e o *neoconstitucionalismo*

O *constitucionalismo* tem seus princípios fundadores no final do século XVIII¹⁸⁵, com origem nos Estados Unidos, propagando-se para a França e posteriormente para os

¹⁸² “Este paradigma prende-se, como referimos, com a responsabilidade do Estado já não em termos de realização das prestações, como no clássico modelo do *service publique*, mas de garante. Algumas das entradas que permitem a análise são, pois, as seguintes: divisão de responsabilidades entre o Estado e mercado; importância do terceiro setor ou economia social em muitas áreas; papel desempenhado pelas estruturas privadas e sociais; responsabilidade pelas infraestruturas (telecomunicação, água, energia, transportes). Em termos de Estado Social, na articulação de níveis – fáctico e normativo – importará proceder depois à análise das concretizações constitucionais. Não é irrelevante para uma análise da compatibilidade constitucional do modelo termos, ou não, uma lei fundamental preche de políticas públicas e de modelos organizacionais da própria efetivação dos direitos, económicos, sociais e culturais.” (LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos ‘direitos adquiridos’. Coimbra: Editora de Coimbra, 2010, p. 98).

¹⁸³ Sobre a *questão social* ou *cidadania social*, Suzana Tavares da Silva traduz a ideia de Thomas Humphery Marshall, que na “década de 50 era já um conceito baseado na ideia do contrato social, em que o indivíduo que servia o Estado no exército e que paga os seus impostos tinha o direito a receber, como correspondente, um conjunto de serviços públicos ligados ao seu bem-estar pessoal e familiar. A grande novidade da proposta apresentada por este sociólogo britânico consistia em retirar a socialidade do universo do trabalho (nesta perspectiva a socialidade não é entendida como o ‘pacto entre o capital e trabalho’ a que se referem usualmente os marxistas) e transpô-la para a esfera dos direitos públicos no quadro da Sociedade organizada em forma de Estado. O surgimento da ‘questão social’, intensamente ligada à industrialização, ao crescimento das cidades, às migrações e, conseqüentemente, à perda de capacidade das tradicionais formas de proteção social (família, igreja, associações de entreajuda), foi também uma oportunidade para o Estado mostrar que conseguia organizar, a nível nacional e/ou federal, respostas para as incertezas e os novos riscos que os indivíduos enfrentavam na sociedade industrializada (o desemprego, as doenças, a falta de habitação condigna)” (SILVA, Suzana, 2014, p. 186-187).

¹⁸⁴ LOUREIRO, 2010, p. 72-74. No mesmo sentido SILVA, J., 2005, p. 308.

¹⁸⁵ Novelino constitui a evolução histórica do constitucionalismo em: I) constitucionalismo antigo, onde ocorrem experiências constitucionais, como na Grécia, Roma, Inglaterra; II) constitucionalismo moderno, onde aparecem as primeiras constituições e a proteção dos direitos fundamentais (Estado Liberal e Social), entre os séculos XVIII e meados do século XX; e III) constitucionalismo contemporâneo, a partir do 2º pós-guerra, onde se encontra a proteção dos direitos fundamentais de 3ª, 4ª e 5ª dimensão e o Estado Democrático de Direito (NOVELINO, 2016, p. 55).

outros Estados-nação europeus¹⁸⁶. Gomes Canotilho prefere se referir ao constitucionalismo como diversos *movimentos constitucionais*, uma vez que a teoria (ou ideologia) de estruturação das organizações de poder político-social está, de certa maneira, realizada para cada comunidade, representando “uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”¹⁸⁷.

A construção dos direitos fundamentais, em especial na visão histórica que se deu com a sua positivação¹⁸⁸ no constitucionalismo pós-guerra¹⁸⁹, em Portugal e no Brasil no pós-ditadura, marcou “o surgimento do sentimento constitucional” que afastou a indiferença crônica e histórica em relação à Constituição¹⁹⁰, como mera ferramenta limitadora de poderes, rompendo com o positivismo jurídico arcaico, para assumir a norma constitucional força e efetividade¹⁹¹.

¹⁸⁶ SILVA, Suzana, 2014, p. 81.

¹⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51s.

¹⁸⁸ “O final do século XX, ao retomar a inquirição sobre a justiça, se encontra com o século XVIII de Rousseau e Kant, embora destituído da carga revolucionária daquele contexto, que, sob o escrutínio da razão, denunciou o mundo efetivamente existente. Pragmático, este fim de século não se comprometeria com uma exploração metafísica da ideia de justiça, assim como evitaria a clássica contraposição entre o direito natural e o direito positivo, sendo marca contemporânea a “positivação” daquele direito nas cartas constitucionais. Desse modo, a filosofia política contemporânea não precisa desafiar o mundo, porque, de alguma maneira, estaria encontrando nele a sua naturalização. J. Rawls, ao recusar as linhas de uma abordagem metafísica, sustenta que o ponto de partida efetivo para uma teoria da justiça deveria ser encontrado na ‘nossa própria cultura política pública, aí compreendidas as suas instituições principais e as tradições históricas que instituem as bases para a sua interpretação, assim como o legado comum de ideias e princípios fundamentais implicitamente aceitos’ (VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, ‘Positivação’ do Direito Natural e Política. **Revista de Estudos Históricos**, Rio de Janeiro: Ed. Acadêmica, n. 18, p. 264, 1996). CANOTILHO, J. J. Gomes, Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Editora Coimbra, p. 6-7, 1988, define que a confirmação/positivação jurídico-constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, pode se dar por: “1) positivação sob forma de normas de organização definidoras de tarefas de fins do Estado (Staatszielbestimmungen) de conteúdo eminentemente social; 2) positivação na qualidade de normas de organização atributivas de competência para a emanação de medidas relevantes nos planos econômicos, social e cultural; 3) positivação através da consagração constitucional de garantias institucionais (Institutionnelle Garantien), obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adoptar medidas estritamente conexas como o valor social eminente dessas instituições; 4) positivação como direitos subjetivos públicos, isto é, direitos inerentes ao espaço existencial dos cidadãos”.

¹⁸⁹ “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre a sutilezas semânticas na matéria.” (BARROSO, 2015, p. 279).

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 519.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 110.

A experiência vivida na guerra com a “percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional”¹⁹², limitando a atuação do legislador através de mecanismos de proteção de direitos fundamentais, impregnando as cartas de “elevado valor axiológico”, o que afastou do modelo limitado americano, ampliando a influência da constituição para todo o ordenamento jurídico.

Porém, a proteção constitucional dos direitos sociais não pode se confundir com a noção de Estado Social, uma vez que essa é mais ampla do que a de direitos sociais, embora reconheçamos a influência. Podemos tomar como exemplo a Lei Fundamental alemã que não possui um catálogo extenso de direitos sociais, mas não deixa de ter políticas que buscam a sua efetividade e justiciabilidade, conseguindo uma concretização maior que muitos países que possuem um detalhado e extenso catálogo constitucional, como é o caso do Brasil¹⁹³.

Deste modo, com a constitucionalização dos direitos sociais, em especial no Estado de Direito dos dias atuais¹⁹⁴, os mesmos são tidos como fundamentais, “enquanto exigências a concretizar a dignidade da pessoa humana”. O “problema” que se apresenta, segundo Jorge Reis Novais, é que uma vez reconhecidos os direitos sociais nas constituições, “coloca-se a questão decisiva de saber a quem compete fixar o seu comando normativo definitivo, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo e alcance”¹⁹⁵. Estaria, então, nas mãos do judiciário, em última análise e controle, a proteção dos direitos fundamentais sociais? Os direitos fundamentais valem apenas na medida em que forem protegidos pelas leis? Há garantias contra o arbítrio do governo para efetivá-los? Tantas questões são levantadas quando da positivação dos direitos fundamentais nas constituições, e o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo aparecem para tentar respondê-las.

O pós-positivismo, empregado a partir da década de 1990, para designar uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas, têm como referenciais teóricos as obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin¹⁹⁶. Marcelo Novelino reconhece o emprego do

¹⁹² SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. [s.d.]b, p. 2-3. Disponível em: <www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em: 20 abr. 2017.

¹⁹³ BOTELHO, 2015, p. 165-166, 186-187.

¹⁹⁴ A controvérsia entre Estado Democrático de Direito ou Estado de direito democrático seria um alargamento desnecessário; seguimos a construção de Jorge Reis Novais (2010, p. 32), em comum análise sobre o Estado, vide referência 44.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 33.

¹⁹⁶ NOVELINO, 2016, p. 57. Neste sentido, SARMENTO ([s.d.]b): “Os teóricos apresentados como basilares da ideia do pós-positivismo são os mesmos cunhados para o neoconstitucionalismo, pois veremos que este

pós-positivismo em três acepções¹⁹⁷: i) como método para o estudo do direito; ii) como ideologia; e iii) como teoria jurídica.

A primeira, o *pós-positivismo metodológico*, constitui-se com a oferta de critérios adequados para “resolução prática de problemas jurídico-constitucionais complexos”; a teoria jurídica deixa de ser mero “meio de cognição do direito vigente para assumir uma dimensão prática e funcional”. Na segunda acepção, encontra-se o *pós-positivismo ético*, que se constitui no reconhecimento da constituição como diploma “encarregado de consagrar os valores fundamentais de uma sociedade”, preservando a segurança jurídica, mas sem “adotar uma visão cética em relação à justiça material”. Por último, o *pós-positivismo teórico*, que “propõe uma reformulação da abordagem legalista das fontes do direito”, colocando os princípios gerais do direito em verdadeiro “pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹⁹⁸, passando a constituição a impor limites materiais ao legislador, em especial na matéria de direitos fundamentais e discricionariedade da política ordinária.

Assim, o pós-positivismo constitui-se da insuficiência de elementos que o positivismo clássico não alcançou diante das modernas complexidades, avançando para o entendimento de que os princípios se constituem de espécie normativa, bem como de base para uma nova hermenêutica da constituição, como via para o reconhecimento jurídico da dignidade humana nas relações, seja horizontal ou vertical, no atual Estado de Direito.

No que tange ao *neoconstitucionalismo*, esse se diferencia do pós-positivismo por não se sustentar exclusivamente na relação entre o direito e a moral, como é proposto por Alexy¹⁹⁹ em sua teoria universal, mas está ligado a uma teoria particular, no reconhecimento de que a conexão entre o direito e a moral “resulta da incorporação de valores morais nas constituições por meio de princípios e direitos fundamentais”, deixando de ser necessária a

último surgiu como crítica ao novo modelo constitucional e acabou sendo desenvolvido de maneira autônoma pelo jurista mexicano Miguel Carbonell”.

¹⁹⁷ NOVELINO, op. cit.

¹⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional *apud* NOVELINO, 2016, p. 58.

¹⁹⁹ NOVELINO defende que o modelo pós-positivista, como é o caso do conceito de direito proposto por Alexy não está condicionado à existência de um determinado modelo de constituição, ao contrário das pretensões do neoconstitucionalismo que está para dar conta das complexidades que envolvem um modelo específico de organização político-jurídica, o Estado Constitucional Democrático e de constituição normativa e garantista (Ibidem, p. 61). Assim, o doutrinador alemão leciona que, “com base na premissa de que o sistema jurídico é também um sistema de procedimentos, Alexy esclarece que a moral correta não é uma determinada ‘moral conteudística’, mas sim uma ‘moral fundamentada’, isto é, uma moral construída de acordo com as regras gerais da fundamentação jurídica e da argumentação moral, nas quais fracassam componentes de irracionalidade e injustiça. A ideia de uma moral correta tem o caráter de uma ideia reguladora no sentido de um objetivo a ser alcançado” (Ibidem, p. 63).

ponte entre o direito e a moral, uma vez incorporados os “princípios morais nas constituições contemporâneas”²⁰⁰.

O professor Luís Roberto Barroso defende haver três marcos que constituem o *neoconstitucionalismo*²⁰¹, a nova era do direito constitucional do pós-positivismo²⁰²: *i) marco histórico* constitui-se na Europa ocidental do período do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, no Brasil foi a Constituição de 1988²⁰³, com a retomada da democracia; *ii) marco filosófico* que se constitui no avançar do pós-positivismo na relação entre o Direito, a moral e a política, sem “negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração”, em uma “reentronização dos valores na interpretação jurídica”, com o reconhecimento dos princípios como normas e a sua “diferença qualitativa em relação às regras”, que proporcionou o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais “edificada sobre a dignidade humana”; *iii) marco teórico* se desenvolve em três conjuntos de “mudanças paradigmáticas: a primeira envolve o reconhecimento da força normativa da constituição e a aplicação direta e imediata de suas disposições; a segunda está ligada à expansão da justiça constitucional com a criação de tribunais constitucionais, permitindo a proposição de ações de controle de constitucionalidade; por fim, a terceira está na transformação hermenêutica, com o “surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional”, a ponderação como técnica de decisão e argumentação jurídica²⁰⁴.

²⁰⁰ Ibidem, p. 61-63.

²⁰¹ Daniel Sarmiento sinaliza certos fenômenos para sintetizar o neoconstitucionalismo: a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilo” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos de ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, [s.d.]b).

²⁰² BARROSO, 2015, p. 519-520.

²⁰³ Daniel Sarmiento lembra que o neoconstitucionalismo se espalhou pelos países de Terceiro Mundo, como Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e o próprio Brasil, logo após a Segunda Guerra, com especial força na Alemanha e Itália, e, de certo modo, na Espanha e Portugal (SARMENTO, [s.d.]b, p. 2).

²⁰⁴ Reconhece como princípios instrumentais o da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade dos direitos fundamentais, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade (BARROSO, 2015, p. 333-341).

O termo *neoconstitucionalismo*, *a contrario sensu*, partiu daqueles que vinham a criticar as mudanças paradigmáticas da constitucionalização do Direito²⁰⁵. Cunhado por Suzana Pozzolo, em 1997, ganhou projeção com Miguel Carbonell²⁰⁶, possuindo diversas outras expressões que, embora não sejam precisas, referem-se ao novo modelo de Estado Constitucional de Direito, como “constitucionalismo contemporâneo²⁰⁷, constitucionalismo ‘às secas’, constitucionalismo avançado ou constitucionalismo de direitos”²⁰⁸, como bem definiu Carbonell em sua coletânea intitulada “Neoconstitucionalismo (s)”, vez que os pensamentos se filiam a linhas bem heterogêneas de diversos juristas, apontando para uma “diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política”²⁰⁹, sem, contudo, deixar de orbitar à volta do texto constitucional²¹⁰.

Há, acima da conexão ou não do Direito e da Moral, uma construção de novas grandes teorias para as, também, novas problemáticas, uma vez que as constituições contemporâneas entronizam os valores morais no chamado “positivismo inclusivo”²¹¹. O reconhecimento da carga axiológica e da força normativa de princípios como a “dignidade humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social”, mitigando antigos e rígidos limites, como a separação de poderes, favorece a atuação do Poder Judiciário na defesa dos valores constitucionais, afastando a concepção unicamente majoritária do princípio democrático, restringindo por vezes “a atuação do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias”, possibilitando “sua fiscalização por juízes não eleitos”²¹².

²⁰⁵ SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controle Jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 315-316.

²⁰⁶ NOVELINO, 2016, p. 59.

²⁰⁷ BARROSO, op. cit.

²⁰⁸ SAMPAIO, op. cit., p. 316.

²⁰⁹ SARMENTO, [s.d.]b, p. 2.

²¹⁰ SAMPAIO, 2014, p. 321.

²¹¹ Sarmento se refere à obra póstuma de Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (SARMENTO, op. cit., p. 4).

²¹² *Ibidem*, p. 4. A limitação material da obra não nos permite aprofundar sobre a questão entre os tribunais e a política, o que trataremos sempre dentro do contexto da atividade jurisdicional para efetividade do direito à saúde; contudo, a leitura da obra de Otto Bachof, *Estado de Direito e Poder Político: Os tribunais constitucionais entre o direito e a política*, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, separata do v. LVI, 1980, muito explicita a competência do tribunal constitucional e a sua atribuição de controlo dos abusos do legislativo e executivo, dentro do contexto alemão, e serve de parâmetro para a questão da política dentro dos tribunais. Sobre a legitimidade do Tribunal Constitucional, os discursos contidos no livro organizado e coordenado por BRITO, J. Sousa e et al. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional**, em 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

Por outro lado, adverte Tavares da Silva que os direitos fundamentais, anteriormente motores das transições ou movimentos constitucionais, como vimos no início deste tópico, podem estar levando o constitucionalismo a sucumbir à globalização económica, com o objetivo de reforçar a “coesão entre nações”²¹³, em especial contorno na Europa. O “crepúsculo do constitucionalismo”, ou a “erosão do constitucionalismo centrado no Estado”, como define Rui Medeiros, é a situação paradoxal do constitucionalismo estadual, uma vez que ao atingir seu clímax “enfrenta igualmente uma profunda crise”²¹⁴.

2.3 A PROBLEMÁTICA DO DIREITO SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.3.1 A *fundamentalidade* dos direitos sociais

A *fundamentalidade* dos direitos sociais está intimamente ligada ao abandono da proteção exclusiva das liberdades e garantias, “pré e supraestaduais”, para abraçar a legitimação material e formal das escolhas democráticas. Constitui o Estado social de Direito uma resposta às questões sociais “herdadas da revolução industrial”²¹⁵ e das grandes guerras, consagrando os direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão).

As emblemáticas constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, do primeiro pós-guerra, consagram em seu rol de direitos as estruturas de proteção social, como os direitos económicos e sociais relacionados ao trabalho, educação e seguridade social²¹⁶. Todavia, como assegura Jorge Reis Novais, os direitos fundamentais sociais inseridos nessas constituições (também incluídas a da Finlândia, Espanha e Holanda), não passavam de meros *standarts* proclamatórios, programáticos ou meramente sinalizantes de um compromisso político²¹⁷, sem qualquer vinculação à *força normativa da constituição*, que só assume tais

²¹³ SILVA, Suzana, 2014, p. 80. “O aprofundamento do processo de integração europeia suscitou diversas reflexões pertinentes sobre o papel da Constituição, e se para alguns assistíamos a um fenómeno de *interconstitucionalidade*, traduzida num diálogo entre os Tratados Europeus e as Constituições dos Estados-membros, para outros o problema acabaria por se revelar mais complexo, reconduzindo-se a um sistema multinível de leis fundamentais, que ficaria conhecido como *constitucionalismo multinível*” (SILVA, Suzana, 2014, p. 84).

²¹⁴ MEDEIROS, Rui. **A Constituição Portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 45.

²¹⁵ NOVAIS, 2010, p. 69.

²¹⁶ NOVELINO, 2016, p. 51.

²¹⁷ NOVAIS, op. cit., p. 70.

contornos no segundo pós-guerra, com o reconhecimento da constituição como verdadeira norma jurídica²¹⁸, no processo de constitucionalização de direitos subjetivos do homem²¹⁹.

Assim, a construção da *fundamentalidade* está intimamente ligada ao Estado de Direito, que para Perez Luño está constituído em “*um estrecho nexo de interdependência, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*”, definindo o tipo de Estado de Direito proclamado nos textos constitucionais²²⁰, a que modelo estará mais próximo, seja o modelo liberal ou social²²¹.

O autor espanhol conceitua o direito fundamental em uma significação *axiológica objetiva*, onde os direitos fundamentais representam um acordo básico das diferentes forças sociais, “a partir de relações de tensão e esforços de cooperação encaminhados para alcançar metas comuns”, no sentido de que o Estado social de Direito exige um conjunto de valores com fins direcionados a um ação positiva dos poderes públicos. É a consideração de que os direitos fundamentais constituem a “*expresión del conjunto de valores o decisiones axiológicas básicas de una sociedad consagrados em su normativa constitucional, los derechos fundamentales contribuyen con la mayor amplitud y profundidad a conformar el orden jurídico infranconstitucional*”²²².

²¹⁸ BOTELHO, 2015, p. 90-94. Sobre o tema, Luís Roberto Barroso (2015, p. 70), defende que “a constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre a norma e a realidade social. No particular, é preciso resistir a duas disfunções: (i) a da Constituição que se limita a reproduzir a realidade subjacente, inso é, as relações de poder e riqueza vigentes na sociedade, assim chancelando o *status quo*; e (ii) a do otimismo juridicizante, prisioneiro da ficção de que a norma pode tudo e da ambição de salvar o mundo com papel e tinta. O erro na determinação desse ponto de equilíbrio pode gerar um direito constitucional vazio de normatividade ou desprendido de vida real”.

²¹⁹ CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 378.

²²⁰ J. J. Gomes Canotilho leciona que a “concretização do Estado constitucional de direito obriga-nos a procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas, os códigos de observação próprios de ordenamentos jurídicos concretos”. Assim, a “domesticação do domínio público”, como define o autor, é observada com advertência para os conceitos de *Rechtsstaat*, *Rule of Law*, *État Légal*, não obstante todos eles procurarem alicerçar a juridicidade estatal (CANOTILHO, 2003, p. 93-97).

²²¹ LUÑO, 1993, p. 19. Neste sentido, continua o autor, “*la concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político em su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; em su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolário de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho)*” (Ibidem, p. 20).

²²² Ibidem, p. 20-22.

Já em sua *dimensão subjetiva*, os direitos fundamentais estão para os cidadãos como seu estatuto jurídico, como define Perez Luño, tutelando a liberdade, autonomia e segurança do indivíduo, não somente contra o poder estatal, mas frente aos demais membros da sociedade, na denominação horizontal dos direitos fundamentais entre os particulares, o que Canotilho contribui como *função de proteção perante terceiros*²²³. Assim, os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: no *plano subjetivo*, que deve garantir a liberdade individual, no exercício do seu papel clássico limitador de poder; contudo, em conjunto com a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade; no *plano objetivo* assume uma característica institucional, onde o conteúdo dos direitos fundamentais deve direcionar as forças para a realização de seus fins e valores constitucionalmente proclamados²²⁴.

Neste diapasão, as normas fundamentais não contêm apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam uma “ordem objetiva de valores”, que fornece “diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência”, como definiu Robert Alexy, sobre a *tese da irradiação dos direitos fundamentais*²²⁵, ou efeito irradiante dos direitos fundamentais.

Canotilho traduz com primazia a categoria de *fundamentalidade*²²⁶ de Alexy, sendo a *fundamentalidade formal* assinalada em quatro dimensões: 1) “as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica”; 2) “como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão”; 3) “como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão”; 4) “como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem

²²³ CANOTILHO, op. cit., p. 409.

²²⁴ LUÑO, 1993, p. 25.

²²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 524.

²²⁶ No Brasil, seguindo a leitura de Canotilho, Ingo W. Sarlet leciona a construção da *fundamentalidade formal*, aquela integrante da constituição escrita, constituindo os direitos fundamentais o ápice de todo o ordenamento jurídico, mas constituídos de limitações (ex.: cláusulas pétreas), bem como sua aplicação imediata, tanto a entidades públicas como privadas; e *fundamentalidade material*, que decorre da circunstância de que os direitos fundamentais constituem a estrutura básica da constituição material, bem como do Estado e da sociedade. Deste modo a fundamentabilidade material, por intermédio do direito constitucional positivo (art.5º, §2º, da CF) permite a abertura da constituição a outros direitos fundamentais, mesmo que não constantes do catálogo constitucional (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 75-76). Na leitura original da construção da fundamentalidade (Ibidem, p. 520-523).

parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações de controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”.

No que tange à *fundamentalidade material*, “insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”. Deste modo, continua o autor, a fundamentalidade material é a capaz de “fornecer suporte para a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais” (art.16, §1º da CRP; art.5º, §2º da CF), bem como permite a abertura a novos direitos fundamentais. Assim, pode-se falar em “*cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais, que decorrem de leis e de regras de Direito internacional, mas não se beneficiam das garantias das normas constitucionais, no que tange à rigidez, à revisão e à fiscalização, assumindo “função substantiva ou análoga”²²⁷, mas constituem direitos fundamentais e princípios a serem seguidos, como o famigerado princípio do superior interesse da criança.

2.3.2 A solidariedade e a socialidade

Vieira de Andrade advoga uma doutrina realista e solidária dos direitos fundamentais sociais. O nobre doutrinador reflete sobre as dificuldades do Estado Social no século XXI, que no contexto dos direitos sociais, correspondentes de direitos prestacionais, fundamentam-se na dignidade humana e se constituem na garantia do *mínimo para uma existência condigna*, afastada da ideia de mínimo dos mínimos, uma vez que a proteção à dignidade humana não está exclusivamente ligada à garantia de sobrevivência, mas é acesso à “participação na vida social, cultural e política”²²⁸.

A *solidariedade*, onde o modelo de isolamento do homem liberal deu lugar a um ser solidário e justo, alterado pelo novo quadro jurídico-constitucional, que introduziu uma

²²⁷ MEDEIROS; MIRANDA, 2014, p. 22.

²²⁸ Vieira de Andrade leciona que “através da inclusão dos direitos económicos, sociais e culturais no conjunto dos direitos fundamentais, concebidos como verdadeiros direitos e não apenas como objetivos de actuação estadual, a Constituição portuguesa exige a salvaguarda do núcleo essencial do Estado Social: o Estado, numa sociedade desenvolvida e avançada, tem de assegurar o mínimo para uma existência condigna a todos os cidadãos (e residentes), seja o direito a não ser privado desse mínimo, seja a garantia de que lhes seja assegurado positivamente esse mínimo – aí não deve valer “a reserva do possível” como condição de realização dos direitos sociais” (ANDRADE, 2015, p. 32).

“interdependência e a solidariedade, o intervencionismo e a socialização”²²⁹, diferenciando do modelo unicamente focado na proteção da liberdade e garantias em face do Estado, *contra o Estado*, para um modelo de prestação *através do Estado*. Desse modo, nas mesmas linhas de Perez Luño, a solidariedade se manifesta com *objectivização* dos direitos fundamentais, defende Vieira de Andrade, no sentido de que o homem se encontra no ponto de partida, sendo o titular dos direitos, membro da sociedade, não mais um portador “isolado de interesses primários”, numa regra de contrato social, mas um homem social, o que faz estabelecer uma *função social dos direitos fundamentais*²³⁰.

Neste diapasão, Ana Raquel Gonçalves Moniz coloca que a dignidade humana, na valorização da qualidade de humano, dentro de um plano ético-jurídico, constitui a pessoa como “responsável por si e pela sua atuação, numa relação de razão e solidariedade com o outro”. Assim, a dignidade humana²³¹ não está só para o indivíduo face ao Estado social, que tem o dever de respeitar, mas está para a realização plena da pessoa, uma vez que essa só se dará através de “uma relação de solidariedade que a entretete com os demais”, o que João Carlos Loureiro define como solidariedade que aponta para uma responsabilidade, uma vez que a dignidade da pessoa humana direciona para uma responsabilidade além do indivíduo, uma reponsabilidade para com os outros seres humanos e para uma responsabilidade institucional²³², que se pode traduzir em uma justiça distributiva dos recursos do Estado²³³, possibilitando um acesso e gozo do direito à saúde.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ Idem, 2012, p. 60.

²³¹ A autora defende a ideia da dignidade humana através da dupla dimensão de Dworkin, desdobrando-se em princípio do valor intrínseco (*principle of intrinsic value*) e no princípio da responsabilidade pessoal (*principle of personal responsibility*), “a qual pressupõe simultaneamente que toda a vida humana possui um valor objetivo e intrínseco cujo potencial importa tutelar e que cada pessoa tem a responsabilidade de realizar esse valor, cabendo-lhe escolher, com autonomia e sem coerção, as opções para atingir esse desiderato. Trata-se de uma concepção com consequências não despididas: por um lado, pressupõe o reconhecimento por todos e a preocupação de todos de que a vida de todas as pessoas (e não apenas a sua) tem importância e não deve ser desperdiçada (*equal concern*) – dimensão que apela ao valor da igualdade; por outro lado, concebe a democracia como autogoverno, convocando o valor da liberdade (*self-government*)” (MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade: Esboços de um Retrato jurisprudencial*. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). **A Economia Social e Civil**: Estudos. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, p. 60-83. v. 1). Desenvolve, assim, uma ideia de responsabilidade ativa, de uma posição de ator e não espectador, para com a vida da pólis. A ideia da socialidade através de um “Estado-providência”, responsável pela persecução da justiça social, o Estado social como Estado prestador, o que por consequência defendemos dentro da construção da tríade de responsabilidade (família-sociedade-Estado); este último assume o dever quando da proteção do mínimo existencial da vida digna, até mesmo substituindo ou restringindo direitos fundamentais dos pais, quando da proteção do superior interesse da criança, como vimos no primeiro capítulo.

²³² LOUREIRO, 2010, p. 195-198.

²³³ “A solidariedade, como a igualdade, é um princípio vazio que informa os direitos fundamentais, mormente em seu aspecto de direitos da solidariedade. Mas também penetra na ideia de justiça, ao criar o vínculo de

Contudo, Canotilho adverte para uma *hipertrofia da dignidade da pessoa humana*, não obstante o autor reconheça que a “dignidade da pessoa ainda é o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado”. Essa situação estaria sofrendo um “esvaziamento solidarístico”, uma vez que alerta para o contexto da socialidade a “*dessubjetivização regulatória*²³⁴” - em especial força pelas políticas liberais²³⁵ - estaria a substituir a cidadania social pela cidadania do consumidor. Assim, bens sociais, como a saúde, estariam passando para a esfera dos bens privados, colocando a socialidade como um lugar incerto, na tentativa de transformar os serviços públicos em “indústrias de serviços”, na maioria das vezes, travestidos da ideia da eficiência e eficácia prestados pelos serviços privados, face ao prestado pelo serviço público, o que levará à discussão do nosso último capítulo. Tal alerta acende um sinal vermelho, uma vez que a sociedade e o Estado se constituem, dentro da lei, fiadores da proteção da criança, e prestadores quando da incapacidade familiar, em notável assunção da solidariedade.

apoio mútuo entre os que participam dos grupos beneficiários da redistribuição de bens sociais. A justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade, da mesma forma que os direitos sociais também dependem dos vínculos da fraternidade. O impasse a que foi levado o Estado de Bem-Estar Social fez com que se procurasse um novo equilíbrio da solidariedade.” (TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ (Coord.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 276-277).

²³⁴ J. J. Gomes Canotilho salienta dois tópicos quando disserta do “local incerto da socialidade”, sendo: “1) continuação da crítica ideológica à ‘carta de direitos sociais’. A carta constitucional de direitos sociais não é mais do que um conjunto de preceitos sem determinabilidade aplicativa, impositivo de políticas públicas caracterizadas pela mistura de ‘keynesismo económico’ e de ‘humanismo socializante’; 2) contestação do arquétipo antropológico, que traz quatro pontos ligados à concepção antropológica complexa, cujo centro é o indivíduo, i) a dignidade humana como princípio fundamental da sociedade, mas simultaneamente dessubstantizados da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais, ii) dessubjetivização regulatória conducente à substituição da cidadania social pela cidadania do consumidor, iii) dessolidarização liberal empresarial relativamente aos encargos sociais, e iv) crítica da eficácia e eficiência dos serviços públicos sociais pelas correntes económico-reguladoras da boa governação” (CANOTILHO. O Direito Constitucional como ciência da direcção - O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: _____ e outros (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2012b, p. 14).

²³⁵ O que se observa é a crise do modelo da busca do bem-estar social, o *welfare state*, “questionado na sua eficiência, tanto para gerar e distribuir riquezas como para prestar serviços públicos. A partir do início da década de 80, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado mínimo, o *neoliberalismo*. Dentre seus dogmas, que com maior ou menor intensidade correram mundo, estão a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio. O neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do papel do Estado” (BARROSO, 2015, p. 90-91).

2.3.3 A universalidade e unidade dos direitos fundamentais sociais

2.3.3.1 A universalidade dos direitos fundamentais

A *universalidade dos direitos fundamentais* se assenta no princípio homólogo, comum a todos os direitos e a todos os seus titulares; como bem definido por Jorge Miranda, “os direitos fundamentais têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política, o povo”²³⁶.

J. J. Gomes Canotilho assevera que o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais “colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos”. Neste ponto, o nobre autor levanta a dúvida: são todos titulares de direitos fundamentais? Evidente que esse questionamento pese sobre os direitos fundamentais sociais, em especial aqueles que exijam uma prestação, como é o caso da saúde, que em Portugal assume os contornos da União Europeia e dos acordos comunitários. Coloca-se na mesa o acesso a esses direitos e sua proteção por parte de indivíduos que não estariam dentro das normas nacionais, abrangidos pela proteção social.

Continua o autor que a *universalidade dos direitos fundamentais* é observada dentro de quatro “círculos subjetivos”²³⁷, num plano nacional, para todos os cidadãos portugueses (CRP, art.15, §2/3, 121, §1, 275, §2), que constituem carácter meramente técnico, como para os cidadãos brasileiros (CF/88, art.5º, LXXIII, 12, 14, §3º), nos limites das funções reservadas à exclusividade da cidadania. O segundo, dentro do círculo da União Europeia (cidadania europeia), conforme o Tratado da União Europeia, art. 8º e seguintes. Um terceiro círculo para o cidadãos da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, alargados a esses países através da consagração constitucional de dispositivos que preservam a reciprocidade, como entre Portugal (art.15, §3 da CRP) e o Brasil (art.5º, e 12, §2º da CF). Por último,

²³⁶ MEDEIROS; MIRANDA, 2014, p. 208.

²³⁷ CANOTILHO, 2003, p. 417. Sobre os “sentidos da universalidade”: João Carlos Loureiro, em: Adeus ao Estado Social?... define universalidade num sentido restrito, que limita aos portugueses o seu exercício (art.12,º/1), e sentido amplo, acolhido pela Constituição no art.15.º/1 (LOUREIRO, 2010, p. 202-203).

aqueles direitos que são constituídos a todos, numa concepção de “cidadania de todos”²³⁸, ligada intimamente aos direitos humanos²³⁹.

Todavia, a visão em que nos colocamos é da concepção da universalidade dos direitos fundamentais abraçada à ideia de direitos fundamentais unitários, uma vez que especificados, como no caso brasileiro, onde dispõe de direitos fundamentais à criança e adolescente em estatuto especial, não perca seu princípio geral universal²⁴⁰. Ora, não obstante sejam as crianças detentoras de especial proteção, a mesma só ocorre quando concretizada a ideia da universalidade dos direitos fundamentais, notadamente a força do princípio universal de acesso aos recursos de saúde, materiais ou procedimentais, básicos ou complexos, que estão intimamente ligados ao próprio exercício do direito subjetivo e exigível da saúde. O que vale salientar é que a saúde como direito fundamental universal a todas as pessoas humanas sofre de uma carência especial quando observados os direitos das crianças, seu grau de desenvolvimento e a ponderação do princípio da igualdade.

Assim, a construção da universalidade, por sua vez, esbarra no princípio da igualdade²⁴¹, que Jorge Miranda distingue do princípio da universalidade por ele dizer respeito “aos destinatários das normas, o princípio da igualdade ao seu conteúdo. O princípio

²³⁸ No Brasil, no âmbito da Justiça Federal, a mesma já se confrontou com o acesso à saúde de indivíduos estrangeiros, residentes em situação irregular, que à luz do art.5º da Constituição Federal, o estrangeiro, mesmo irregular, a ele não pode ser colocado regime diferenciado, bastando estar sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, possuindo assim as mesmas garantias de acesso ao serviço público de saúde (TRF 4ª Região, AG 2005040132106/PR, j. 29/8/2006). No âmbito da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, o mesmo já decidiu pelo acesso a serviços de saúde emergenciais, como se observa dos julgados Caso de N. v. The United Kingdom (Reclamação nº26565/05 – Julgamento 27 maio 2008) e Caso de Milian Furdík v Eslováquia (Pedido nº 42994/05 – Julgamento 02 de dezembro de 2008).

²³⁹ Canotilho leciona que “a ideia dos ‘direitos do homem’ não proíbe que o legislador constituinte conforme os ‘seus direitos fundamentais’ através da sua ‘constituição’, mas a base antropológica dos direitos do homem ‘proíbe’ a aniquilação dos direitos dos outros homens – os estrangeiros ou apátridas -, designadamente quando essa ‘aniquilação’ equivale à violação dos ‘limites últimos da justiça’. Acresce que a diferenciação entre ‘direitos dos portugueses’ e ‘direito de todos’ pressupõe sempre uma justificação ou fundamento material, não devendo esquecer-se o relevo dos standards mínimos fixados pelo direito internacional relativamente à determinação deste fundamento material” (CANOTILHO, 2003, p. 418-419).

²⁴⁰ BOTELHO, 2015, p. 129.

²⁴¹ No mesmo sentido, SARLET, 2015, p. 216-217. Assim, sob pena de alargarmos o tema, que por si só permite uma profunda análise sobre diversos vetores, a construção da igualdade na teoria dos direitos fundamentais é vigorosamente detalhada por Suzana Tavares da Silva (2014, p. 75-79), onde a doutrina do princípio da igualdade trabalha a partir da resposta a três questões: i) igualdade entre o quê?; ii) igualdade entre quem?; iii) por que a igualdade? Assim, desenvolve dentro das diversas *ideias de igualdade (liberais, utilitaristas) as sociais*, que “acreditam que a igualdade envolve proporcionar a todos um nível de bem-estar, o que suscita dificuldade se esse bem-estar for interpretado como preferências individuais, mas também quando estamos a trabalhar com a igualdade de oportunidades pois se a *igualdade for para assegurar as oportunidades*, o favorecimento a quem está em situação desigual (ex. deficiente) não deverá depender de uma condição de recursos, o que dificulta a gestão eficiente da escassez.” Avança a autora quando do conceito de *igualdade proporcional sustentável*, quando do núcleo da distribuição de recursos e da perspectiva geracional.

da universalidade se apresenta essencialmente quantitativo, o da igualdade essencialmente qualitativo”. Porém, admite o autor que “há direitos que não são de todas as pessoas, mas apenas de algumas categorias, demarcadas em razão de fatores diversos”, como é o caso dos direitos das crianças em relação ao fator idade²⁴².

Observa o professor José Afonso da Silva²⁴³, ao conceituar os direitos sociais, que os mesmos “tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”; portanto, “se ligam ao direito de igualdade”, uma vez que se criam “condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. Essa construção universal e igualitária ajudará para aferirmos a necessidade de proteção especial que detêm as crianças.

2.3.3.2 A unidade dos direitos fundamentais

No que tange à construção da unidade dos direitos fundamentais, está a elaboração da ideia de que os direitos sociais possuem os mesmos valores que os direitos de liberdades e garantias, uma vez que a realização da dignidade humana²⁴⁴ – princípio fundamental das constituições portuguesa e brasileira - passa pela valorização de um contexto complexo²⁴⁵, não somente das liberdades, ou do direito à saúde, mas por um conjunto que é capaz de fomentar a realização pessoal e coletiva.

A importância dos direitos sociais, os “*filhos bastardos* da Constituição”, como bem lembra Jorge Silva Sampaio, não pode ser diminuída e nem ser considerado com *status* jurídico diferente. O autor defende que “quando consagrados constitucionalmente, constituem uma verdadeira obrigação jurídica e não uma mera manifestação de boa vontade política, com prerrogativas para os particulares e obrigações para o Estado”²⁴⁶.

²⁴² MEDEIROS; MIRANDA, 2014, p. 208-209.

²⁴³ SILVA, J., 2005, p. 286-287.

²⁴⁴ A unidade de sentido do sistema dos direitos fundamentais está baseada na ideia da dignidade da pessoa humana; todavia, não é o suficiente para resolver completamente a ideia de unidade de sentido, uma vez que a ideia é suscetível de entendimentos diversos (ANDRADE, 2012, p. 93).

²⁴⁵ Os direitos fundamentais são direitos complexos, com uma dimensão positiva e outra negativa; todos os direitos acarretam custos, e não apenas os direitos sociais, especialmente na sua dimensão positiva; uns são direitos individuais, outros são coletivos, por deles terem um cariz universal, outros são específicos (SAMPAIO, 2014, p. 230).

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 222-223.

Os direitos sociais, bem como os direitos de liberdade, possuem um amplo conteúdo e abrangem diferentes “dimensões, deveres, faculdades, garantias e direitos”²⁴⁷, o que os caracteriza como indivisíveis e interdependentes, pois o exercício de um obrigará a realização do outro. Não há liberdade ao enfermo, ceifado de sua saúde e qualidade de vida, por estar de alguma forma perdendo parte de sua liberdade, da garantia de exercer seu labor, prover rendimentos, ir e vir.

Assim, a vertente da *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, constitui verdadeiros *mandatos constitucionais*, que criam deveres aos poderes legislativo e executivo, mas que implica na leitura da *dimensão subjetiva*, que tutela a individualidade e a subjetividade de direitos, colocando o Estado no papel de inter-relacionar à luz da “coletividade” e do “politicamente possível”²⁴⁸.

Por outro lado, os *direitos positivos*, que provocam o Estado a realizar algo, ou promover o acesso a tal bem, ou bens, também incluem um *direito negativo*²⁴⁹ de não romper a promoção de tal direito já garantido, mesmo que não incorporem o núcleo subjetivo do indivíduo, garantindo o “acesso a um bem material social, um direito social, portanto, independentemente de a garantia do acesso ser estruturalmente assegurada através de um direito positivo ou de um direito negativo”²⁵⁰.

Ser um direito fundamental significa que, como defende Jorge Reis Novais, “os bens, posições ou situações tutelados” como direitos fundamentais, fogem da esfera da “disponibilidade decisória do poder político democrático”²⁵¹, assumindo a sua proteção e garantia, em última análise, o poder judicial. O autor conclui que um modelo

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que dá base à unidade dos direitos fundamentais, há de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminação (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre) (ANDRADE, op. cit., p. 97).

²⁴⁹ Novais (2010, p. 282-301) trata com primazia, sob a ótica unitária dos direitos fundamentais, a construção do direito negativo e direito positivo. Assevera o autor que ocorre “uma identificação dos deveres de proteção e dos deveres de promoção com direitos positivos, no sentido de que tais deveres se consumariam através de actuações ou prestações positivas do Estado, normativas ou fácticas. No entanto, não sendo errada, tal identificação não é rigorosa, já que tanto um quanto outro dever estatal – de proteção e de promoção do acesso individual a bens jusfundamentalmente protegidos – se realizam também através de ações negativas, de omissões, logo, como contrapartida estruturalmente associada a direitos negativos” (NOVAIS, 2010, p. 283).

²⁵⁰ Ibidem, p. 63.

²⁵¹ Rui Medeiros defende que existam direitos dependentes da vontade política do Estado e direitos dependentes de fatores em que o Estado em grande parte não domina, o que estaria sob a regra da reserva do possível (MEDEIROS, Rui. Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: Entre a unidade e a diversidade. In: _____. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**, Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 662. Tomo I).

constitucionalmente adequado de relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais deve corresponder a duas premissas: a) “ser um modelo de garantia de direitos fundamentais, numa dogmática una, porque decorre da natureza de garantias jurídicas que apresentam essa característica única, identificadora, de serem garantias jusfundamentais”; b) apresentar “diferenciações exigidas pela especificidade das reservas que, atendendo à natureza da dimensão particular do direito fundamental invocável no caso concreto, devam aí ser ativadas”²⁵².

Em coerência, não podemos conceber uma dimensão axiológica diferente aos direitos sociais, como *direitos de segundo grau*, defendendo Rui Medeiros que a consagração da liberdade, “não apenas perante o Estado, mas também através do Estado, tem sentido afirmar a indivisibilidade dos direitos fundamentais”²⁵³.

Embora se defenda a conformação do legislador na efetivação do direito social, não em uma compreensão desmensurada da liberdade de conformação, o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, precisamente pelos modelos democráticos das constituições em estudo, não saneia a discussão da dogmática de tal reconhecimento constitucional, necessitando saber suas consequências e diversos entendimentos. Porque, embora consagrados, a ideia de *unidade de compromisso*²⁵⁴ passa pelas diferenças de proteção ofertadas às liberdades e garantias, que se mostram mais robustas que a proteção aos direitos sociais, em especial na doutrina portuguesa.

A discussão que avançaremos no próximo ponto, onde vislumbraremos a ideia da analogia entre os direitos fundamentais, as objeções para o assentamento dos direitos sociais como direitos que possuem a mesma força jurídica, passará pelo crivo da efetividade e do princípio-guia do direito da criança.

2.4 O ENQUADRAMENTO LEGAL E O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

Embora a saúde seja um bem fundamental, como falamos e defendemos, é necessário colocá-la dentro do ponto de referência para sua análise. Deste modo, mesmo

²⁵² NOVAIS, p. 254.

²⁵³ MEDEIROS, 2010, p. 661.

²⁵⁴ ANDRADE, 2012, p. 94.

havendo as proteções do sistema internacional²⁵⁵, a proteção a que em especial iremos atentar é aquela oferecida pelo sistema nacional²⁵⁶: a proteção do direito interno²⁵⁷, em conjunto com as leis do “universo do direito da criança”.

A dimensão constitucional positiva, como leciona Vieira de Andrade, alarga-se além das questões de direitos naturais (como à dignidade humana, à vida, à integridade pessoal ou à liberdade); embora tenham sido os primeiros a serem reconhecidos²⁵⁸, incluem também as liberdades, direitos políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. O estudo que aqui se propõe é debruçado sobre o sentido estrito dos direitos fundamentais, que se referem àqueles constitucionalmente assegurados, e, notadamente, suas diferenças.

A construção do direito à saúde como direito subjetivo de dimensão positiva está intimamente ligada aos modelos de matriz bismarckiana²⁵⁹, onde os cuidados de saúde estão ligados ou são oriundos de uma segurança social, baseada na universalidade de acesso e de financiamento através do exercício do poder fiscal.

Neste diapasão, tomaremos como os atores a criança como titular do direito à saúde, e o Estado como destinatário, “obrigado a um conjunto de prestações materiais e normativas”, seja na criação das entidades que irão prestar os cuidados, ou da fiscalização das mesmas²⁶⁰.

Tais considerações se fazem necessárias, diante da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, notadamente dentro da União Europeia, que deu competência sobre a assistência social ao direito interno de cada país, a fim de se evitar o chamado “turismo social”²⁶¹, beneficiando – através da livre circulação – pessoas de países onde a oferta é aquém da desejada.

Assim, a análise da dogmática unitária dos direitos fundamentais, vista no ponto anterior, ganha seus contornos dentro da estrutura legal da saúde em Portugal e no Brasil,

²⁵⁵ COUNCIL OF EUROPE. **Child-friendly health care**. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046ccef>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

²⁵⁶ Sobre os sistemas de referência, LOUREIRO, 2006, p. 666.

²⁵⁷ Vieira de Andrade é catedrático ao afirmar que “não é ao nível europeu que se consegue assegurar os direitos sociais, designadamente os direitos prestacionais” (ANDRADE, 2015, p. 41).

²⁵⁸ Ibidem, p. 20-25.

²⁵⁹ Conforme nota 114, o autor define que o modelo Beveridge, em que os cuidados de saúde são autonomizados face à segurança social, baseia-se o sistema no princípio da universalidade e num financiamento por via fiscal (LOUREIRO, 2006, p. 680).

²⁶⁰ Ibidem, p. 675.

²⁶¹ ANDRADE, 2015, p. 42.

através da proteção constitucional assegurada à saúde, bem como dos mecanismos de políticas públicas utilizadas para sua efetivação.

2.4.1 A saúde como direito na Constituição e na legislação portuguesa

A CRP consagra, dando-lhe um “especial relevo” - nas palavras de João Carlos Loureiro - um direito à proteção da saúde, art. 64º, embora sem tocar na forma em que ocorrerá a proteção e promoção do direito à saúde através do Serviço Nacional de Saúde, que atua como “locus fundamental de garantia do direito à proteção da saúde”²⁶².

A Constituição assegura a todos o direito à proteção da saúde, assumindo o Estado um claro papel ativo na prestação de cuidados de saúde²⁶³, realizado através de um serviço nacional de saúde, com carácter universal de atendimento. Contudo, o constituinte ressalva que a prestação do serviço de saúde será tendencialmente gratuita, observadas as condições económicas e sociais dos cidadãos, possibilitando o emprego de taxas moderadoras²⁶⁴.

Rui Medeiros adverte que a “universalidade, a igualdade e a generalidade não significam, porém, que, na concretização da norma constitucional, o legislador, com a sua liberdade de conformação constitucionalmente garantida, não possa optar por soluções selectivas”, embora não seja “inteiramente livre na concretização do direito à proteção da saúde”²⁶⁵.

Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira tratam o direito à saúde como um “direito positivo dos cidadãos, com dupla dimensão: subjetiva e impositivo-

²⁶² LOUREIRO, 2006, p. 672.

²⁶³ DEODATO, Sérgio. **Direito da Saúde**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 10.

²⁶⁴ O direito à proteção da saúde configura-se, desde 1989, como um direito tendencialmente gratuito. Pelo contrário, o texto inicial da Constituição proclamava simplesmente a gratuidade do serviço nacional de saúde. O Tribunal Constitucional, antes mesmo da revisão da Constituição, rejeitou a inconstitucionalidade da introdução de taxas moderadoras, no Ac.º 330/89. Já no Ac. nº731/95 o Tribunal Constitucional entendeu que deve “a gratuidade integral ser garantida aos grupos sociais mais carenciados”, uma vez que “a expressão ‘tendencialmente gratuitos’ não pode ser entendida no sentido de inverter a regra geral da gratuidade do serviço nacional de saúde, mas apenas como comportando exceções, na medida em que seja necessário racionalizar a procura de cuidados de saúde, através de aplicação de taxas moderadoras”, na observância do art. 64, a) do nº2, da CRP (MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Constituição Portuguesa. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 1314. Tomo I). Neste mesmo sentido, VALE, Luís Meneses do. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à proteção da saúde. **Jurisprudência Constitucional**, Lisboa, n. 12, p. 24-25, out./dez. 2006. “A tendencial gratuidade foi entendida no sentido de admitir as taxas moderadas desde que razoáveis e não implicando participações ou dificuldades de acesso”.

²⁶⁵ MEDEIROS; MIRANDA, op. cit., p. 1311-1312.

programática”²⁶⁶. Primeiramente é um direito que exige prestações e realizações por parte do Estado, e ao mesmo tempo impõe para essa efetivação a criação do Sistema Nacional de Saúde, que se constitui de um “serviço público obrigatório de activação necessária e de existência irreversível” (porém susceptível de reformas), garantido por decisão do Tribunal Constitucional²⁶⁷.

Observa-se, ainda, que o artigo traz a defesa e promoção, compartilhadas com todos, considerando a saúde como um direito e um dever do indivíduo, incumbindo uma obrigação positiva no sentido de não permitir danos à saúde e um dever de potencializar o seu desenvolvimento²⁶⁸.

Não obstante o direito à saúde ser um *direito de carência*,²⁶⁹ a proteção constitucional não afere na universalidade a possibilidade de todos os indivíduos terem acesso a todos os recursos técnicos, científicos e de infraestrutura possíveis. Os avanços tecnológicos dos meios de diagnósticos, terapias e recuperação não excluem a “diferenciação, priorização e seleção” dos utentes quanto à utilização dos recursos, que na maioria das vezes são escassos (como o caso da realização de transplantes ou insuficiência de meios tecnológicos)²⁷⁰, cabendo a realização de escolha baseada em critérios prioritários e objetivos. Loureiro define que a construção da “rede de cuidados de saúde” está intimamente ligada a elementos como “eficiência e a eficácia, a sustentabilidade financeira, a disponibilidade de recursos humanos e própria qualidade de serviços prestada”²⁷¹.

No que tange à proteção específica da saúde das crianças, o presente artigo 64º, 2, b, da Constituição, indica a realização do direito através da criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais (mostrando aqui o seu conceito amplo de saúde), que garanta a proteção da infância e uma melhoria “sistemática da condição de vida”, a promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e a educação para uma prática de vida saudável.

A regulamentação do direito à saúde em Portugal tem seu início nos Decretos-Lei nº 413/71 e nº 414/71, representam o que se pode dizer do marco histórico da evolução da

²⁶⁶ CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 825.

²⁶⁷ Neste sentido, o emblemático julgado do Tribunal Constitucional português de nº39 de 1984, que teve como relator Vital Moreira, decide que após a criação do mecanismo de efetivação de um direito constitucionalmente garantido, o Estado não pode voltar atrás sem ao menos indicar uma substituição ou um novo caminho, sob pena de violar de maneira positiva a Constituição. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

²⁶⁸ DEODATO, 2012, p. 11.

²⁶⁹ ANDRADE, 2006, p. 33.

²⁷⁰ MEDEIROS; MIRANDA, 2014, p. 1313.

²⁷¹ LOUREIRO, 2006, p. 688.

política pública de saúde de Portugal, constituindo uma política unitária, no exercício para criação do Sistema Nacional de Saúde, reconhecendo o Estado como “difusor e responsável pela política da saúde”²⁷². O SNS é “um serviço (público) nacional e tem gestão descentralizada e participativa”²⁷³; contudo, nada impede a participação privada, a transformação dos hospitais públicos em empresas públicas, ou a delegação da gestão para outras entidades, desde que se mantenha a ótica do serviço público de saúde (universalidade, quase gratuidade etc.)²⁷⁴.

Contudo, foi a Lei nº48/90 de 24 de agosto²⁷⁵ que constituiu as bases jurídicas para o regime de saúde nacional. A lei vem cumprir a autorização constitucional do art.165º, f, para criar as bases de todo o serviço de saúde português.

A Base I reafirma a saúde como um direito dos indivíduos e da comunidade, consagrando a regra do art. 64º da CRP, mas divide a responsabilidade de forma conjunta com os cidadãos, sociedade e Estado, enfatizando a liberdade de procura e de prestação de cuidados.

Sérgio Deodato leciona que a responsabilidade do direito-dever, consagrado no nº 1 da Base I, está para um “sentido ético que pressupõe um agir que seja promotor da saúde e que vise assegurar a satisfação das necessidades das pessoas em matéria de saúde”²⁷⁶. No que tange à política pública de saúde, Base II da lei, constitui dentre as diretrizes a serem obedecidas, medidas especiais relativas a grupos sujeitos a maiores riscos, onde se incluem as crianças. Essa proteção especial às crianças se encontra fundamentada no entendimento de que elas gozam de uma vulnerabilidade, por estarem em maior exposição aos riscos relacionados à saúde.

Neste diapasão, foram editadas diversas leis de caráter garantidor, estando entre os direitos assegurados: a garantia de a toda criança ser atribuído um médico de família, aplicando-se às crianças estrangeiras residentes em Portugal (Lei nº 79/2015 de 29 de julho); e o direito de ser acompanhado permanentemente quando internado, pelo pai e mãe, ou por pessoa que os substituía, garantida a refeição do acompanhante (Lei nº 106/2009 de 14 de setembro).

²⁷² FREITAS, Natália Ferreira Moreira. **Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. 2013. Dissertação de Mestrado na Universidade de Coimbra, 2013, p. 9.

²⁷³ CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 828.

²⁷⁴ Ibidem, p. 829.

²⁷⁵ Alterada pela Lei nº27/2002.

²⁷⁶ DEODATO, 2012, p. 19.

A entrada em vigor do Decreto-Lei nº 61/2015 (revogando em parte o Decreto-Lei nº 177/2014) alargou a isenção das taxas moderadoras a todos os menores de 18 anos, em razão do Programa Nacional de Saúde Infantil e Juvenil de junho de 2013, que estabelece a obrigatoriedade de realização de consultas médicas aos 12 ou 13 anos e dos 15 até os 18 anos, “numa ótica de prevenção e promoção da saúde, ao nível da prestação de cuidados primários ao longo da vida”²⁷⁷.

A criação, pelo Decreto-Lei nº 281/2009, do Sistema Nacional de Intervenção Precoce na Infância (SNIPI), que consiste na intervenção

precoce junto de crianças com alterações ou em risco de apresentar alterações nas estruturas ou funções do corpo, tendo em linha de conta o seu normal desenvolvimento, constitui um instrumento político do maior alcance na concretização do direito à participação social dessas crianças e dos jovens e adultos em que se irão tornar.

Somam-se aos mecanismos legais tomados pelo Estado na promoção e proteção da criança e mostra uma nítida progressão na tutela dos direitos das crianças, o reconhecimento de direitos e de sua qualidade de sujeitos vulneráveis, necessitados de políticas públicas especiais que garantam a efetividade de seus direitos, com um amparo no ditame legal do desenvolvimento de maneira integral, quando reconhece ser necessário a criação de condições que englobam de maneira geral o aspecto da saúde, compreendida no seu caráter físico, mental e social²⁷⁸.

2.4.2 A saúde como direito fundamental na Constituição e na legislação brasileira

A Constituição brasileira de 1988, no seu art.6º, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, é a primeira a consagrar o direito à saúde como um direito fundamental²⁷⁹.

²⁷⁷ Na fundamentação do decreto-lei, o Governo isenta de taxas moderadoras todos os menores, com base nos critérios de racionalidade e discriminação positiva dos carenciados e desfavorecidos, reconhecendo a vulnerabilidade em que faz parte o grupo das crianças, garantindo que estrangimentos financeiros de seus genitores, guardiões ou tutores, não prejudiquem o acesso aos serviços de saúde, na clara dependência dos menores ao mundo dos adultos, uma vez que os “cuidados de saúde não dependem unicamente dos menores”. Esse reconhecimento é fundamental na defesa do superior interesse das crianças.

²⁷⁸ Ainda sob uma ótica constitucional de proteção à saúde, a CRP no seu art.68º, 3, garante especial proteção à mãe gestante durante a gravidez. No campo infraconstitucional, a Lei nº 59/2007 proíbe os castigos físicos como punição no seio familiar, sendo Portugal um dos pioneiros nesse tipo de legislação, suprimindo a autonomia dos genitores e guardiões, no respeito à integridade física, mental e social das crianças.

²⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 660.

Contudo, por sua redação ter sido fracionada²⁸⁰, o Título VIII é o que traz os direitos da Ordem Social, no art.196, garantindo a todos e impondo um dever ao Estado: a promoção do direito à saúde, mediante a realização de políticas sociais e econômicas.

Deste modo, a importância dada ao direito à saúde muito se tem em conta da indissociabilidade com a dignidade humana, na garantia do direito à vida, não uma mera manutenção da vida, mas uma vida capaz de ser exercida em plenitude, sendo assim inserido dentro do núcleo dos direitos que compõem o mínimo existencial²⁸¹.

O direito à saúde, previsto no art.196 da Constituição é examinado por Gilmar Ferreira Mendes em 6 pontos²⁸²: 1) como direito de todos, tanto um direito individual, como um direito coletivo; 2) um dever do Estado, como atribuição comum aos entes federados (art.23, II da CF), constituindo um dever fundamental de prestação de saúde, através de políticas públicas; 3) garantido mediante políticas sociais e econômicas que concretizem o direito à saúde, por meio de critérios distributivos de riqueza e que considere os avanços das tecnologias; 4) políticas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, que envolvem um amplo conceito, como tratamento de água, redes de esgoto etc. 5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário, através da responsabilização solidária entre os entes federados, possibilitando atendimento eficaz, bem como a quebra de patentes de medicamentos em prol da efetividade e coletividade; 6) e ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde que se sustentam em políticas públicas eficazes de realizarem o direito à saúde, sendo que a grande problemática se encontra na efetividade dessas políticas diante da escassez de recursos e da composição dos orçamentos dos entes federados, ocasionando uma forte desigualdade de oferta em regiões mais precárias, o que implica na melhoria das normas de organização e procedimento dessas políticas, o que Canotilho define como parte da “*good governance*”²⁸³.

A Constituição assegura a criação de um Sistema Único de Saúde (SUS), descentralizado, contudo hierarquizado (Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais de

²⁸⁰ Leciona NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 74, que a então construção da nova Constituição pós regime ditatorial iniciou-se do zero após o Congresso Constituinte desconsiderar a Comissão de Notáveis incumbida pelo então presidente do José Sarney, sendo assim divididos os trabalhos através de subcomissões, construindo assim uma Constituição por pedaços, “de parcelas menores para as maiores, por aglutinação”.

²⁸¹ NOVELINO, 2016, p. 1052.

²⁸² MENDES, 2015, p. 660-662.

²⁸³ CANOTILHO, 2012a, p. 16.

Saúde e Secretarias Municipais de Saúde), consagrando a municipalização do atendimento como regra (art.198, I)²⁸⁴. Essa divisão protege os pequenos municípios, compartilhando a responsabilidade com aquele ente mais próximo (Estado e posteriormente a União), evitando-se que o mesmo tenha que exercer atividades de alta complexidade, sem possuir estrutura ou recursos suficientes²⁸⁵.

Assim, o constituinte assegurou à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à saúde também no art.227, garantindo com absoluta prioridade o direito à saúde, em corresponsabilidade com a família e a sociedade, como analisamos no primeiro capítulo. Observa-se no parágrafo primeiro²⁸⁶ do referido artigo, incluído pela Emenda Constitucional nº65 de 2010, a indicação dos preceitos a serem seguidos pelo Estado nos programas de assistência integral à saúde da criança, sendo: a) aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; b) criação de programas de prevenção e atendimento especializado às pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como a sua integração, visando à eliminação de todas as formas de discriminação.

Contudo, foi no Estatuto da Criança e do Adolescente que se consagrou a proteção integral, ditando o legislador que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata o estatuto. No seu art. 7º, no Título dos Direitos Fundamentais, encontra-se a garantia legal da proteção à saúde, desde o momento do seu nascimento, contemplando, assim, direito a um

²⁸⁴ “A hierarquização da rede de serviços não implica uma hierarquia entre União, Estados-membros e Distrito Federal e Municípios, os quais possuem autonomia no plano federativo. Por outro lado, o princípio da regionalização e hierarquização se articula com o da descentralização, o que indica que a prestação de serviços se dê primordialmente pelos municípios. Todavia, essa descentralização deve ser responsável e com gradativa capacitação da esfera local. A atuação regionalizada permite a adaptação das ações e dos serviços de saúde ao perfil epidemiológico local”. (BARBOSA, Jeferson Ferreira. **Direito à saúde e solidariedade na constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 37).

²⁸⁵ A Lei 8.080/90, seguindo diretriz do art.198 da Constituição, estabelece como um dos princípios e diretrizes a descentralização político-administrativa, prevê também “ênfase na descentralização dos serviços para os municípios” e a “regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde”. A organização dos serviços públicos deve ocorrer de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. Entretanto, não são previstos somente elementos de distribuição de tarefas entre os entes da federação, mas também elementos de convergência. Nesse aspecto, destacam-se como princípio e diretriz os seguintes elementos: (a) a “integração em nível executivo das ações de saúde”; b) a “conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população”; c) a “capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência” (BARBOSA, 2014, p. 36).

²⁸⁶ A legislação brasileira, a título de orientação, é redigida por artigos, parágrafos e incisos, conforme a regulamentação dada pelo **Decreto nº 4.176** de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

desenvolvimento sadio e harmonioso, mediante efetivas políticas públicas que garantam uma existência digna.

O Estatuto também garante às gestantes o atendimento pré e perinatal, ofertado pelo SUS, incumbindo ao Estado a proteção da saúde nutricional (§3º do art.8º do ECA), estendendo-se ao acompanhamento psicológico nos estados pré e pós-natal (§4º).

Mais: o art.11 é lócus escolhido pelo legislador infraconstitucional, onde impõe ao SUS a incumbência de garantir, através de um *acesso universal e igualitário*, o *atendimento integral* à saúde nos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Dentre as incumbências encontra-se a responsabilidade de o Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação (§2º)²⁸⁷.

Entre outros direitos garantidos pelo Estatuto encontram-se: a obrigatoriedade de proporcionar o acompanhamento e permanência de um dos pais ou responsáveis, quando da internação da criança (art.12); a obrigação dos serviços públicos de informar aos serviços de proteção à criança (Conselhos Tutelares) a suspeita de maus-tratos; a proteção à saúde odontológica (art.14), e a obrigatoriedade da vacinação em caso de recomendação das autoridades sanitárias (parágrafo único do art.14).

Observa-se uma densa construção legislativa a respeito do direito à saúde da criança e do adolescente dentro do ECA, designando ao SUS a sua promoção e efetivação, através de ambiciosas políticas públicas inteiramente gratuitas, que visem ao desenvolvimento integral, respeitando a prioridade conferida aos pequenos, bem como seu superior interesse na formulação de tais políticas.

²⁸⁷ A farta jurisprudência brasileira a respeito do tema, como se observa: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - *Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem aos entes políticos a obrigação de fornecer tratamento médico àquele que necessita.*- Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.15.044628-7/001, Relator(a): Des.(a) Jair Varão , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/03/2016, publicação da súmula no DJe em 13/04/2016); Superior Tribunal de Justiça - *Presente o periculum in mora, ante a ocorrência de perigo manifesto de lesão irreversível, pois a moléstia de que a menor é portadora impõe controle diário da taxa glicêmica, sendo certo que a interrupção do controle, cuja continuidade pretende, com o presente ajuizamento, compromete a sua saúde. Nos termos do parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, "incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação."* (AgRg na MC 14.096/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe, 19/06/2008).

2.4.3 A problemática dos direitos fundamentais – a diferença dos regimes dos direitos sociais

A grande diferença na concepção dos direitos fundamentais como verdadeiras garantias na proteção da saúde das crianças, como vimos no início deste capítulo, está no que doutrinadores chamam de regime dos direitos fundamentais, no que tange à sua aplicabilidade direta e sua possibilidade de adjudicação, que possui latente diferença entre o modelo português e o brasileiro.

Neste sentido, os direitos fundamentais sociais, nos quais se inclui o direito à saúde, em sentido estrito, consiste em direitos positivos, que necessitam de prestação estadual²⁸⁸ para sua efetivação.

Assim, para José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais sociais assegurados na Constituição portuguesa são carregados de diretivas, impositivas de legislação, vinculando efetivamente os poderes públicos, não sendo meras normas proclamatórias, porém, esses direitos não conferem “aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir” que o Estado tome as medidas necessárias para sua efetivação. O caráter subjetivo dado aos direitos fundamentais sociais, conforme leciona o nobre jurista, constitui também a ideia de conteúdo mínimo, mas não se estende ao judiciário o poder de implementá-los, necessitando da atuação legislativa que irá definir os níveis de atuação e, assim, consolidar como direitos subjetivos plenos, não constituindo anteriormente “preceitos exequíveis por si mesmos”²⁸⁹.

A opção legislativa de constituir a expressa diferenciação entre os regimes é de pronto reconhecida por Jorge Miranda²⁹⁰, uma vez que a própria Constituição portuguesa, em suas alíneas b) e d) do artigo 9º revela a distinção entre os direitos de liberdade e garantias e os direitos sociais, sendo para os primeiros uma *garantia* do cidadão face a uma tarefa fundamental do Estado, e para os segundos apenas um *promoção* de efetivação, com a ressalva da “transformação e modernização das estruturas económicas e sociais.”

Deste modo, os direitos sociais assumem uma postura de “*camaleões normativos*”, conforme define J. J. Gomes Canotilho, distinguindo entre os direitos constitucionais sociais e políticas públicas sociais. Nessa concepção, o professor define que a constituição, no seu

²⁸⁸ ANDRADE, 2012, p. 357. No mesmo sentido, SILVA, J., 2005, p. 286.

²⁸⁹ ANDRADE, op. cit., p. 359-360, 362.

²⁹⁰ MIRANDA, Jorge *apud* BOTELHO, 2015, p. 259.

caráter dirigente, não se constitui em uma otimização direta dos direitos sociais, possuindo de fato, uma construção gradual deles, diante das “reservas de cofres financeiros”²⁹¹.

Essa diferença se encontra na Constituição de 1976 no seu art.18º, no que tange à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, em vista que, para assumirem a aplicabilidade, os direitos sociais devem assumir uma figura análoga aos direitos, liberdades e garantias, vinculando-os à própria liberdade, ao desenvolvimento da personalidade, à vida ou à dignidade humana (art.17º da CRP).

Neste diapasão, para abriremos a porta para a defesa do direito à saúde da criança, se faz necessária a analogia com um direito consagrado à proteção imediata que trata o art.17º da CRP, estabelecendo “uma ponte de passagem entre o regime jurídico menos estrito (o dos direitos económicos, sociais e culturais) e o regime jurídico específico, e mais estrito, dos direitos, liberdades e garantias”²⁹². Essa ponte se mostra possível, quando da tutela do desenvolvimento da personalidade da criança e do nascituro²⁹³, que tem além de sua proteção constitucional, a proteção civil, encontrada no art.70º do Código Civil português, que tutela as violações da “personalidade física ou moral” dos indivíduos²⁹⁴.

De facto, esse é o posicionamento assumido pela doutrina: a concepção de inferioridade dos direitos sociais. Contudo, o mesmo vem recebendo oposição por outros juristas portugueses, na compreensão de que os direitos fundamentais são interdependentes e indivisíveis, não cabendo a retórica de inferioridade aos direitos sociais, o que implicaria na sua inexigibilidade, dependentes da ação e da vontade dos poderes democraticamente eleitos²⁹⁵.

²⁹¹ O professor defende que posição de graduabilidade dos direitos sociais fora ultrapassada pela crise do Estado Social e pelo “triunfo esmagador do globalismo neoliberal”, estando em causa não somente a graduabilidade mas a reversibilidade dos direitos sociais (CANOTILHO, 2012a, p. 12-13).

²⁹² QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 16.

²⁹³ Rabindranath defende que a personalidade humana enquanto bem jurídico tutelado, é admissível a proteção à saúde do nascituro em virtude da “administração de medicamentos ou drogas lesivas, de infecções provenientes de transfusões de sangue, de agressões diretas ou indiretas ao feto, de radiações, etc.” (SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 163).

²⁹⁴ Nesse sentido, a tutela da personalidade do “concebido face a omissões ilícitas não se cinge à obrigação de reparação prevista nos termos gerais do art.486 do Código Civil, antes abrange também, face ao nº 2 do art.70º do Código Civil, as providências adequadas às circunstâncias da ameaça de omissão ou um omissão em trânsito bem como de atenuar os efeitos de uma omissão já cometida, o que nalguns casos pode ser mais eficaz e urgente” (Ibidem, p. 165).

²⁹⁵ SAMPAIO, 2014, p. 188-189.

Já no Brasil, a construção dos direitos fundamentais se dá pela dogmática unitária, sendo claramente adotada pela Constituição brasileira de 1988, ao reconhecer a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais contidos no Título II, art.6º em consonância com o art.5, §1º garantindo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, bem como não exclui a criação de outros direitos fundamentais decorrentes de regime e princípios adotados, e ou derivados da própria constituição – que é o caso dos direitos fundamentais contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, a aplicação imediata definida pela Constituição não pode ser confundida com aplicabilidade imediata. A doutrina da eficácia, de José Afonso da Silva²⁹⁶, define que a aplicação imediata ocorre quando a norma constitucional já é dotada de “todos os meios e elementos necessários para sua pronta incidência nos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam”. Contudo, a regra do art.5º, §1º constitui, diante da situação concreta, acionado o poder judiciário, que “não poderá o mesmo deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”, através das ações mandamentais e de omissão²⁹⁷²⁹⁸.

Assim, embora os direitos econômicos e sociais estejam contemplados pelo artigo 5º da CF/88, § 1º, não ocorrendo a dualidade entre eles e os direitos, liberdades e garantias, a “batalha jurídica” que se trava será sobre o reconhecimento de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade. O reconhecimento da eficácia da norma constitucional, seja ela plena ou limitada, sendo esta última dividida em programáticas e de legislação, não impede o reconhecimento da sua normatividade, “pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando normas infraconstitucionais” incompatíveis, ou constituem parâmetros para ações de inconstitucionalidade por ação ou omissão.

O reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental à criança implicará agora na análise de sua efetividade, através da judicialização da matéria, reconhecendo (ou não) a saúde como um direito subjetivo individual exigível. A discussão da possibilidade de

²⁹⁶ SILVA, José Afonso da *apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 865-866.

²⁹⁷ Notadamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Lei nº 12.063/2009; Mandado de Injunção, art.5º, LXXI da CF/88; os Mandados de Segurança contra ato abusivo da autoridade coatora, regulamentado pela Lei 12.016/2009; Ações de Obrigação de Fazer contra o Estado quando da não efetivação de um direito protegido por lei e pela constituição.

²⁹⁸ Ainda sobre o tema, os ensinamentos de BARROSO, 2015, p. 234-238.

o Estado “vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos e/ou jurídicos necessários ao exercício efetivo de direitos constitucionalmente assegurados”²⁹⁹, bem como a eventual possibilidade de o titular do direito requerer tal pretensão à prestação por parte do Estado, através da via judicial, é o que se busca responder no próximo capítulo.

²⁹⁹ MENDES, 2015, p. 638.

CAPÍTULO III

A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE DA CRIANÇA

“Fechem os livros e abram os olhos.” (MACHADO, Maria Clara *apud* BARROSO, 2006, p. 281).

“Coloque-se no mundo normativo das constituições, dos códigos, dos tratados e das jurisprudências e descubra os lugares do político escondido no dizer do direito.” (CANOTILHO, J. J. Gomes).

3.1 PARA ALÉM DA EFICÁCIA, A BUSCA DA EFETIVIDADE

3.1.1 Delimitando o tema

A problemática contemporânea dos direitos sociais, para além da sua positivação constitucional e seu reconhecimento como direitos fundamentais sociais, que se deu na adoção por Alexy da construção de “direitos prestacionais”, está para o estudo deste trabalho na sua efetiva proteção por parte dos poderes públicos. O direito às prestações em sentido estrito, aquelas que comprometem o Estado à entrega de bens materiais, ou à obrigação de um fazer, é a que dedicaremos a nossa atenção, uma vez que delas surgem os principais problemas da efetividade dos direitos sociais.

O debate que se revela quando do estudo da efetividade dos direitos sociais fundamentais esbarra no problema entre o Direito e a vontade política. Luís Roberto Barroso, expoente da doutrina da efetividade brasileira³⁰⁰, leciona que o direito como ciência social não se limita a explicar os “fenômenos sociais”, mas, antes, investe-se de caráter normativo, “ordenando princípios concebidos abstratamente na suposição de que, uma vez impostos à realidade, produzirão efeito benéfico e aperfeiçoador”³⁰¹, traçando novos valores às normas constitucionais.

É evidente que o Direito Constitucional está *in voga*, bem como a guinada jurisprudencial dos Tribunais Constitucionais está a dar vida à constituição³⁰², colocando o

³⁰⁰ BARROSO define que “a doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição” (BARROSO, 2015, p. 253).

³⁰¹ *Idem*, 2006, p. 73.

³⁰² CANOTILHO, 2003, p. 26.

Direito para enfrentar a realidade social, talvez por um “apagamento” das instituições políticas, ou no descrédito das mesmas, alavancando a judicialização de temas afetos às políticas sociais³⁰³, assumindo o Poder Judiciário verdadeiro protagonismo³⁰⁴.

A dificuldade em passar da enunciação de princípios à disciplina efetiva dos direitos constitucionalmente assegurados, através de uma proteção rigorosa ou rígida, dos *direitos acionáveis*, é constatada pelo jurista Paulo Bonavides³⁰⁵. O caminho que passa da mera esfera abstrata da “declaração de princípios à ordem concreta das normas que se fazem cumprir” levou Luís Roberto Barroso a enunciar como “o drama jurídico das Constituições contemporâneas”³⁰⁶.

Deste modo, o reconhecimento da força imperativa das normas constitucionais³⁰⁷ constitui no primeiro passo o abolir da ideia de constituição como normas limitadoras, para se ter uma norma jurídica a seguir, reconhecendo a sua violação por ação ou por omissão³⁰⁸. Evidentemente que as constituições incorporaram regras que foram além da organização do poder político e da definição de direitos fundamentais, das normas materiais e formais, para incorporarem a força dos princípios, e, assim, observar a questão axiológica a que a norma se destina.

O papel do estudo dos atos jurídicos, aqui no que cabe à existência, validade e eficácia, e num quarto plano o da efetividade, sendo estes dois últimos em que nos debruçaremos na tentativa de responder à questão jurídico-dogmática³⁰⁹ que implica na prestação social do direito à saúde das crianças de maneira concreta, à luz do princípio do

³⁰³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 11-15. “É, neste contexto, que se deve analisar o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito. Por que razão estamos hoje tão centrados na ideia do direito e do sistema judicial como factores decisivos da vida colectiva democrática, do desenvolvimento de uma política forte e densa de acesso ao direito e à justiça, enfim, na ideia de levar a sério o direito e os direitos?”

³⁰⁴ Ibidem, p. 15.

³⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional *apud* BARROSO, 2006, p. 71.

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 44-46, leciona que normas constitucionais são todas as regras que integram uma constituição rígida, não excluindo o reconhecimento de disposições de conteúdo constitucional fora desse documento, distinguindo-se em normas constitucionais formais (dentro da constituição) e normas constitucionais materiais (normas que aderem ao conteúdo constitucional, ou regularizam, como exemplificado pelo autor: códigos eleitorais).

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial**. 2014, p. 5. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

³⁰⁹ De acordo com Alexy, na discussão acerca dos Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos a questão é respondida dentro de determinado sistema jurídico, se “um sujeito de direito tem determinado direito subjetivo, está-se diante de uma questão jurídico-dogmática” (ALEXY, 2015, p. 180-181).

superior interesse, sem, contudo, deixar-se levar pelo “otimismo juridicizante”³¹⁰. É a esperança de que a norma constitucional e o Estado ainda sejam os protagonistas.

3.1.2 Eficácia da norma constitucional de direito à saúde

Propusemos, neste ponto, um breve estudo sobre as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais³¹¹, notadamente as que constituem o direito à saúde que, pelo método de positivação, não constituem um complexo homogêneo entre os ordenamentos jurídicos³¹².

Diversos autores se esforçaram em sistematizar as normas constitucionais³¹³; entre os brasileiros o renomado José Afonso da Silva leciona que a *eficácia e aplicabilidade*³¹⁴ das normas constitucionais fundamentais “dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em fundação do Direito positivo”³¹⁵. O autor enfatiza a premissa de que: “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia”. Assim, constrói sua teoria através da tríplice característica das normas constitucionais: 1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; 2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; 3) normas de eficácia limitada, que se dividem em: a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e b) declaratórias de princípio programático³¹⁶.

³¹⁰ VERDÚ, Pablo Lucas *apud* BARROSO, 2015, p. 55.

³¹¹ Os Direitos Fundamentais “são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular” (SILVA, J., 2005, p. 180).

³¹² SARLET, 2015, p. 266.

³¹³ José Afonso da Silva aborda diversos autores e sistematizações em sua obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”. Podemos citar como exemplo de normas constitucionais: autoaplicáveis, não autoaplicáveis, bastante em si e não bastante em si (Pontes de Miranda); normas coercitivas (*ius cogens*) e normas dispositivas (*ius dispositivum*) de Del Vecchio; nos Estados Unidos da América, as *mandatory provisions e directory provisions*; no que tange à aplicabilidade o sistema norte-americano definiu as “*self-executing*” e as “*not self-executing*”. A doutrina italiana formula a classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade: a) normas diretivas ou programáticas, dirigidas essencialmente ao legislador; b) normas preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata; c) normas preceptivas, obrigatórias, mas não de aplicabilidade imediata.

³¹⁴ SILVA, J., 1998, p. 51. “Aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma, ‘no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”.

³¹⁵ *Idem*, 2005, p. 180.

³¹⁶ *Idem*, 1998, p. 86.

Embora a Constituição brasileira trate que as *normas de definidores dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*, conforme o art.5º, §1º, tal estrutura não soluciona a problemática dos direitos fundamentais sociais, propondo o autor a seguinte construção: a) normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais e são de *eficácia contida* e aplicabilidade imediata; b) normas de direitos econômicos e sociais que são de *eficácia limitada*, de *princípios programáticos* e de *aplicabilidade indireta*. Contudo, as normas sociais são tão relevantes quanto as normas de direitos fundamentais democráticos e individuais, uma vez que, “quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais”³¹⁷.

O autor, ao analisar o direito à saúde disposto no art.196 da Constituição Federal, diz que: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Tomando a perspectiva do termo “dever do Estado”, não corresponde propriamente a uma “obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde para todos e cada um se inclui entre os fins estatais, e deve ser atendida”³¹⁸. Todavia, adverte José Afonso da Silva que, diferente de outras normas constitucionais que dependem de legislação por conterem as expressões de “a lei disporá”, “regulará”, a norma de direito à saúde constitui uma finalidade e requer “uma política pertinente à satisfação dos fins positivos neles indicados”, constituindo de “*normas programáticas*”.

Assim, com a promulgação do ECA, que consagrou uma série de obrigações estatais, como vimos nos artigos 7º ao 11º do estatuto (4.2, do Cap. II), ocorreu por via de legislação o aperfeiçoamento da disposição constitucional e, através da abertura contida no art.5, §2º da CF/88, uma ampliação dos direitos fundamentais sociais, ocasionando uma amplitude da eficácia da norma do art.196 da CF/88, como se refere Afonso da Silva.

Outra estrutura é proposta por Luís Roberto Barroso, construída através de uma sistematização das normas constitucionais elaboradas em três enquadramentos: a) *normas constitucionais de organização*, sendo aquelas que “têm por objetivo organizar o exercício do poder político”; b) *normas constitucionais definidoras de direito*, que objetivam “fixar direitos fundamentais dos indivíduos”; e c) *normas constitucionais programáticas*, “que têm por objetivo traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado”. Tudo isso a fim de

³¹⁷ SILVA, J., 1998, p. 91 e ss.

³¹⁸ Ibidem, p. 83-84.

“reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Lei Fundamental e propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário”, em especial, naquela que envolva a análise dos comportamentos omissivos do Executivo e do Legislativo³¹⁹. Assim, para alcançarmos a análise proposta por este trabalho, observaremos duas das três propostas do autor, sendo elas: as normas constitucionais definidoras de direito e as normas constitucionais programáticas.

3.1.2.1 Normas constitucionais definidoras de direitos

No que tange às *normas constitucionais definidoras de direitos*, estão presentes nas constituições modernas, que além de conterem as formas e estruturas do Estado, “definem direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal”³²⁰. Os direitos fundamentais sociais, como vimos, constituem-se na intervenção estatal destinada “a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade”³²¹, entre elas, a condição de acesso efetivo à saúde, através de uma justiça social³²².

Evidentemente, a discussão que pesa sobre o tema está na construção do direito à saúde como prestação positiva do Estado, mas, não somente, está na questão que envolve a pretensão de exigir a prestação, no reconhecimento da norma constitucional como relação de direito entre o titular e seu garantidor, na clássica ideia de direito subjetivo³²³, que se

³¹⁹ BARROSO, 2006, p. 89.

³²⁰ Ibidem, p. 95. Barroso utiliza a definição de direitos fundamentais em quatro grandes grupos: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos.

³²¹ Ibidem, p. 97.

³²² Luís Antônio Malheiro Meneses do Vale, em sua dissertação de mestrado, define que a *justiça social*, “designadamente quando comparada com a clássica justiça distributiva, reside na intenção de acorrer às necessidades e aliviá-las, em vez de privilegiar o critério aristotélico de distribuição, que era o mérito”. O autor lembra, ainda, que o critério da necessidade só ganhou relevo jurídico tardiamente, “deixando de pertencer ao domínio da caridade”. Defende, também, que aqueles que alegam não existir justiça social, e restringem a justiça à questão judicial, “pretendem fazer crer que a única forma aceitável de distribuir os *outcomes* sociais é o mercado”. Deste modo, a justiça social se encontra interligada aos conceitos de solidariedade e igualdade material da justiça ao bem comum (VALE, Luís Antônio Malheiro Meneses do. **Racionamento e Racionalização no acesso à saúde**: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional. 2007. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2007, v. 1, p. 303 ss). Na doutrina brasileira, Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra a **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 55, conclui que “as disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer”.

³²³ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85, defende não ser a ideia de direitos, mas a questão das “dimensões negativas e positivas”.

desenvolve no direito privado³²⁴. A criança como titular de direito à saúde, que se apresenta como direito à prestação, exige do “Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma (dever jurídico)”, e não sendo prestada (aqui de maneira geral), constitui uma violação do direito, conferindo ao seu titular “a possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial”³²⁵.

Todavia, outras tantas questões são impostas quando das exigências de prestações positivas do Estado em face ao direito à saúde, em especial as de cunho econômico e político, que problematizam o reconhecimento da sua eficácia imediata. Observando os estudos de Ingo Wolfgang Sarlet sobre eficácia dos direitos sociais de dimensão prestacional, onde se inclui o direito à saúde, podemos concluir que: a) sendo um direito fundamental social de dimensão prestacional, “independentemente da sua forma de positivação” e “por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição”, sempre estarão “aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis”; b) por ser um direito constitucionalmente assegurado, considera-se que “não existe norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade”.

3.1.2.2 Normas constitucionais programáticas

As *normas constitucionais programáticas* são conceituadas por Pontes de Miranda como “aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos”³²⁶. O Estado, que se destina a diversos fins, tem como premissa atual, especialmente o Estado Democrático de Direito, à diminuição da desigualdade social, através da política social. Assim, as normas programáticas surgem como norteadoras da atuação das políticas sociais, que desfrutam de proteção jurídica às vontades governamentais

³²⁴ Barroso define: “A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o direito subjetivo, a possibilidade de exigir, de outro, o dever jurídico, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público” (BARROSO, 2006, p. 99-100).

³²⁵ Ibidem, p. 101. Barroso distingue as normas constitucionais definidoras de Direitos em: a) as que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; b) ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; c) contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora (Ibidem, p. 104 e ss).

³²⁶ MIRANDA Pontes de. *apud* BARROSO, op. cit., p. 114.

e suas mudanças ideológicas, constituindo conteúdo necessário e suficiente para gerar em prol da criança um *direito em sentido estrito*³²⁷. Por outro lado, Ingo Wolfgang Sarlet relembra que as normas programáticas são válvulas ideológicas na sua concepção, pois “resultam dos compromissos políticos estabelecidos por ocasião do momento constituinte com o objetivo de atender aos reclamos das diversas facções e grupos sociais”³²⁸.

Ingo W. Sarlet observa que as normas constitucionais que representam direitos prestacionais apresentam o problema da “dependência de concretização legislativa”³²⁹. O autor salienta que a doutrina estrangeira constitui que os direitos sociais só desencadeiam plena eficácia após a concretização pelo legislador, bem como só assim se tornam exigíveis, sendo chamados de direitos na medida da lei (*Massgabegrundrechte*), ou de maneira discordante, *leges imperfectae*³³⁰. Outro aspecto observado é que sob a ótica constitucional é difícil construir certa previsão do objeto da prestação, em vista da grande gama de prestações correlatas à prestação principal, que se apresentam, na maioria das vezes, de maneira genérica. A falta de clareza e determinabilidade acaba por afetar a verificação de uma violação da norma constitucional, refletindo no controlo da legitimidade constitucional da atuação do Estado³³¹.

Na doutrina portuguesa, a construção da tese da “Constituição Dirigente”, do professor J. J. Gomes Canotilho, é a que se constitui de maior aceitação jurídica. A obra constrói uma teoria das *tarefas do Estado*, no estudo dos tipos de normas constitucionais programáticas: a) normas-fim; b) normas-tarefa; e c) imposições constitucionais.

As normas-fim e as normas-tarefas, geralmente designadas de normas programáticas, exprimem uma finalidade a ser seguida pelo Estado, através de um “dever

³²⁷ “Direito em sentido estrito, que é o direito propriamente dito, isto é, bem jurídico cuja fruição depende de uma prestação alheia [...] Por isso, tal direito de fruição, para ocorrer, depende de que a norma constitucional haja desenhado uma conduta de outrem (geralmente do Estado).” (MELLO, 2009, p. 23).

³²⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que “em cada período histórico os legisladores constituintes, de regra, incorporam nas Leis Fundamentais aquilo que no período correspondente se consagrou como a mais generosa expressão do ideário da época. Fazem-no, muitas vezes, com simples propósito retórico ou porque não se podem lavar de consigná-los. Mas, animados de reta intenção ou servindo-se disto como blandicioso meio de atrair sustentação política ou de esquivar-se à coima de retrógradas, o certo é que geralmente as Cartas Constitucionais estampam versículos prestigiadores dos mais nobres objetivos sociais e humanitários que integram o ideário avalizado pela cultura da época” (Ibidem, p. 9-10). No mesmo sentido SARLET, 2015, p. 298 ss.

³²⁹ “A dificuldade de se definir, já em nível constitucional, com certa precisão o próprio objeto da prestação é, sem dúvida, outro aspecto correlato que aqui não pode ser desconsiderado, ao menos no que diz com boa parte dos direitos sociais a prestações. Basta que se faça menção aos exemplos do direito à saúde, ao trabalho e à educação para se notar a pertinência da consideração.” (Ibidem, p. 298).

³³⁰ Ibidem, p. 299.

³³¹ Ibidem, p. 298.

jurídico” que caracteriza as tarefas³³². Deste modo, Canotilho define que “é nas imposições constitucionais com determinações de fins e fixação de tarefas que se capta o sentido da ‘pirâmide dirigente’ e a especificidade do carácter vinculado da legiferação concretizadora: os fins constitucionais requerem uma legislação ‘actualizadora’ e concretizadora das ‘tarefas’ por eles determinadas”³³³.

Assim, as imposições constitucionais, em especial aquela que constitui um direito à saúde (art.64 da CRP), como vimos, apresentam uma dupla dimensão: subjetiva e impositivo-programático³³⁴. Emite-se verdadeira ordem de atuação positiva destinada ao legislador, para que crie

leis de execução, simultâneas ou sucessivas, e necessárias: 1) à conformação jurídica de situações de facto; 2) à regulamentação de questões específicas; 3) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; 4) à adaptação das leis antigas aos novos princípios constitucionais. Em sede de recapitulação, as normas constitucionais programáticas no sistema português não adquirem eficácia imediata, pois não constituem direito *self executing*³³⁵, necessitando da interposição do legislador no sentido de dar vida ao preceito constitucional, embora não estejam “juridicamente desprovidas de qualquer vinculatividade³³⁶”.

De maneira específica ao direito à saúde, Canotilho discorre que:

o reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjetiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objeto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao

³³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra, 2001, p. 286.

³³³ Ibidem, p. 286-287.

³³⁴ “Para esta posição, as normas de direitos fundamentais a prestações são, em rigor, normas programáticas, isto é, regras juridicamente vinculativas que podem obrigar a uma política activa, sem, contudo, fundamentarem pretensões de prestação subjetiva.” (Ibidem, p. 367).

³³⁵ Ibidem, p. 298.

³³⁶ “A partir do momento em que o legislador se inclui no círculo dos destinatários das normas constitucionais e se reconheceu que o mesmo as normas programáticas possuíam a natureza de direito positivo, tornou-se também indispensável determinar com mais rigor a função de exigência, de promoção e de incentivo dos preceitos de uma lei fundamental. A distinção entre efeito positivo e efeito negativo, entre função de exigência e fundação de proibição ou, como atrás se referiu, entre heteronímia constitucional determinante positiva e negativa, traduz um sentimento da necessidade de uma melhor afirmação dos efeitos impositivos das normas programáticas [...] Todos os órgãos concretizadores das normas constitucionais estão juridicamente vinculados a considerar esses preceitos como parâmetros interpretativos, não só nos casos de nova regulamentação, mas também na actividade interpretativa do direito existente.” (Ibidem, p. 300-301).

legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objetivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos. Por sua vez, o direito à prestação não corresponde, rigorosamente, ao dever de prestação ao Estado, contido na imposição legiferante: o âmbito normativo daquele direito pode ser mais amplo ou mais restrito que o deste dever.

Evidentemente que as normas constitucionais que discorrem sobre os direitos fundamentais sociais se constituem de *normas programáticas* ou *diretivas*, pois implicam uma concretização incindível da realidade constitucional; todavia, constituem-se de normas jurídico-constitucionais e, assim, não são meras proclamações políticas desprovidas de qualquer vinculação aos legisladores. Jorge Miranda afirma que as normas constitucionais programáticas não possuem dois graus de validade, “mas só de realização e de efetividade”³³⁷.

Assim, em sede de conclusão antecipada, podemos observar que a norma constitucional definidora de direito à saúde, como norma programática que é, não está esvaziada de eficácia, tampouco de certa exigibilidade. As estruturas constitucionais dos dois países muito se aproximam da ideia de um Direito à Saúde, direito à prestação positiva dos entes estatais, mas distanciam-se quando do reconhecimento como direito subjectivo exigível.

Não é forçoso reconhecer que o direito à saúde envolve questões subjetivas que à esfera constitucional não lhe cabe responder³³⁸. A Constituição de ambos os países, no Brasil por influência de Portugal, constituem a criação de um Sistema Nacional ou Único de Saúde, capaz de promover e garantir a saúde de seus cidadãos. Contudo, foi a brasileira que por redação original trouxe a saúde como um Direito e um Dever do Estado, constituindo – como

³³⁷ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional, Estado e Constitucionalismo**. Constituição e Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 198-199.

³³⁸ Embora a Constituição brasileira por sua prolixidade tenha incluído normas específicas ao direito à saúde da criança, fora do artigo destinado à saúde, constituindo, como se lê do art.227, §1º: O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

a doutrina e a jurisprudência vem assegurando³³⁹ – uma relação obrigacional entre o direito vs dever.

3.1.3 Efetividade do direito fundamental social à saúde

A questão que se impõe neste trabalho, não se constitui de maneira simplista, por isso não temos a pretensão de esgotar qualquer via, uma vez que as dificuldades impostas ao direito à saúde e aos direitos das crianças não podem ser resolvidas num “passe de mágica”, nem basta dizer que a saúde se constitui um direito subjetivo exigível contra o Estado³⁴⁰, sem se observar o binômio possibilidade e necessidade, entre a pretensão exigida e o direito assegurado, através do exercício hermenêutico dos princípios. A saúde como um direito à prestação em sentido estrito, isto é, direito a uma prestação material, suscita severas objeções à busca de sua efetividade através da judicialização da matéria.

A análise da efetividade da norma constitucional está intimamente relacionada à atribuição de *status* de norma jurídica. Deste modo, “normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais contêm comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral. Sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão”.³⁴¹

A tese firmada por Luís Roberto Barroso busca observar a norma constitucional e seus efeitos potenciais produzidos, a sua verdadeira efetividade, reconhecendo que “o Direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto de interesse e de estudo”.³⁴²

A efetividade defendida por Barroso surge no Brasil na década de 90 e na virada do século XXI, com a Constituição brasileira de 1988³⁴³, a visualização da constituição como

³³⁹ Sobre decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao direito à saúde STA 328 AgR, rel. min. Cezar Peluso, j. 24-6-2010, P, **DJE** de 13-8-2010; RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, **DJE** de 25-10-2013; RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, **DJ** de 24-11-2000 sobre acesso a medicamentos para crianças e adolescentes RE 195.192, rel. min. Marco Aurélio, j. 22-2-2000, 2ª T, **DJ** de 31-3-2000. Do dever solidário entre os entes federados AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, **DJE** de 16-8-2012; [RE 607.381 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 31-5-2011, 1ª T, **DJE** de 17-6-2011

³⁴⁰ AMARAL, 2001, p. 112-113.

³⁴¹ BARROSO, 2015, p. 253.

³⁴² *Idem*, 2006, p. 287.

³⁴³ Contudo, ainda se pode notar na jurisprudência a questão da inexigibilidade dos direitos subjetivos públicos, conforme se lê do Acórdão da 1ª Turma do STJ, ROMS 6.546/RS, julgado em 23/05/1996, que considerava

carta de direitos, norma jurídica, com a aproximação do direito processual³⁴⁴. A teoria, contudo, apresenta alguns pressupostos, como: a) o *senso de realidade* por parte do constituinte, para que não normatize o inalcançável; b) *boa técnica legislativa*, “para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis; c) *vontade política* por parte do Poder Público em concretizar e tornar realidade os comandos constitucionais; d) *exercício de cidadania* para exigir, mediante articulação política e medidas judiciais a realização dos “valos objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais”³⁴⁵.

Assim, a doutrina brasileira da efetividade da norma constitucional³⁴⁶ reconhece a eficácia e a vinculatividade dos comandos jurídicos aos governantes, bem como, na hipótese de constituição de direitos subjetivos, a capacidade de se exigir por ação judicial a execução, reparação e prevenção do bem ou serviço de responsabilidade do Estado, ou em análise de direitos fundamentais horizontais, a qualquer indivíduo, colocando o Poder Judiciário no plano central da discussão das políticas públicas e direitos fundamentais. Deste modo, a efetividade está ligada com a positividade dos direitos fundamentais e com a ideia de imperatividade da norma constitucional³⁴⁷, pelo seu posicionamento hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico, observando sua máxima efetividade³⁴⁸.

Para José Afonso da Silva, a efetividade da norma constitucional é um sentido da própria eficácia, que denomina de: *eficácia social*. O autor define que:

a eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao ‘fato

o direito à saúde como norma de eficácia limitada. (SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. [s.d.]a. Nota 3, p. 1. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

³⁴⁴ BARROSO, 2015, p. 255.

³⁴⁵ Ibidem, p. 256.

³⁴⁶ Sobre a questão do princípio da efetividade dentro do cenário europeu, notadamente a interpretação da Convenção Europeia de Proteção aos Direitos do Homem, ver os ensinamentos de Suzana Tavares da Silva (2014, p. 99-107).

³⁴⁷ BARROSO, 2014, p. 5-6. Sobre o tema CANOTILHO, 2003, p. 890-891, 1147-1154. A constituição como norma superior do Ordenamento Jurídico.

³⁴⁸ Ibidem, p. 1224, define como um dos princípios de interpretação da constituição o da “máxima efectividade”, que corresponde ao “princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva”, formulado da seguinte maneira: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sendo de maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.

real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos'. É o que tecnicamente se chama de efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a ocorrer.³⁴⁹

Embora se reconheça a efetividade como estrutura primordial para interpretação constitucional³⁵⁰ a favor dos comandos do constituinte, extraído da norma sua máxima efetividade, faz-se necessário observar que, na questão que envolve os direitos das crianças, os pressupostos da teoria, notadamente o *exercício da cidadania*³⁵¹, ficam limitados quando falamos de crianças e adolescentes. O direito das crianças, como analisamos no primeiro capítulo, encontra-se à mercê da vontade política dos adultos, uma vez que sua participação política-representativa é pouca ou quase nada (tomando como exemplo o Orçamento Participativo quando é levado às escolas³⁵²).

³⁴⁹ SILVA, J., 1998, p. 65-66.

³⁵⁰ Luís Roberto Barroso considera três mudanças de paradigma que abalaram a interpretação constitucional tradicional: 1) superação do formalismo jurídico, passando a considerar que grande quantidade de situações não encontraram soluções pré-prontas no ordenamento jurídico; 2) advento de uma cultura jurídica pós-positivista que reconhece que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela; 3) ascensão do direito público e centralidade da Constituição, que coloca toda interpretação jurídica, direta ou indiretamente, como uma interpretação constitucional (BARROSO, 2015, p. 345-346, 341).

³⁵¹ ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização**: O Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direitos do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010, p. 54-61. O autor define que a concretização do direito fundamental à saúde está relacionada com a participação social, por constituir a saúde: “a) um direito individual, pois é pertencente a cada indivíduo e não pode ser violado pelo Estado, ensejando uma abstenção deste em relação à realização de qualquer prejuízo à saúde do cidadão; b) direito social, pois diz respeito à esfera pública e deve ser objeto de políticas sociais, ensejando uma ação do Estado para a redução de desigualdades e a efetivação de direitos; c) direito de participação, pois pressupõe a participação popular de forma ativa”, através de um exercício de cidadania, principalmente através da fiscalização das políticas e participação dos Conselhos de Saúde, numa mudança de “ideia de Estado-ativo para a de cidadãos-ativos, que possuem jurídica e socialmente a possibilidade de influir legitimamente nos rumos das políticas de saúde”.

³⁵² Orçamento participativo das escolas, <http://www.opescolas.pt/#/>.

Assim o problema que se observa não é puramente da eficácia jurídico-formal, mas da efetividade da norma constitucional³⁵³, também denominada de eficácia social, ficando destinada tanto aos operadores governamentais como ao Poder Judicial, quando se trata dos direitos da criança, bem como aos agentes de proteção, notadamente aqueles que possuem um dever legal: as famílias, a sociedade (conselhos de proteção, escolas, hospitais etc.), e o Estado (através dos magistrados do Ministério Público, Defensores Públicos, agentes de fiscalização que possuam poderes de ação para tornarem a norma verdadeiramente efetiva para as crianças).

3.2 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO CAMPO DA SAÚDE

3.2.1 Intervenção (?)

Observados os pressupostos iniciais deste trabalho em que tomamos conhecimento da emancipação das crianças como sujeitos de direitos, do Direito à saúde e a sua posição fundamental dentro dos ordenamentos constitucionais em cada país, bem como delimitamos os atores envolvidos³⁵⁴: a criança como titular do direito; e o destinatário, em especial o Estado, que é obrigado a manter um “conjunto de prestações materiais e normativas”, entre elas a construção de uma rede de atendimento público em saúde.

Assim, antes de iniciarmos esta parte, é preciso que tenhamos em consideração a que modo o judiciário irá intervir para efetivação, ou como define João Carlos Loureiro: *realização*³⁵⁵ do direito à saúde. Inicialmente é preciso saber: acesso a quê? Em resposta a esse questionamento temos que o acesso constitui a ideia de saúde como “bem da vida, bem comum”, numa ideia de justiça social, que se apresenta “como ideal de equilíbrio dinâmico entre os cidadãos” que compõem a sociedade, “mediante uma regulamentação devida da distribuição e repartição das posições, dos bens (materiais e espirituais), do património e

³⁵³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 65-71. O autor defende que “o critério da eficácia jurídico-constitucional deve ser substituído por outro de inclinação mais material, que dê conta dessa abrangência de situações nas quais a efetividade, ou realização prática dos direitos fundamentais, possa ser ameaçada” (Ibidem, p. 70).

³⁵⁴ LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. LOUREIRO, João Carlos at al. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 675. v. II. Seguimos a delimitação dos atores envolvidos conforme a ideia do autor.

³⁵⁵ LOUREIRO, 2006, p. 677.

produto comuns”³⁵⁶. Os modelos adotados pelos dois países, que se constituíram em sistemas de saúde pública, de caráter universal e acesso tendencialmente gratuito no modelo português e inteiramente gratuito no modelo brasileiro, realizaram o instrumento de oferta do acesso à saúde.

Meneses do Vale, analisando o tema, observa a questão da “dimensão de um acesso justo”³⁵⁷, ligado à ideia do Estado de Direito “estruturado em princípios normativos e direitos fundamentalmente constituídos de uma ordem valorativa aberta e plural”, que se constitui em um Estado de Justiça Social, numa concepção de justiça constitucionalmente adequada. Essa ideia, como se refere o autor, “aos cinco *A’s* da *availability*, *accessibility*, *affordability*, *acceptability* e *accomodation*, a que se devem juntar, pelo menos, os princípios da *universalidade* e da *igualdade*”. Deste modo, os serviços ofertados devem ser “financeiramente acessíveis”, e que o cidadão “esteja disposto a aceitar pela sua qualidade, adequação e efetividade”³⁵⁸.

Neste ponto, no que tange às taxas moderadoras aplicadas pelo Sistema Nacional de Saúde de Portugal, em 2015, os menores de 18 anos não mais necessitam pagá-las³⁵⁹, o que constituiu um verdadeiro avanço para a saúde das crianças, na busca de um desenvolvimento integral e na concretização do norte proposto pela Constituição: a tendencial gratuitidade.

Continua Loureiro advertindo que o questionamento inicial leva a outros dois questionamentos: 1) acesso a que sistema? 2) acesso a que prestações?

Em resposta ao primeiro, retomamos a questão inicial, pois a estrutura que analisamos é o acesso aos serviços públicos de saúde nacionais, e a sua correlação com a estrutura de proteção nacional. Já o segundo questionamento, esse nos levará à análise que pretendemos. O acesso às prestações de saúde é a questão que mais suscita debate, em especial a omissão da administração pública na sua efetivação, ou concretização³⁶⁰/realização.

³⁵⁶ VALE, 2006, p. 13.

³⁵⁷ Ibidem, p. 15.

³⁵⁸ Ibidem.

³⁵⁹ Disponível em: <<https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/programa-tipo-de-atuacao-em-saude-infantil-e-juvenil.aspx>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

³⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a juridicização da política e a politicização da Justiça**, 26 abril de 2007, p. 5. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017. O autor afirma que “a concretização exprime uma tendência incontornável para o alargamento do espaço de

As prestações de saúde se constituem de um termo geral, bem como um conjunto de interesses subjetivos, que ganham contornos através das políticas públicas ofertadas pelo Estado. O acesso a medicamentos de alto custo, a tratamentos experimentais, a cirurgias de emergência, bem como a insumos básicos, passaram a “frequentar” os tribunais, suscitados como um direito subjetivo, gerando o atual problema em torno das prestações de saúde, pois bem lembra o aforismo: “a saúde não tem preço”³⁶¹.

Nesta linha, questões como a *legitimidade democrática dos tribunais*³⁶² (crítica político-ideológica³⁶³) em determinar a prestação específica que, em sua maioria é em detrimento de uma única criança, constitui uma afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, uma vez que boa parte da doutrina ainda não reconhece a capacidade técnica dos tribunais para tais decisões (crítica à capacidade institucional³⁶⁴), perfazendo-se em verdadeira intervenção judicial na *conformação legislativa e executiva*³⁶⁵. Em outras palavras: uma intervenção judicial na política de governo.

A invasão do direito pela política, com o vigor do constitucionalismo contemporâneo (*neoconstitucionalismo*), faz do Judiciário um formulador da norma fundamental, ao lado do Legislativo, no exercício legítimo do *controle de constitucionalidade das leis*³⁶⁶. A positivação dos direitos fundamentais, como já visto, traz

discricionariedade das magistraturas no dizer o direito em nome da necessidade de assegurar a justa realização da constituição”.

³⁶¹ LOUREIRO, 2006, p. 689.

³⁶² Sobre o tema que se torna demasiadamente grande para ser tratado por este trabalho com a devida profundidade, vide SAMPAIO, 2014, p. 313 ss. Neste mesmo sentido, CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Ed. Almedina, 2016, p.101-112.

³⁶³ BARROSO, 2015, p. 443-444, define como crítica a dificuldade contramajoritária, que pode funcionar como uma manutenção da ideia de concentração da distribuição de poder e riquezas na sociedade, “como uma reação das elites tradicionais contra a democratização”. Todavia, a via da judicialização tem sido utilizada para socorrer os mais necessitados a terem um acesso mais digno à saúde, embora questões como o acesso à justiça estejam relacionadas.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 444-445. “A capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”. “O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”.

³⁶⁵ ANDRADE, 2012, p. 360, leciona que “para se tornarem direitos subjetivos certos, é necessária a atuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto, fazendo opções políticas num quadro de prioridades a que obrigam a escassez dos recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, a abertura característica do próprio princípio democrático. A intervenção legislativa é necessária, mas o legislador dispõe, em regra, de um espaço próprio para conformação do conteúdo das prestações que constituem o direito. Os preceitos constitucionais respetivos não são, por isso, diretamente aplicáveis sem intervenção legislativa, muito menos constituem preceitos exequíveis por si mesmos”.

³⁶⁶ VIANNA, 1996, p. 268. Para conhecimento do Controlo da Constitucionalidade, que aqui não aprofundaremos, vide as lições de URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade**. Coimbra: Ed. Almedina, 2012.

uma nova linguagem da justiça, pois ao juiz não lhe caberá mais somente “adequar o fato à lei, uma vez que também lhe caberia a atribuição de inquirir a realidade à luz dos valores e dos princípios dispostos constitucionalmente”³⁶⁷.

O papel dos Tribunais está a ganhar especial contorno, em tempos de crise económica, social e política, com avanço dos casos de corrupção e desvios de verbas públicas, e por serem “uma instituição de controle autônomo”³⁶⁸, o seu protagonismo se acentua, face à fragilidade de o Administrador tomar as decisões que atendam aos anseios da população, principalmente daqueles que tiveram “posições prestacionais negadas ou bloqueadas pelos decisores político-representativos”³⁶⁹.

O *controle judicial*, segundo Jean Carlos Dias, “manifesta-se como um salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos que integram uma sociedade”³⁷⁰. Neste sentido, mesmo que consideremos que a intervenção judicial no campo das políticas públicas, que são legitimadas através da representação fundada no sistema eleitoral, e promovidas pelo Poder Executivo eleito, fira a “competência derivada do sistema de escolhas sociais”³⁷¹ (crítica quanto à limitação do debate³⁷²), os Tribunais possuem legitimidade democrática, “enquanto *órgãos de soberania* aos quais cabe, constitucionalmente, a *administração da justiça em nome do povo*”³⁷³.

³⁶⁷ VIANNA, op. cit., p. 269. Paulo Castro RANGEL, em seu texto Estado fraco, tribunais fortes: de novas questões de legitimidade de função. *Julgare*, n. 3, p. 91, 2007, discorre sobre a erosão da ‘legalidade’ e a ‘revalorização da função judicial’, “a lei perdeu prestígio e, mais do que isso, mais grave do que isso, perdeu legitimidade. Por um lado, porque passou a padecer a concorrência de outros modos de produção ou revelação normativa. A eficácia da constituição, a proliferação das normas internacionais, a diversificação das modalidades legislativas (leis reforçadas de todo calibre e sorte), a redescoberta dos princípios gerais de direito submeteram a lei a padrões heterónomos está garantida por mecanismo de fiscalização judicial, o mais relevante dos quais é seguramente o controlo da constitucionalidade das leis. O que significa que se deu um salto em frente, pois a lei passou a estar sujeita ao juiz – ao exame de constitucionalidade pelo juiz do caso -, quando antes era o juiz que estava sujeito à lei”.

³⁶⁸ QUEIROZ, Cristina. **O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 18.

³⁶⁹ CANOTILHO, 2007, p. 4.

³⁷⁰ DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial das políticas públicas**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 130.

³⁷¹ Ibidem.

³⁷² BARROSO, 2015, p. 445-446. “A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais.”

³⁷³ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 71.

Tal entendimento não deve prosperar somente sobre a ideia de um *mérito administrativo* fundado na *tese da discricionariedade do agente público*, pois a constituição da separação de poderes não impede a atuação conjunta, tampouco do controle judicial³⁷⁴, cabendo ao Poder Judiciário conhecer situações que envolvam a ação ou omissão no âmbito das normas de direitos fundamentais, estando o Poder Executivo, como debatido, vinculado aos parâmetros constitucionais. Entretanto, os finos limites da atuação judicial no campo dos direitos fundamentais sociais suscitam uma ponderação de regras e princípios.

3.2.2 A questão do Ativismo Judicial

Deilton Ribeiro Brasil, baseado na obra do jurista e filósofo Antoine Garapon, *O guardador de promessas: justiça e democracia*, reconhece a nova roupagem das funções do juiz, que se torna “um árbitro dos bons costumes e até mesmo da moralidade política”, tornando a justiça “um espaço de exigibilidade da democracia”. O juiz que era a figura limitada a “sancionar os desvios” e dizer a lei, agora assume o papel de “verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis”³⁷⁵.

A defesa dos mais pobres é relacionada por J. J. Gomes Canotilho como um dos tipos de *ativismo judiciário*, bem como da atividade jurisprudencial. A “opção pelos pobres” levanta uma série de questionamentos de razão dogmática para responder quem seriam os pobres? Evidente que a resposta está na questão dos excluídos, de todos os jeitos e tipos, apontando para “o recorte dos princípios da solidariedade e do solidarismo e dos direitos sociais como regras jurídicas capazes de radicar pretensões juridicamente acionáveis”³⁷⁶.

As normas jurídicas não se constituem de meras “declarações de amor”, ou de “cascas vazias de legalidade e de regulações sem qualquer fôlego de vida e de impulso para justiça social”, leciona o autor, credibilizando-se a “objeção pelos pobres” no tocante à proteção de direitos sociais, notadamente a saúde, direcionando o sistema fiscal e a fiscalidade para neutralizar as distorções e exclusão daqueles vulneráveis (grupo em que se

³⁷⁴ DIAS, 2016, p. 131-132. Neste sentido, BARROSO, 2015, p. 414, leciona sobre “a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária”.

³⁷⁵ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. In: BRASIL, Deilton Ribeiro. **Ativismo Judicial e direitos fundamentais**: leituras em Garapon e Ricoeur. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 37. No mesmo sentido, SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde**: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2015, p. 69-70.

³⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito dos Pobres no activismo judiciário*. In: _____ et al. (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 33-35.

inclui as crianças), bem como “conferir devida importância aos estudos sobre direitos humanos e realçar a *vinculatividade jurídica* das convenções internacionais a eles respeitantes”³⁷⁷.

Terminologicamente, o “ativismo judicial” é uma expressão frequentemente designada à Arthur Schlesinger Jr, “que terá usado pela primeira vez num artigo publicado na revista *Fortune*, em janeiro 1947”³⁷⁸. O rótulo utilizado para qualificar a atuação da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América³⁷⁹, o ativismo judicial tem seu papel central na concretização das políticas do *New Deal*, ocasionando verdadeira “queda de braço” entre o então Presidente Roosevelt e o “governo de juízes”³⁸⁰.

Não obstante a questão ideológica do ativismo judicial, entre cortes conservadoras e progressistas, qual análise deixamos de observar a fundo pela limitação material deste trabalho³⁸¹, a postura ativista das Cortes Constitucionais vem demonstrando certo apelo à justiça social e à supremacia dos mandados constitucionais. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, entre o tênue limite da efetividade e do criativismo³⁸², no que tange ao direito à saúde, vem atuando de forma ativa, impondo condutas e abstenções ao Poder Público, declarando à luz do princípio da efetividade e do mínimo existencial a insuficiência das políticas públicas, considerando uma fuga da função típica de aplicação do direito, para uma que se assemelha da criação³⁸³.

Nesta mesma linha, Maria Benedita Urbano leciona que constitui uma situação típica de ativismo judicial “quando os juízes constitucionais se opõem a uma decisão política contida numa norma com base em critérios, motivações ou raciocínios políticos, ainda que juridicamente – em regra, principalmente – fundamentados”. Observa-se esse tipo de atuação, quando da utilização dos recursos dos princípios constitucionais pelos juízes para permitirem uma concretização e formatação, transforma-os não somente em “*colegisladores*

³⁷⁷ Ibidem, p. 34.

³⁷⁸ URBANO, 2012, p. 87. Schlesinger analisa a postura dos juízes da Suprema Corte Norte-Americana, classificando-os de ativistas, autocontidos e moderados.

³⁷⁹ BARROSO, 2015, p. 441.

³⁸⁰ Expressão também utilizada para “ativismo judicial” (URBANO, op. cit., p. 89).

³⁸¹ Ibidem, p. 91-94.

³⁸² Sobre o “criativismo judicial”, vide URBANO, Maria Benedita. The law of judges: attempting Montesquieu’s legacy or a new configuration for na old principie? **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXXVI, Coimbra, 2010. Delimita a autora três tipos de criativismo judicial: 1) criativismo tradicional, ortodoxo ou *soft*; 2) criativismo limítrofe, de fronteira ou *borderline*; 3) criativismo patológico, heterodoxo ou *hard*. Tipologia que também é utilizada na obra da autora (URBANO, 2012, p. 73-77).

³⁸³ BARROSO, 2015, p. 442.

– porque produzem ou corrigem normas legais –, mas, de mesmo modo, *coconstituintes* – porque, precisamente, formatam esses princípios constitucionais de acordo com as suas ideias e pré-compreensões”³⁸⁴.

Canotilho aponta para essa abertura feita pelo “arsenal metódico-metodológico”, constituindo várias categorias dogmáticas que abrem aos juízes as portas da “política dos valores e dos princípios”. O nobre jurista aponta para três categorias dentro dessa abertura para atuação judicial³⁸⁵, constituindo a primeira a (1) *concretização* dos direitos, que estabelece “uma tendência incontornável para o alargamento do espaço de discricionariedade das magistraturas no dizer o direito em nome da necessidade de assegurar a justa realização da constituição”. A segunda (2) se refere à *ponderação* ou *balanceamento de bens e direitos*, considerando Canotilho um verdadeiro problema nas relações funcionais entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário que, por dar a “última palavra”, passa a determinar o justo dentro dos casos de conflito de bens, retirando a “conformação política” de quem é constituído para tal (tanto para o Poder Legislativo como para o Poder Executivo).

Por último, a (3) *competência orçamental* dos tribunais em “sede de realização de direitos”, que constitui, também, a capacidade técnica em conhecer das questões orçamentais que atingem a insuficiência das prestações em saúde³⁸⁶, o que para Carlos Alexandre de A. Campos constitui falta de efetividade, compondo uma omissão legislativa por não elaborar um orçamento capaz de efetivar tal direito prestacional constitucionalmente protegido³⁸⁷. Contudo, vejamos a questão da justiciabilidade do direito à saúde.

3.2.3 Desafios à justiciabilidade do direito à saúde

O *controle judicial das políticas públicas* exercido por “juízes Hércules”, conforme instituiu Ronald Dworkin³⁸⁸, que deposita no Poder Judiciário questões que ele não pode

³⁸⁴ URBANO, 2012, p. 96.

³⁸⁵ Cf. CANOTILHO, 2007, p. 5-6.

³⁸⁶ Cf. SARMENTO, [s.d.]a. p. 31, afirma que “os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro do que o segundo) possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário. Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos”.

³⁸⁷ CAMPOS, 2016, p. 70.

³⁸⁸ É extremamente pertinente salientar que a estrutura colocada por Ronald Dworkin, que confere força ao ativismo judicial, está ligada aos direitos individuais, não aos direitos sociais, que no Brasil, acabou sendo

atender, seja pela falta de *expertise* sobre as políticas públicas ou pela própria dinâmica dos processos judiciais, ocasiona uma série de desafios à sua justiciabilidade³⁸⁹, podendo gerar um efeito contrário ao desejado pela atuação judicial, com uma baixa efetividade geral das políticas públicas.

No que tange às matérias de direitos sociais que os tribunais podem ser chamados a decidir, Victor Abramovich, citado por Jorge Silva Sampaio, constrói os cinco parâmetros em que os tribunais podem pronunciar: 1) a invalidade da política pública por contrariar parâmetros jurídicos; 2) impõe a implementação de políticas definidas pelas instâncias políticas e não executadas pela Administração; 3) obrigar a implementar políticas públicas a partir da aplicação direta da norma constitucional; 4) o reconhecimento de aspectos parciais de políticas públicas em andamento, obrigando a estender o alcance das prestações e serviços a pressupostos não contemplados e beneficiários excluídos; e 5) a imposição da “reformulação dos procedimentos para o desenho e implementação das políticas, os espaços de participação ou os níveis de informação pública disponível sobre elas”³⁹⁰.

Evidentemente que o tema que mais afeta os tribunais brasileiros são as decisões que ampliam o alcance das prestações de serviços públicos (4). Exemplificando o tema, podemos tomar em consideração Ações de Obrigação de Fazer em desfavor do Estado para realização de um único procedimento em favor de uma única criança, comuns dentro do cenário brasileiro. Assim, por exemplo: reconhecendo a jurisprudência que a saúde é um direito subjetivo público exigível, e por razões processualmente confirmadas, foi negado a uma determinada criança a realização de um procedimento cirúrgico por não estar contemplado na lista de procedimentos do SUS. O judiciário, no exercício de controle das políticas públicas e reconhecendo os princípios jurídicos da efetividade e do superior interesse da criança face às omissões parciais, determina ao administrador público a realização do procedimento.

usada para justificar a intervenção jurisdicional nas políticas públicas. Cf. SARMENTO, [s.d.], p. 32, nota 94.

³⁸⁹ Diversos são os termos utilizados para exemplificar a atuação positiva do Estado-Juiz na concretização dos direitos sociais e garantias constitucionais, sendo elas: ativismo judicial, juridificação, juridicização, judicialização (SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARIO, Carlos Alberto. **Democracia** – Separação de Poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro – Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011, p. 58-64).

³⁹⁰ ABRAMOVICH, Victor. El rol de la justicia em la articulación de políticas y derechos sociales, *apud* SAMPAIO, 2014, p. 476.

Todavia, levantam-se questões em desacordo, como: a) ocorreu uma análise real da necessidade e possibilidade; b) o Estado exerceu seu direito de defesa corretamente, não de maneira genérica, levando realmente ao conhecimento do juízo a impossibilidade ou qualquer outra opção para solução conflituosa; c) por sua vez o juiz como agente público está a colocar-se como parte integrante da engrenagem do Estado, não somente uma figura autônoma, sem consequências; c) observou-se a necessidade de outras crianças (ou pacientes) que já estavam esperando? São essas questões que envolvem respostas de cunho procedimental, típicos da própria estrutura do processo judicial, bem como a ponderação de princípios jurídicos, que não levará a uma resposta fácil a todos os questionamentos gerados, tampouco aos que possam surgir com a judicialização.

A justiciabilidade dos direitos sociais é matéria mais afeta aos tribunais brasileiros que aos portugueses, mas tem sua fundamentação na construção do Estado Democrático de Direito que constitui na noção “indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais sociais”³⁹¹. Nesta tomada de hermenêutica constitucional, o ilustre professor Lenio Luiz Streck³⁹² observa as visões dos procedimentalistas e substancialistas, que embora reconheçam no Poder Judiciário “uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra”³⁹³, divergem sobre a atuação do poder judiciário no controle das políticas públicas. Para os procedimentalistas (onde se incluem Habermas, Garapon e Ely), segundo o autor, “a invasão da esfera de competência dos tribunais, mediante concretizações materiais de valores, desestimula o agir orientado para fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados”³⁹⁴.

A crítica central formulada pelos procedimentalistas está para a “concepção de comunidade ética de valores compartilhados”, que é defendida pela hermenêutica dos substancialistas (onde se incluem Mauro Cappelletti, Bruce Ackerman, L. H. Tribe, M. J.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidade de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 261, maio/ago. 2003.

³⁹² Streck defende a ideia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), baseado na construção do professor Canotilho de uma constituição dirigente, que ao contrário da sua influenciada, a Constituição brasileira de 1988 tem uma função normativo-revolucionária. A TCDAPMT “implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade”, criando condições que possibilitem “o resgate das promessas da modernidade incumpridas”, que são a democracia e os direitos humanos fundamentais. Assume a TCDAPMT uma relevância como um contraponto à tempestade globalizante/neoliberal, pois defende a proteção dos núcleos básicos face a globalização, sob pena de estarem a descumprir o próprio contrato social. Cf. STRECK, op. cit., p. 274-280.

³⁹³ STRECK, 2003, p. 262.

³⁹⁴ Ibidem, p. 263-264.

Perry, H. H. Wellington), que reconhecem no Estado Democrático de Direito uma função transformadora, “onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais”³⁹⁵. Os valores incorporados na constituição atuam como controlador da *liberdade de conformação do legislador*, uma vez que os textos constitucionais dirigentes “apontam para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais”.

3.2.3.1 A judicialização e a desjudicialização do direito à saúde

O fenômeno da *judicialização* acompanha o reconhecimento dos direitos consagrados na Constituição, contribuindo para a ascensão do Poder Judiciário como defensor dos direitos constitucionais, bem como da proteção da dignidade humana, na trincheira entre a ação e omissão dos poderes democraticamente eleitos e as obrigações constitucionalmente asseguradas, assim associadas ao positivismo constitucional³⁹⁶, tendo seu cume na figura amplamente conhecida no mundo jurídico brasileiro, do *neoconstitucionalismo*.

O Brasil atualmente passa por um *boom* de litigiosidade, desde o início da última década³⁹⁷, na busca de efetividade dos direitos consagrados na Constituição de 1988, sendo levantados diversos posicionamentos sobre o papel do Poder Judiciário no controle dos direitos sociais, em especial das políticas públicas executadas pela Administração. O controle jurisdicional das políticas públicas, notadamente as da saúde, é acompanhado por diversas críticas, sendo as centrais a do ativismo judicial e a teoria da separação dos poderes³⁹⁸, quando do questionamento das políticas públicas e a ineficiência do Governo em

³⁹⁵ Ibidem, p. 267.

³⁹⁶ Na análise do professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, “o positivismo constitucional que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim de elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania” (BARROSO, 2015, p. 259).

³⁹⁷ ASENSI, Felipe Dutra. **Saúde. Sociedade e Judiciário: Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil**. Lisboa: Ed. Juruá, 2013, p. 201.

³⁹⁸ No âmbito do direito à saúde, o Ministro Celso de Mello, no ARE 745745 AGR/MG, defende que “a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 maio 2016.

assumir por completo sua responsabilidade na tutela dos direitos sociais, justificando-se principalmente pela “reserva do possível” ou “reserva dos custos”.

A problemática já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Constitucional brasileiro na análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que versou sobre a intervenção do Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde. O STF decidiu que o administrador público tem relativa liberdade de conformação e limitação da utilização da cláusula da reserva do possível, necessitando preservar aos indivíduos a integridade e intangibilidade do “núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”, viabilizando a intervenção judicial nos casos em que o direito à saúde seja desrespeitado. Esse posicionamento é seguido no que tange ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, quando não custeados pelo Sistema Único de Saúde, sendo fortalecido pelos princípios relevantes aos Direitos da Criança, no tocante à proteção integral, sendo já reconhecido como uma obrigação constitucional que se impõe ao poder público³⁹⁹.

Na outra extremidade dessa relação, em Portugal, observa-se o fenômeno da *desjudicialização*, após a explosão de litigiosidade da década de 70, exposta a um período em que a expansão econômica terminava⁴⁰⁰. Os tribunais, igualmente no Brasil, assumiram uma visibilidade social e política, encarregando-se da responsabilidade de resolverem o problema; contudo, o ativismo das vias judiciais surgiu como verdadeiro problema a ser debatido⁴⁰¹.

O atrito político entre o Judiciário e o Legislativo e Executivo, no papel de ator fiscal dos atores estatais, levou à tomada de medidas neutralizadoras para frear o seu protagonismo⁴⁰². Defende o jurista Felipe Dutra Asensi que o movimento reflexo se deu com a criação da Direção-Geral de Administração da Justiça e do Gabinete para a Resolução Alternativa de Conflitos, dentre outras reformas que defasaram a oferta dos serviços judiciais aos cidadãos, “contribuindo para a intensificação do afastamento entre Judiciário e sociedade civil”, reduzindo a “oportunidade política de reivindicação de direitos, sobretudo do direito à saúde”⁴⁰³.

³⁹⁹ LENZA, 2011, p. 985-987.

⁴⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Souza *apud* ASENSI, op. cit., p. 214.

⁴⁰¹ SANTOS *apud* ASENSI, 2013, p. 215.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 217.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 219.

Nesse sentido, António José Avelãs Nunes é categórico ao afirmar que desconhece “sentença de um tribunal português sobre o pedido de um cidadão no sentido de o tribunal condenar o Executivo a adoptar as medidas adequadas à efectivação do direito (individual) à saúde do requerente”⁴⁰⁴.

J. J. Gomes Canotilho assevera que “os tribunais não são órgãos de conformação social activa”, tendo o Tribunal Constitucional português pronunciado sobre os direitos sociais em três casos emblemáticos⁴⁰⁵, dentre eles a manutenção do Serviço Nacional de Saúde – Ac.39/84. Considera ainda que “as normas de direitos sócias podem e devem servir de parâmetro” para um controlo judicial, mas que estão dependentes, “na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade”⁴⁰⁶.

Já para Jorge da Silva Sampaio, que defende a *omissão a posteriori*, feita através da fiscalização da constitucionalidade de políticas públicas de direitos sociais por omissão, o tribunal observará a “concretização satisfatória de um direito fundamental”, em situações já existentes, que por atuação posterior ela se torna insuficiente, constituindo para análise o *princípio da proibição da insuficiência (Ubermassverbot)*⁴⁰⁷.

Assim, o Tribunal, em sua metodologia assume que as “concretizações legislativas de direitos derivados a prestações, indissociáveis da realização efectiva dos direitos sociais, assentam, na prática em critérios de oportunidade técnico-financeira e política”. Tais oportunidades correspondem à “reserva do possível” e à disponibilidade para a oferta, seja pelo baixo contingente populacional para instalação de um grande hospital ou pela complexidade do procedimento, por exemplo.

3.2.3.2 Questões relacionadas ao Controle Judicial das Políticas Públicas

Embora a problemática da *judicialização* do acesso à saúde não ganhe elevados contornos nos tribunais portugueses, no Brasil se realça a exigência de que o Poder Judiciário

⁴⁰⁴ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 11.

⁴⁰⁵ CANOTILHO, 2003, p. 519. O autor se refere à fiscalização abstrata – Ac. 39/84, Caso do Serviço Nacional de Saúde, Ac. 151/92, Caso do Direito à Habitação, Ac. 148/94, Caso das Propinas Universitárias.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 519-520.

⁴⁰⁷ SAMPAIO, 2014, p. 543-544, 578-617.

assuma o papel de contribuir para garantir voz a grupos marginais – minorias -, que não têm condições de acessar os poderes políticos⁴⁰⁸, como é o caso das crianças.

Deste modo, embora se reconheça a legitimidade do controle judicial das políticas públicas, a análise dos níveis de efetividade das prestações em saúde envolve a ponderação de regras e princípios⁴⁰⁹ que atuam de maneira indissociável nas questões afetas ao direito à saúde, dos quais trazemos à baila deste trabalho:

a) Racionamento, Escassez e Racionalização do acesso à saúde

A questão do racionamento e da racionalização no acesso à saúde foi tema da reconhecida dissertação de mestrado do jurista Luís António Malheiro Meneses do Vale⁴¹⁰, onde analisa com verdadeira primazia o tema, que aqui traremos de maneira extremamente reduzida, sem deixar de fazer *jus* a sua tamanha importância.

O entendimento de racionamento se desdobra em diversas facetas, onde o autor tenta responder as questões: O quê? Quando? Como? Para quem? Nas diversas perspectivas do elemento – na perspectiva da escassez de recursos, dos tempos e lista de espera, da recusa de tratamento de qualidade e a discriminação dos pacientes independentemente da necessidade⁴¹¹ - conceitua-se a ideia de racionamento como “uma decisão, justificada pela falta de recursos, de não atribuir certos cuidados a certas pessoas, mesmo que fossem

⁴⁰⁸ STRECK, 2003, p. 269.

⁴⁰⁹ Alexy propõe a seguinte distinção: “Segundo a definição de standard da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos”. “Bem diferente estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção” (ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, v. 217, p. 69-79, 1999, p. 74-75, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 30 maio 2017).

⁴¹⁰ VALE, Luís Menezes do. **Racionamento e Racionalização no acesso à saúde**: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional. 2007. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2007. 3 v.

⁴¹¹ VALE, 2007. **Racionamento e Racionalização no acesso à saúde**: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional. 2007. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2007, v. III, p. 16-27.

necessários de um ponto de vista puramente médico, baseada em critérios objetivos, fixados *a priori* e respeitadores de nossa democracia”⁴¹², na perspectiva da escassez⁴¹³.

O racionamento, que intimamente se liga à *escassez dos recursos*⁴¹⁴, está “enquadrado pela moldura institucional do Estado Social e operacionalizado politicamente pelas políticas públicas de concretização dos seus princípios e direitos, objetivos, incumbências e tarefas”, possuindo diferentes perspectivas de solução, ligadas diretamente à questão de: a) *mercado*, que direciona a questão para a problemática da “capacidade de pagar” por um serviço; b) *social*, ligada à noção de solidariedade; c) *administrativa*, parte para a ideia de burocracia das políticas públicas e dos ideários políticos⁴¹⁵; d) *corporativa*, feita pelos profissionais de saúde, ligada à ética da medicina, bem como às estruturas de contratação e de utilização dos recursos de saúde pública; e) *comissões*, procura-se garantir “um certo ecletismo das decisões em matéria de distribuição dos recursos de saúde, reunindo os pareceres de especialistas em ética, direito, medicina, enfermagem, administração, economia, etc.”

Assim, pela complexidade dos direitos sociais e pelo seu elevado custo de concretização para o Estado, Canotilho define quatro condições básicas para o desempenho de suas “tarefas de socialidade”⁴¹⁶, dentre elas “as previsões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica num sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária”.

⁴¹² O autor se utiliza dos conceitos de Gabrielle Steffen, *Droit aux Soins et Rationnement*, e John E. Curley Jr., *Justiça para todos?* (Ibidem, p. 51, nota 183-184).

⁴¹³ O autor elabora “seis questões capitais para escassez”: 1) O orçamento foi fixado a um nível realista em termos de quantidade, qualidade e custo? 2) Os recursos médicos (institucionais, ambulatoriais e farmacêuticos necessários) estão disponíveis a preços acessíveis? 3) A performance médica da organização em causa é adequada, eficiente e efetiva? 4) A despesa está submetida a um controlo efetivo da gestão? e 6) No sector privado, as seguradoras e os prestadores são capazes de atrair e manter os pacientes sem pôr em causa os níveis de despesa orçamentados? (Ibidem, p. 16-27).

⁴¹⁴ Cf. AMARAL, 2001, p. 133-147.

⁴¹⁵ O problema da realização das políticas, “a falta de clareza nos objetivos políticos, a ausência de compromissos sustentados a respeito, assim como a atribuição de recursos inadequados, transfere o peso para a fase de realização, a cargo dos administradores, isto é, para o processo e os critérios de priorização” (VALE, op. cit., p. 257).

⁴¹⁶ CANOTILHO, 2012b, p. 19-20. “(1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica num sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária”; “(2) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva)”; (3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; (4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3% pelo menos ao ano).

É nesse sentido que se defende a atuação do Estado com respeito maior ao *princípio da eficiência*⁴¹⁷, alocando recursos de maneira racional, a proporcionar seu máximo aproveitamento, ligado a *good governance* feita pelos administradores públicos. A *análise econômica do direito*, que se apresenta como: “um fenómeno que foi inicialmente contestado e até rejeitado com base nos argumentos de que o Estado prossegue fins sociais e não pode adoptar uma filosofia utilitarista e de que a sua organização não se coaduna com soluções de mercado”⁴¹⁸. Hoje é uma questão amplamente discutida, que para nós não deixa de estar ligada com a necessidade do Estado de atuar positivamente para mitigar as mazelas sociais – o Estado Social como instrumento de inclusão social⁴¹⁹ e protagonismo⁴²⁰ -, numa perspectiva de solidariedade e *igualdade de inclusão*⁴²¹, mesmo que para isso sejam colocadas em xeque as questões das reservas financeiras.

b) A Reserva do Possível e as Escolhas Trágicas

A concepção da reserva do possível foi desenvolvida pelo Tribunal Alemão para solucionar o problema de restrição de vagas em algumas universidades⁴²², o que foi analisado sob a ótica do princípio da igualdade e do Estado Social, decidindo o Tribunal Constitucional alemão que “algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível”⁴²³.

⁴¹⁷ SILVA, Suzana Tavares da. **O princípio (fundamental) da eficiência**. Trabalho apresentado no III Encontro de Professores de Direito Público, Porto, 30 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/12441/1/O%20princ%C3%ADpio%20da%20efici%C3%Aancia.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 3. No mesmo sentido SARLET, 2015, p. 370-372.

⁴¹⁹ CANOTILHO, 2012b., p. 20-22.

⁴²⁰ “O Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno. Mesmo quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público. Superados os preconceitos liberais, a doutrina publicista reconhece o papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas e na proteção diante da atuação abusiva dos particulares”. (BARROSO, 2015, p. 93-94).

⁴²¹ Canotilho leciona que “a liberdade igual é interpretada neste contexto como a igual possibilidade de inclusão de um sistema social diferenciado. A realização deste princípio de igualdade de inclusão continua a colocar o nó górdio da socialidade: a inclusividade pressupõe justiça quanto às possibilidades iguais de acesso. Como garantir esta justiça? A resposta para muitos (nos quais nos incluímos) é a reinvenção do Estado Social” (CANOTILHO, 2012b, p. 21).

⁴²² KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69. Refere-se ao julgado de 18 de junho de 1972, que analisou o art.12 da Lei Fundamental alemã, que prevê a escolha do lugar de formação, sob a ótica do princípio da igualdade e do Estado Social.

⁴²³ Ibidem, p. 69-70.

A questão da reserva do possível possui íntima ligação com a questão da escassez dos acessos aos recursos de saúde, e é amplamente debatida em sede de jurisprudência brasileira. Assim, como alhures definido, estando a reserva do possível ligada ao entendimento da escassez de recursos financeiros por parte do Estado que “dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais”⁴²⁴, faz da limitação dos recursos o “limite fático à efetivação desses direitos”⁴²⁵.

A reserva do possível pode ser observada através de uma dimensão tríplice⁴²⁶, sendo a primeira a dimensão fática, que consiste na objeção da falta/escassez de recursos, não somente econômicos, mas também humanos ou qualquer outro material. A segunda dimensão corresponde à jurídica, que “diz respeito à disponibilidade de meios e recursos para a efetivação dos direitos sociais. Isso significa que os recursos existem, mas por alguma razão não estão disponíveis e não podem ser utilizados”⁴²⁷. Neste ponto, a questão da vinculação ao orçamento público constituído por lei impede a apreciação judicial, salvo a possibilidade de reajustamento de verbas⁴²⁸. Já a dimensão negativa, consiste na proteção contra o esvaziamento de outras prestações, que além de constituir um limite positivo a prestações sociais, a reserva do possível é, no seu viés negativo, uma limitação a prestações excessivas, que possam esgotar “os recursos destinados a concretizar outros direitos”⁴²⁹.

Contextualizando, assim, o tema, faz-se necessário reconhecer que a utilização dos recursos escassos em saúde, diante das diversas limitações, sejam elas por caráter técnico, quando falamos de profissionais de alta especialização; seja pelos custos elevados de tratamentos e medicamentos, muitas vezes importados; seja pela ausência de insumos diante da complexidade logística de sua distribuição; ou pela disponibilidade incalculável dos transplantes. Todos esses exemplos constituem a grande diversidade de recursos necessários para a efetividade do direito à saúde, que empregará numa levada responsabilidade dos administradores em alocar os recursos de maneira eficaz, sob pena de a negação desse direito

⁴²⁴ SARLET, 2015, p. 295.

⁴²⁵ *Ibidem*.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 296.

⁴²⁷ KELBERT, *op. cit.*, p. 82.

⁴²⁸ Devido à limitação material, não entraremos a fundo sobre a questão do orçamento público, que em ambos os países se assemelham, por se fazerem constituir de leis anuais aprovadas pelas casas legislativas. Deste modo, atentaremos somente aos princípios vinculantes das prestações estatais em saúde, como proposto.

⁴²⁹ KELBERT, 2011, p. 88.

poder “redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte”⁴³⁰ daqueles que o necessitam, ou fatalmente indicar o caminho das *escolhas trágicas*.

Escolher quem irá ou deixará de receber certo recurso de saúde é algo extremamente incompreensível à luz da solidariedade e altamente reprovável em sociedades ocidentais cristãs. A justiça social, feita desde a utilização do aparato fiscal até a distribuição dos recursos pelas regiões do país para o acesso efetivo final, constitui verdadeiro instrumento de realização social do Estado, através do qual as crianças podem exercer o direito à saúde. Todavia, quando se depara com a problemática do *acesso aos recursos de saúde*⁴³¹, e seu questionamento em vias judiciais, a questão se complica, notadamente pelo fato de que a intervenção desestruturará a – já em andamento - política pública, bem como obrigará o rearranjo da mesma, podendo implicar em ter que escolher quem receberá ou deixará de receber tal recurso.

Por isso se torna extremamente importante a consideração pelos tribunais do *princípio da razoabilidade, proporcionalidade* e da *universalização* do acesso aos recursos de saúde. Pois, o que muitos juristas defendem é que o controle das políticas públicas pelo Judiciário fere intimamente a separação dos poderes constituídos, gerando até uma operacionalização criacionista do direito.

Contudo, o que se pretende é a observância nas políticas públicas de critérios jurídico-principiológicos, uma vez que existe a previsão legal de um “direito à saúde”, e com a consequente formulação das políticas públicas - sua devida regulamentação - conferindo eficácia à norma programática, dá ao juiz a capacidade de observar a proteção de princípios constitucionais⁴³², o que não ocasionaria interferência do judiciário na arena do executivo e do legislativo.

⁴³⁰ AMARAL, 2011, p. 147.

⁴³¹ Nomenclatura que utilizaremos para tratar de maneira global as várias vertentes que suscitam o direito à saúde (exames, remédios, atendimento especializado etc.).

⁴³² Sarlet leciona que o princípio da proporcionalidade deverá presidir a atuação dos órgãos estatais (e dos particulares, se e quando for o caso, como ocorre especialmente nas hipóteses de prestação de serviço público por delegação) e incide na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão total ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade - no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s)

Já o que se discute é o cumprimento da política pública estabelecida em lei face à omissão do administrador, em razão do compromisso constitucionalmente assegurado⁴³³ de proteção à saúde da criança, apoiado no direito ao desenvolvimento integral e na observância do princípio do superior interesse, seja no momento de formulação ou de concretização de tais políticas, com a finalidade da proteção de um *mínimo existencial* capaz de conferir dignidade às mesas, sob pena de configurar verdadeira omissão administrativa com a não efetividade de tal política.

O professor Daniel Sarmiento avalia que a “legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública”⁴³⁴ demanda olhar o acesso da generalidade, não para uma só pessoa, sem contudo, tratar as pessoas como números. É como no exemplo usado pelo autor, onde uma pessoa aciona o judiciário para ter acesso a um tratamento de alto padrão no exterior, que lhe trará maiores chances de cura; o juiz não deverá olhar se os custos do tratamento específico são ou não suportados pelo Erário. Deve, contudo, olhar na ótica da *razoabilidade e universalização* da Política Pública de saúde que não oferta a todos os cidadãos aquele determinado tratamento no exterior. Essa perspectiva deve ser observada à luz do sistema de proteção das crianças, no que tange às políticas formuladas a atenderem à saúde de *todas* as crianças, dando-lhes a mesma *igualdade de oportunidade*, que aqui. Podemos exemplificar através do caso das vacinas periódicas, que são obrigatórias no Brasil e facultativas em Portugal; contudo, ambos devem promover o acesso de todas as crianças a essas vacinas, a fim de proporcionar de maneira universal o acesso aos recursos de saúde, sob pena de a política pública ser insuficiente e deixar de atender ao *mínimo prestacional*.

Assim sendo, os tribunais contemporâneos devem enfrentar questões mais amplas do que a mera utilização da lei ou a aferição dos princípios, sob pena de estarem a comprometer todas as estruturas do Estado, do qual é parte integrante. Proferir a sentença para uma única criança que conseguiu acesso aos tribunais - seja por via de assistência judiciária, seja pelos agentes responsáveis, ou por via particular -, enfrenta-se exclusivamente a questão da microjustiça, a justiça do caso concreto, da lide específica que lhe é posta. A defesa do processo justo *vs* a celeridade processual, sob a premissa de “sentença tardia é uma sentença injusta”, levará a uma constante supressão do direito de

restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito (SARLET, 2015, p. 373-374).

⁴³³ SILVA, D., 2015, p. 111.

⁴³⁴ SARMENTO, [s.d.]a, p. 22.

defesa por parte do Estado, diante da necessidade urgente do utente⁴³⁵. Todavia, assertivamente colocou Gustavo Amaral que a justiça do caso concreto deve “assegurar a todos que estão ou passam a vir estar em situação similar”, a mesma oportunidade de acesso aos recursos de saúde, sob pena de “quebra-se a isonomia”, em uma aplicação da macrojustiça.

Ingo W. Sarlet posiciona-se de maneira enfática contra o impedimento de qualquer possibilidade de intervenção judicial nas políticas públicas face ao bloqueio da reserva do possível, o que ocasionaria uma verdadeira “inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos”, quando se pretende “privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais”⁴³⁶, pois se o limite orçamental fosse o empecilho para realização dos direitos sociais, a “reserva dos cofres cheios” equivaleria a nenhuma vinculação jurídica⁴³⁷. Tal entendimento é o que vem sendo seguido pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, não se podendo dizer o mesmo dos tribunais portugueses.

Silvana Tavares da Silva defende uma perspectiva de atuação do Tribunal Constitucional no controle de “necessidade da medida”, que envolve o teste de razoabilidade e proporcionalidade, pois, apoiando-se na ideia de Gomes Canotilho, o princípio da legalidade democrática “manda deixar à livre conformação do poder legitimamente investido segundo as regras do jogo democrático”⁴³⁸, em vista que a interpretação dos direitos fundamentais está também à luz da “nova ordem económica global”, onde o novo modelo econômico-social, “consubstancia um *limite interpretativo dos direitos*”.

A autora defende que o Tribunal Constitucional não é o “agente activador de políticas”, também não é o “guardião da boa governação”⁴³⁹. Contudo, cede espaço à dogmática defendida por Vieira de Andrade, quanto ao seu teste de razoabilidade, “quando o concebemos como complemento da análise do princípio da necessidade, principalmente nas situações de limitação dos direitos decorrentes da implementação de políticas públicas”⁴⁴⁰. O professor Vieira de Andrade leciona que a legitimidade democrática dos

⁴³⁵ AMARAL, 2011, p. 34-39.

⁴³⁶ SALERT, 2015, p. 375.

⁴³⁷ Ibidem, p. 376. Esse brocado é filiado à J. J. Gomes Canotilho.

⁴³⁸ SILVA, Suzana Tavares da. O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. Sep. de: **Boletim da Faculdade de Direito**, v. 88, t. 2, p. 10, 2012.

⁴³⁹ Ibidem. Ver CANOTILHO, 2001, p. 350-357.

⁴⁴⁰ SILVA, Suzana, 2009, p. 12.

governos implica em uma autocontenção dos juízes, quando do controle judicial, “negando deste modo um ‘neoconstitucionalismo’ activista, sem necessariamente advogar um ‘pós-constitucionalismo’ débil”.

c) A proteção do mínimo existencial

Como já discorrido nas linhas anteriores, a concretização dos direitos sociais deve garantir um “mínimo social”, ou “mínimo existencial”, sob pena de insuficiência de proteção e consequente omissão estatal.

A construção do mínimo existencial está ligada à dificuldade de se extrair, de maneira determinada, o conteúdo constitucional dos direitos sociais, assegurando-lhes um *standard mínimo* de garantia, para que a norma não fique totalmente “vazia de qualquer conteúdo”⁴⁴¹.

Assim, o conceito de “mínimo existencial” é firmado por Jorge Reis Novais como o “último reduto, como patamar de prestação mínima exigida por razões de sobrevivência física e moral como pessoa [...] uma garantia mínima da existência”, mas não só uma garantia da existência, mas uma garantia de existência digna, preservando os direitos fundamentais face às políticas públicas que não contemplem o “conteúdo essencial dos direitos sociais”⁴⁴².

O professor Canotilho questiona a ideia do “núcleo essencial” do direito à saúde, uma vez que a doutrina do núcleo essencial está desenvolvida no art. 187 da CRP, restrita proteção aos direitos, liberdades e garantias, que mesmo por analogia, como seria a determinação desse nível essencial da prestação? O doutrinador indica que para a efetivação dos recursos é indispensável, inicialmente, a regulamentação para indicar, a individualização, a prestação que a administração deve respeitar. A tentativa de “introduzir *guide-lines* de boas práticas ou de *standards* possibilitadores de controlo”, que dirão respeito à governação, pode constituir elementos que levam “à jurisdicionalização dos conflitos prestacionais”⁴⁴³, o que já se instaurou na justiça brasileira⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ NOVAIS, 2010, p. 191.

⁴⁴² NOVAIS, 2010, p. 199.

⁴⁴³ CANOTILHO, 2012b.

⁴⁴⁴ O professor Luís Roberto Barroso, constrói alguns parâmetros para “racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos”. No tocante às ações individuais, “a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaborados pelos entes federados”. Já nas ações coletivas, a “alteração da lista pode ser objeto de discussão”, desde que se observe alguns pressupostos, como: a) o judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia

3.3 O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE COMO NORTEADOR PARA ATUAÇÃO POLÍTICO-JUDICIAL

Inicialmente, vale retornarmos às ideias do primeiro capítulo deste trabalho, para recapitular a evolução do direito da criança à luz do princípio do superior interesse. Começamos pelo enquadramento legal do princípio do superior interesse da criança, que teve seu nascimento com a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, que surge como grande fonte jurídica internacional, repercutindo em seus signatários as regras de proteção e promoção de direitos, tendo como princípio-guia o “superior interesse da criança”. O princípio, que foi desenvolvido para operar num ponto de encontro entre os direitos das crianças e a diversidade cultural⁴⁴⁵, é considerado o “verdadeiro conceito nuclear da CDC, que deve ser tido principalmente em conta na tomada de todas as decisões relativas a crianças adoptadas pelos órgãos legislativos, tribunais, autoridades administrativas, instituições públicas e privadas”⁴⁴⁶.

No que tange à constitucionalização dos direitos das crianças, na atual Constituição Federal de 1988 do Brasil e na Constituição Republicana de 1976 de Portugal, em ambas, como vimos, foram inseridas *regras especiais ao direito da criança*, sem, contudo, explicitar o termo “interesse superior da criança”. A CF/88 alocou no art.227, o conceito de “absoluta prioridade”, para realização dos direitos fundamentais. Já a CRP/76 posicionou no art.69 a ideia do “desenvolvimento integral” da criança.

É, contudo, na proteção infraconstitucional dos estatutos legais, especiais às crianças, que o “superior interesse” é positivado. Contudo, sua sistematização não foi amplamente instituída nos ordenamentos de ambos os países, que se socorrem da CDC para buscar elementos de tomada de decisão⁴⁴⁷.

comprovada, excluindo-se os experimentos e os alternativos; b) o judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; c) o judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; e d) o judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida. A legitimidade passiva dos entes federados é solidária, uma vez que a elaboração das listas de medicamentos é feita a nível da União, juntando-se os esforços para compra e distribuição os Estados e Municípios (BARROSO, 2014, p. 28-35).

⁴⁴⁵ BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. **Justicia y Derechos del Niño**, n. 9, p. 128, Chile, 2007. Disponível em: <<http://unicef.org/argentina>>. Acesso em: 15 maio 2017.

⁴⁴⁶ LOPES, 2014, p. 335.

⁴⁴⁷ “La Convencion há elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, com um rol jurídico defenido que, ademas, se proyecta más allá del ordenamento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitária y respetuosa de los derechos de todas las personas.” (BRUÑOL, 2007, p. 126).

Em Portugal, o Lei de Proteção da Criança e do Jovem em Perigo é a que traz no seu art.4º, alínea a, como o primeiro princípio que rege “intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo”, constituindo que “a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”. O Código Civil Português, no nº 1 do artigo 1878, constrói a ideia do “interesse dos filhos”, competindo aos pais a responsabilidade de sustento, bem como “velar pela segurança e saúde”, e no nº2 do artigo 1978º também coloca os direitos e interesses das crianças como prioritários nos processos de promoção e proteção.

No Brasil, como visto, o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugura a *doutrina da proteção integral*, regulamentando a regra da *prioridade absoluta* que é o extrato da junção da doutrina com o *princípio do superior interesse* (doravante chamado de PSI).

Assim, o PSI surge como um norteador da aplicação da norma especial das crianças, levando em consideração o seu *status de ser em desenvolvimento*, que se encontra vulnerável diante das estruturas de poder, seja a família como estrutura primeira e detentora do “poder familiar”, ou da sociedade e do poder público, quando deixa de observar seus interesses e viola seus direitos.

Catarina de Albuquerque, ao analisar o Comentário Geral nº 14 do Comité dos Direitos da Criança da ONU, aduz quais elementos são considerados essenciais para determinar o superior interesse da criança, que correspondem⁴⁴⁸: a) a opinião da criança (artigo 12º da CDC); b) a identidade da criança (artigo 8º da CDC); c) a preservação do ambiente familiar e manutenção dos relacionamentos afetivos (artigos 5º, 9º, 16º, 18º e 20º da CDC); d) cuidado, proteção e segurança da criança (artigo 3º, 2 da CDC); e) estado de vulnerabilidade em que se encontre a criança; f) o direito à educação; e o que tratamos neste trabalho, f) direito da criança à saúde (artigo 24º da CDC), devendo observar todas as possibilidades de tratamento médico oferecido, levando em conta os possíveis riscos e efeitos secundários, devendo ser a criança ouvida quando a sua idade e maturidade permitirem, devendo, sempre que possível, “ser obtido o seu consentimento informado”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ ALBUQUERQUE, 2014, p. 24-27.

⁴⁴⁹ Ibidem.

3.3.1 O PSI como um princípio jurídico de conceito indeterminado

O PSI vem sendo utilizado constantemente pelos tribunais, principalmente nas ações que envolvem a tutela e a guarda, bem como as de adoção, já tendo a jurisprudência portuguesa reconhecido que o PSI constitui-se de um princípio de conceito indeterminado, que “carece de preenchimento valorativo, cuja concretização tem que acolher e respeitar o quadro constitucional que lhe confere um conjunto de direitos e vincula o Estado a protegê-lo, visando o seu desenvolvimento integral”⁴⁵⁰, não podendo se confundir com um princípio de conceito discricionário, mas “um conceito adaptável que engloba várias questões em constante evolução, a ser adaptado a cada caso”⁴⁵¹.

A aplicação do PSI a diversas situações, onde estão em jogo os direitos das crianças, ocasiona, algumas vezes, uma flexibilização ao preço de uma imprecisão do conceito de PSI⁴⁵², colocado por alguns críticos como um reflexo do passado paternalista das normas protetivas. Olga Khazova propõe a diferenciação do PSI e do princípio do bem-estar, pois o *welfare principle* possui a conotação paternalista, já o PSI, ao contrário, “é interpretado como um direito, e também como um princípio legal e uma regra de procedimento”⁴⁵³.

O Tribunal de Relação de Coimbra já se manifestou no sentido de que o PSI orienta o julgador

no sentido de sempre curar por encontrar a solução que – não só objectivamente mas também à «luz» dos afectos, do grau de desenvolvimento psíquico, da percepção da distinta dimensão do tempo da infância e dos efeitos dos dias no estágio de desenvolvimento do menor concreto – lhe construa, à medida exacta desses elementos e das suas

⁴⁵⁰ COIMBRA. **Acórdão 975/06.6TMCBR-F.C1**, 18 de setembro de 2012a, do Tribunal de Relação de Coimbra. Disponível em: <<http://www.trc.pt/>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

⁴⁵¹ LLORENS, Jorge Cardona. **Presentation of General Comment No. 14**: strengths and limitations, points of consensus and dissent emerging in its drafting, in *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2016, p. 11-17.

⁴⁵² FIERENS, Jacques. *Alpha ursae minoris – The North Star and the child’s best interests among competing interests*. In: _____ et al. **The best interests of the child – A dialogue between theory and practice**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2016, p. 36-39, afirma que “*The child’s best interests are part of what the theorists call notions with variable content. The closer you come to the very foundations of legal systems, the more you encounter these notions whose meanings are always indefinite: equality, proportionality, equity, public order, good morals, or quite simply “justice”*” (Ibidem, p. 37).

⁴⁵³ KHAZOVA, Olga. *Interpreting and applying the best interests of the child: the main challenges*. In: _____ et al. : **The best interests of the child – A dialogue between theory and practice**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2016, p. 27-30.

necessidades, um universo em que possa rever-se, encontrar-se e crescer em plenitude⁴⁵⁴.

Assim, Jorge Cardona Llorens exemplifica que ao avaliarmos o superior interesse de cinco diferentes crianças, teremos cinco respostas diferentes, pois “não há dois filhos iguais”, mas se cinco adultos diferentes avaliarem o superior interesse de uma única criança, devem chegar ao mesmo resultado, pois os critérios de avaliação são objetivos, findados na efetiva realização de todos os direitos garantidos às crianças⁴⁵⁵.

3.3.2 O PSI como um princípio vinculativo das instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos

Embora os autores alhures mencionados defendam a ideia que as normas constitucionais de direitos sociais constituem em normas de carácter programático, o PSI, como princípio estruturante do Direito da Criança, mesmo que abarcado em norma proveniente de tratado internacional, a CDC deve ter seu valor respeitado pelos agentes de governação, bem como os de aplicação da lei. O PSI constitui-se como uma salvaguarda do *standard mínimo de direitos humanos da criança*, que deve ser observada pelos países signatários da Convenção, bem como o seu reflexo jurídico como norma internacional ratificada pelo Estado.

Neste sentido, Vieira de Andrade leciona que o “legislador tem o dever geral de assegurar um certo grau de realização dos direitos sociais”, quando observadas certas situações onde a “Constituição estabeleça direitos especiais à protecção estadual”⁴⁵⁶, que é o caso do direito da criança e do jovem a prestações positivas do Estado, vinculados – por força da CDC - a observância do PSI. O ECA, no seu artigo 4º, quando da análise da *prioridade absoluta*, que é defendida pelo estatuto, impõe ao Estado a “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas” (alínea c), bem como “a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a protecção à infância e à juventude” (alínea d), em nítido carácter vinculativo do PSI⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ COIMBRA. **Acórdãos 450/11.7TBTNV-A.C1**, de 20 de junho de 2012b, do Tribunal de Relação de Coimbra, Disponível em: <<http://www.trc.pt/>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

⁴⁵⁵ LLORENS, 2016, p. 12.

⁴⁵⁶ ANDRADE, 2012, p. 376.

⁴⁵⁷ Sobre as questões orçamentárias que envolvem as políticas públicas infantojuvenis no Brasil, vide a obra de PEREIRA JÚNIOR, 2012, p. 91-107.

Deste modo, o PSI irradia seu caráter vinculante aos órgãos públicos, limitando as autoridades, em suas decisões, aos direitos fundamentais das crianças⁴⁵⁸, seja o Legislador no momento do exercício típico da criação da norma, seja do Executivo na realização/concretização da política pública, ou do judiciário quando confrontado ao controle dessas políticas, ou dos diversos conflitos de interesse⁴⁵⁹. Tudo a salvaguardar os direitos daqueles que não possuem representação democrática para exigí-los na via tradicional da política, mas não podem se constituir sujeitos de direitos de segunda classe.

Observa-se, também, que o PSI constitui-se de regra a ser observada pelos particulares, não só um princípio face aos poderes públicos, numa visão exclusivamente vertical, mas atinge no mesmo grau as instituições particulares que ofereçam prestações que envolvam a concretização dos direitos fundamentais das crianças, como princípio de direito a fortalecer a horizontalização dos direitos fundamentais⁴⁶⁰.

3.3.3 O PSI como um princípio processual

O PSI constitui-se, como dito, de um princípio interpretativo, que exigirá de seu aplicador um esforço voltado ao respeito aos direitos das crianças. De fato, alguns autores não consideram os direitos infantojuvenis como direitos autônomos, mas como uma “supraprotección o proteccion complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada em la protección general”⁴⁶¹.

A natureza processual do princípio está intimamente ligada ao seu caráter vinculativo, uma vez que exige a interpretação do aplicador, a fim de se chegar a um

⁴⁵⁸ BRUÑOL, 2007, p. 136. No mesmo sentido, CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, año 6, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 223-247, 2008.

⁴⁵⁹ “Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugere que el interés del niño – es decir, sus derechos – no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario”. (BRUÑOL, op. cit., p. 138). Neste sentido LLORENS, 2016, p. 16: “In conclusion, where the child’s best interests and other interests involved come into collision, the decision maker must carefully balance the interests of all parties by finding an acceptable compromise. If harmonisation is impossible, the authorities and persons responsible will need to analyse and weigh up the rights of all parties concerned, bearing in mind that the child’s right to have his best interests treated as a primary consideration means that the child’s interests rank high in priority and are not one consideration among others.”

⁴⁶⁰ CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 869 (vide nota 89).

⁴⁶¹ BRUÑOL, 2007.

“denominador comum” que represente o interesse superior da criança, em respeito a todos os seus direitos fundamentais, seja por via do processo judicial, quando da análise do caso concreto, seja pela via da realização de seus direitos, através da ação do legislativo ou executivo, devendo os atores explicitarem as suas decisões, demonstrando que foi levado a sério o melhor interesse das crianças⁴⁶².

Deste modo, pode-se resumir, quando da necessidade de tomada de uma decisão, seja administrativa ou judicial que

possa afetar uma criança específica ou um grupo identificado de crianças, é imperioso que, pela observância de rigoroso procedimento de avaliação, julgamento e decisão, conformes aos direitos subjetivos e processuais de todos os intervenientes, nomeadamente os da criança, avaliem-se cuidadosamente os impactos positivos e negativos da decisão relativamente à criança, à luz do seu concreto superior interesse.

E se decida considerando “prioritariamente os direitos da criança”, ainda que avaliados sobre “uma apreciação razoável” dos interesses legítimos presentes no caso⁴⁶³.

3.3.4 O PSI como parâmetro para a *efetividade das políticas públicas em saúde*

Neste quarto e último ponto, propomos uma análise do PSI como qualificador da efetividade das políticas públicas, em especial as de saúde. Como estudamos ao longo deste trabalho, o controle judicial das políticas públicas, através do reconhecimento do direito social à saúde como salvaguarda da integridade e dignidade humana, com especial força para as crianças, por reconhecimento do seu *status* de *ser em desenvolvimento*, bem como de vulnerabilidade diante das estruturas de poder, faz do PSI a principal “arma axiológica” de proteção à efetividade das políticas públicas em saúde.

Como vimos, o caráter vinculativo do princípio cria uma responsabilidade por parte do legislador e do administrador, de atentarem no momento da formulação das políticas públicas em saúde, que as crianças possuem certo nível de preferência na disponibilidade

⁴⁶² LLORENS, 2016, p. 17.

⁴⁶³ LEANDRO, Armando. A criança sujeito autónomo de direitos humanos: desenvolvimentos de uma aquisição civilizacional plena de virtualidades. In: _____ at. al. **Promoção e proteção dos direitos das crianças na área da Justiça**. Lisboa: Edição Digital, 2015, p. 14. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/e-book-promocao-e/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

dos recursos. Neste sentido, o caráter processual do princípio irradia no momento do estudo e preparo dessas políticas públicas, sendo necessário, para consagrar os princípios regentes dos direitos fundamentais, o *princípio da universalização, da igualdade e da efetividade*⁴⁶⁴.

Contudo, para que se possa perceber o PSI e a sua consideração por parte dos administradores públicos na formulação das políticas públicas, faz-se necessária a criação de mecanismos legais que possam promover o controle de tal política, a fim de evitar, de certo modo, o *ativismo judicial* voltado à *supremacia do poder judicial*.

Evidentemente que a saída democrática seria a ideal, através da representação política que privilegiasse as crianças, mesmo que virtualmente⁴⁶⁵. Todavia, o PSI como os demais *standards* de proteção surge para frear a supremacia hegemônica do adultocentrismo⁴⁶⁶, que apenas considera a criança como um ser vulnerável que padece de socorro quando desprovida de família, e afasta o reconhecimento que são elas, também, pessoas detentoras de todos os direitos humanos, e de certa maneira especiais, face a sua condição de minoria⁴⁶⁷.

É nesse sentido que se faz necessário reconhecer que as estruturas de poder muitas vezes estão impregnadas por elites ou setores bem protegidos, que se utilizam do aparato estatal para promoverem interesses particulares, esvaziando os cofres públicos ao seu prazer, prejudicando a construção das políticas públicas que respeitem e promovam a igualdade. O papel da sociedade civil, através das associações e institutos, e dos Conselhos e Comissões de Direitos da Criança, na elaboração de planos de atuação para a Administração, caracteriza um contraponto na estrutura política-representativa, construindo na sociedade civil parâmetros de atuação que possam servir de fonte para concretização do Direito da Criança através do diálogo entre as instituições e a sociedade⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ SILVA, Suzana, 2014, p. 99.

⁴⁶⁵ THEORY of virtual representation. NOLAN, Aoife. **Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 49-50.

⁴⁶⁶ PEREIRA JÚNIOR, 2012, p. 17-18.

⁴⁶⁷ Neste sentido NOLAN, 2011, p. 43. "Even when the most basic needs of children for food, shelter and access to medicine emerge as the subjects of politics, they may easily be obscured by still larger or more absorbing concerns... the interests of children seem peculiarly vulnerable to being regarded as insubstantial, obscure or unimportant in whatever becomes the final schematic view. perhaps this is because children lack a voice of their own in politics and their needs get too easily amalgamated with the political preferences of their proxies".

⁴⁶⁸ A ideia se refere à teoria do diálogo institucional entre os poderes, e destes com a sociedade. A proposta apresentada pela teoria do diálogo institucional firma-se como uma saída para "superar o déficit democrático das cortes e o déficit moral dos parlamentos", permitindo que os poderes dialoguem sobre "a melhor interpretação constitucional" (SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a Concretização dos Direitos Humanos**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016, p.120). O diálogo entre as

Assim, quando do controle jurisdicional das políticas públicas voltadas às crianças, os tribunais quando questionados, deverão perceber se o PSI foi devidamente observado, se a política formulada atende às necessidades das crianças e as priorizam na sua aplicação, bem como se o resultado prático dessa política não constitui promessa vazia, sem efetividade, na concepção dos direitos fundamentais como “trunfo contra a maioria”⁴⁶⁹, fazendo-se necessário respeitar a máxima efetividade da norma protetiva⁴⁷⁰, que corresponde – sem sombra de dúvidas – à observância do PSI, tanto pelos legisladores, na elaboração das normas (o que já se fez e deverá sempre se fazer), como para os executores, responsáveis por concretizar a ideia constitucional (e também a infraconstitucional) na sua mais elevada possibilidade.

instituições deve ser proposto e voltado para a “igualdade, respeito mútuo e reciprocidade, numa relação horizontal e não vertical” entre os poderes. Embora se pese a supremacia das Cortes constitucionais em dar a última palavra sobre as questões de inconstitucionalidade, bem como seu valoroso papel em salvaguardar o interesse das minorias, ela não é, contudo, o único intérprete da constituição, e nem deverá ser. Defende-se assim um modelo de controle jurisdicional fraco, o *weak-form judicial review*, que se contrapõe aos modelos tradicionais – europeu e americano – de controle de constitucionalidade, cria espaços para uma atuação em conjunto das instituições, possibilitando a criação de diálogo entre os atores a fim de se mitigar o prejuízo que a ação unilateral do Poder Judiciário possa causar na interpretação constitucional. Cf. obra de CAMPOS, 2016, p. 240-256.

⁴⁶⁹ NOVAIS, 2010, p. 319-331.

⁴⁷⁰ Nas palavras do professor José Carlos Vieira de Andrade, “a maximização tem de ser responsável e não pode ignorar a escassez dos bens disponíveis, as dificuldades financeiras do Estado e os limites constitucionais da sua autoridade”, pois a realização dos direitos sociais está ligada às condições de sustentabilidade, “sobretudo financeira, mas também social, já que não pode legitimamente ser conseguida em excesso idealista, à custa desproporcionada dos contribuintes, sobretudo da tributação do trabalho”, numa ótica de “justiça intergeracional” (ANDRADE, 2015, p. 38-39). Contudo, é necessário reconhecer que se tratando de recursos de saúde a crianças, a sua possível inviabilização poderá gerar uma maior despesa aos cofres públicos, notadamente se essa criança quando adulta vir a ser atendida em algum programa de seguridade social em decorrência de um agravamento de saúde, gerando uma despesa ainda maior dentro do programa de solidariedade.

CONCLUSÃO

O reconhecimento da criança como sujeito de direitos, rompe com o sentimento de coisificação e com a doutrina puramente protecionista, passando a adotar a doutrina garantista (da integralidade de direitos), assegurando a proteção, promoção e concretização dos direitos fundamentais de todas as crianças.

A constitucionalização do direito da criança, bem como o surgimento das leis protetivas, notadamente a LP e o ECA, positivaram o compromisso dos Estados, português e brasileiro, com o desenvolvimento integral da criança, criando caminhos jurídicos para proteção de direitos.

A problemática dos direitos fundamentais sociais, em que pese a diferenciação feita pela constituição portuguesa, face a construção unitária da constituição brasileira, não esvazia a responsabilidade do Estado em dar efetividade à norma constitucional, criando mecanismos de proteção, promoção e acesso aos recursos de saúde.

Deste modo, a saúde como direito fundamental social, embora seja reconhecido como uma norma programática, não está vazia de qualquer eficácia, vinculando os agentes de governação na busca de sua concretização. Tal busca pela efetividade da norma fundamental está intimamente ligada a positivação dos direitos fundamentais e da força jurídica da norma constitucional, que se encontra hierarquicamente superior às demais normas, na procura da máxima concretização do objetivo fixado nas Constituições.

Assim, em que pese a intervenção judicial na busca pela efetividade dos direitos sociais através do controle das políticas públicas que, embora criticado pelas questões relacionadas ao ativismo judicial, exerce verdadeira proteção às minorias, especialmente as crianças que carecem de representatividade.

Neste diapasão, no tocante a problemática da judicialização do direito à saúde, podemos chegar à conclusão que a mesma assume contorno diferente nos dois países, que passam por momentos distintos de alta judicialização, que é o caso do Brasil, e de desjudicialização, no caso de Portugal. Embora, essa construção se dê pelo não reconhecimento, pelos Tribunais portugueses, que o acesso aos recursos de saúde constituem um direito subjetivo exigível, passível de um controlo judicial sobre as políticas públicas.

Concluimos, ao final deste trabalho, através do estudo comparado realizado entre Portugal e Brasil, que a busca pela efetividade do direito social à saúde através da intervenção judicial está densamente ligada as questões de racionamento, escassez e racionalização dos recursos de saúde, sob a ótica da reserva do possível que, contudo, deve ser ponderada, preservando o mínimo existencial a fim de se proteger a dignidade humana das crianças.

A questão que se pretendeu responder, não está relacionada em colocar as crianças em um pedestal e dar-lhes direitos “a mais”. É reconhecer que como crianças, seres humanos em desenvolvimento, só podem ver seus direitos realizados através do “mundo de vontades” dos adultos. Considerar que as crianças são sujeitos de direitos especiais, na medida que para sua real concretização se faz necessária a observância pelos governantes do seu superior interesse e, somente em uma sociedade solidária, que reconheça na criança o futuro e a necessidade de proteção diferenciada, à luz do princípio da igualdade, é que teremos a verdadeira proteção de seus direitos.

O princípio-guia do superior interesse não deve ser interpretado como “caridade jurídica”, mas como um instrumento de defesa ao árbitro Estatal, familiar e social. Reconhecer a força vinculante do PSI, como princípio jurídico e processual, em todas fases da realização da política pública de saúde da criança, é preservar a efetividade do direito social à saúde.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA E CONSELHO DA EUROPA. **Manual de legislação europeia sobre os Direitos da Criança**. 2015. Disponível em: <fra.europa.eu>. Acesso em: 05 mar. 2017.

ALBUQUERQUE, Catarina. **Ação Formativa: Avanços e Desafios na Defesa dos Direitos da Criança**. O princípio do interesse superior da criança. 25 de junho de 2014, Disponível em: <www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=4924&m=DOC>. Acesso em: 15 maio 2017.

ALCÂNTARA, Ana Lúcia Gomes de. A Construção do Direito da Infância e Juventude e a Atuação Jurisdicional junto às Famílias. In: DUARTE, Marco José de Oliveira e outros (Org.). **Família & família: práticas sociais e conversações contemporâneas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, v. 217, p. 69-79, 1999, p. 74-75, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010a.

_____. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**, 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010b.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O papel do Estado na Sociedade e na Socialidade. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). **A Economia Social e Civil: estudos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2015, p. 23 - 42. v. 1.

_____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. LTC, 2006.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização: O Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direitos do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

_____. **Saúde, Sociedade e Judiciário.** Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil. Lisboa: Juruá, 2013.

BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: Os tribunais constitucionais entre o direito e a política. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** Separata do v. LVI, 1980.

BARBOSA, Jeferson Ferreira. **Direito à saúde e solidariedade na constituição brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BARKER, Sir Ernest. **Teoria política grega – Platão e seus Predecessores.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. 2014, p. 5. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Angélica Barroso. **Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes:** as contribuições do estatuto da criança e do adolescente para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente. Curitiba: Juruá, 2015.

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

BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em tempos de crise:** o repensar das normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 4176** de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. **Estatuto da Juventude,** de 5 de agosto de 2013, Lei 12.852. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112852.htm>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. **Lei da Primeira Infância,** de 8 de março de 2016, Lei 13.257. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 02 mar. 2017.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Ativismo Judicial e direitos fundamentais**: leituras em Garapon e Ricoeur. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

BRITO, J. Sousa e et al. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**: Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, em 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. **Justicia y Derechos del Niño**, n. 9, p. 128, Chile, 2007. Disponível em: <<http://unicef.org/argentina>>. Acesso em: 15 maio 2017.

CABRAL, João Francisco Pereira. Aristóteles e a educação. **Brasil Escola**. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/filosofia/aristoteles-educacao.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra, 2001.

_____. **Direito Constitucional**: Teoria da Constituição, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Direito dos Pobres no activismo judiciário. In: _____ et al. (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 33-35.

_____. O Direito Constitucional como ciência da direção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: _____ e outros (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2012b.

_____. Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Editora Coimbra, 1988.

_____. Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política e a Politicização da Justiça. 26 abr. 2007, p. 4. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2014, Tomo I.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, año 6, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 223-247, 2008.

CLEMENTE, Rosa. **Inovação e Modernidade no Direito de Menores**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

COIMBRA. **Acórdão 975/06.6TMCBR-F.C1**, 18 de setembro de 2012a, do Tribunal de Relação de Coimbra. Disponível em: <<http://www.trc.pt/>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

_____. **Acórdãos 450/11.7TBTNV-A.C1**, de 20 de junho de 2012b, do Tribunal de Relação de Coimbra, Disponível em: <<http://www.trc.pt/>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CORDEIRO, Mário. **Crianças e Famílias num Portugal em Mudanças**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2015, 129p.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Ed. Almedina, 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Child-friendly health care**. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046ccef>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

DEODATO, Sérgio. **Direito da Saúde**. Lisboa: Almedina, 2012.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial das políticas públicas**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DICIONÁRIO MÉDICO. Gabinete Editorial Climepsi. Lisboa: Climepsi, 2012.

DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ponto 2.4, *e-book*, 2014.

FIERENS, Jacques. Alpha ursae minoris – The North Star and the child’s best interests among competing interests. In: _____ at al. **The best interests of the child** – A dialogue between theory and practice, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2016, p. 36-39.

FONTE, Teodoro Afonso da. Evolução do conceito de Exposto em Portugal. In: VENÂNCIO, Renato Pinto (Org.). **Uma história social do abandono de crianças**: de Portugal ao Brasil: séculos XVIII-XX. São Paulo: Alameda / Editora PUCMinas, 2010.

FREITAS, Natália Ferreira Moreira. **Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. Dissertação de Mestrado na Universidade de Coimbra, 2013.

GOÉS, José Roberto de; FLORENTINO, Manolo. Crianças escravas, Crianças dos Escravos, In: PRIOE, Mary del (Org.). **Histórias das Crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2013, p. 177-191.

GONÇALVES, Maria João; SANI, Ana Isabel. Instrumentos Jurídicos de Proteção às Crianças: do passado ao presente. **E-Cadernos CES**, n. 20, p. 189-190, 2013. Disponível em <http://eces.revues.org/1728>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

GUERRA, Paulo; BOLEIRO, Helena. **A Criança e a família**: uma questão de direito(s). Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

HAARSCHER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

KHAZOVA, Olga. Interpreting and applying the best interests of the child: the main challenges. In: _____ at al: **The best interests of the child** – A dialogue between theory and practice, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2016, p. 27-30.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KOHAN, Walter Omar. Infância e educação em Platão. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 11-26, jan./jun. 2003.

LEANDRO, Armando. A criança sujeito autónomo de direitos humanos: desenvolvimentos de uma aquisição civilizacional plena de virtualidades. In: _____ at. al. **Promoção e proteção dos direitos das crianças na área da Justiça**. Lisboa: Edição Digital, 2015, p. 14. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/e-book-promocao-e/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Rideel, 2006.

LLORENS, Jorge Cardona. **Presentation of General Comment No. 14**: strengths and limitations, points of consensus and dissent emerging in its drafting. In: _____ at. al. **The best interests of the child** – A dialogue between theory and practice, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2016, p. 11-17.

LOPES, Manuela Baptista. Enquadramento jurídico-normativo dos direitos da criança em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. XC, tomo I, separata, p. 331, 2014.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos ‘direitos adquiridos’. Coimbra: Editora de Coimbra, 2010.

_____. Direito à (proteção da) saúde. LOUREIRO, João Carlos at al. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. v. II.

_____. Em busca de um direito da saúde em tempos de risco(s) e cuidado(s): sobre a incerteza do(s) nome(s) e da(s) coisa(s). In: LOUREIRO, João Carlos e outros (Coord.). **Direito da Saúde**. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Coimbra: Almedina, 2016, v. 1.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1993.

MADURO, Joana. A justiça de menores portuguesa na viragem do século XXI: uma expressão da cultura do controlo? **E-cadernos CES**, n. 20, 2013. Disponível em: <<http://eces.revues.org/1646>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

MARCÍLIO, Maria Luíza. A criança abandonada na história de Portugal e do Brasil. In: VENÂNCIO, Renato Pinto (Org.). **Uma história social do abandono de crianças**. De Portugal ao Brasil: séculos XVIII – XX. São Paulo: Alameda / Ed. PUCMinas, 2010.

MEDEIROS, Rui. **A Constituição Portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

_____. Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: Entre a unidade e a diversidade. In: _____. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**, Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 657-683. Tomo I

_____; MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, Tomo I.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. **ARE 745745 AGR/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 maio 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional, Estado e Constitucionalismo**. Constituição e Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais: tentativa de sistematização. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra: Editora Coimbra, Studia Iuridica 80, 2004.

MONIZ, Ana Ragueel Gonçalves. Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade: Esboços de um Retrato jurisprudencial. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). **A Economia Social e Civil**: Estudos. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, p. 61-104. v. 1

MONTEIRO, A. Reis. **Direito da Criança**: era uma vez... Coimbra: Ed. Almedina, 2010.

NEVES, Ana Fernanda. O direito à saúde da pessoa que cumpre pena de prisão na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. V, p.35-64.

NOLAN, Aoife. **Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Aspectos da evolução do conceito de família, sob a perspectiva da sociedade brasileira, nos períodos colonial e imperial, no tocante à ordem social e política. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 4, nº 1, p. 33-53, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/361/424>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

ONU. **Declaração de Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html>>. Acesso em: 17 jan. 2017

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948, Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

PASSETTI, Edson. Crianças Carentes e Políticas Públicas. In: PRIOE, Mary del (Org.). **Histórias das Crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2013, p. 347-375.

PEREGRINO, Maurício. **Verdades e Mentiras sobre doenças**. Rio de Janeiro: ed. Brasport, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Orçamento e Políticas Públicas Infantojuvenis**: fixação de planos ideais de atuação para os atores do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e Adolescentes (SGD). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

PIEIDADE, Patrícia Nunes Cunha da. **Intervenção Social na Evolução do Sistema de Protecção Social das Crianças e Jovens em Perigo em Portugal**. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rk/v13n2/10.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Preâmbulo. 2. ed. Lisboa: Editora Almedina, 2015. (Códigos Universitários).

_____. Lei de Protecção à Infância, de 27 de maio de 1911. In: PIEDADE, Patrícia Nunes Cunha da. **Intervenção Social na Evolução do Sistema de Protecção Social das Crianças e Jovens em Perigo em Portugal**. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rk/v13n2/10.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

PRIORE, Mary del. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. In: _____ (Org.). **Histórias das Crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2013.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

_____. **O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

RANGEL, Paulo Castro. Estado fraco, tribunais fortes: de novas questões de legitimidade de função. **Julgar**, n. 3, p. 87-96, 2007.

RIZZINI, Irene. **A Institucionalização de Crianças no Brasil**: percurso histórico e desafios do presente. São Paulo: Editora PUC-Rio, 2004.

RODRIGUES, Andréa da Rocha. As Santas Casas da Misericórdias e a Roda dos Expostos. In: VENÂNCIO, Renato Pinto (Org.). **Uma história social do abandono de crianças**: de Portugal ao Brasil: séculos XVIII – XX. São Paulo: Alameda / Editora PUCMinas, 2010, p. 125-126

ROMÃO, Luis Fernando de França. **A Constitucionalização dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Coimbra: Ed. Almedina, 2016.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controlo Jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____; MOLINARIO, Carlos Alberto. **Democracia – Separação de Poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro – Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. [s.d.]a. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** [s.d.]b. Disponível em: <www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em: 20 abr. 2017.

SCHUCH, Patrice. **Práticas de justiça: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA.** Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

_____; RIBEIRO, Fernanda Bittencourt; FONSECA, Claudia. Infâncias e crianças: saberes, tecnologias e práticas. **Civitas**, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 205-220, maio/ago. 2013.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Economia e seguridade social: análise econômica do direito.** Curitiba, Ed. Juruá, 2010.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Filipe Carreira da. **O futuro do Estado Social.** Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais,** São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a Concretização dos Direitos Humanos.** Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global.** 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

_____. **O princípio (fundamental) da eficiência.** Trabalho apresentado no III Encontro de Professores de Direito Público, Porto, 30 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/12441/1/O%20princ%C3%ADpio%20da%20efici%C3%A4ncia.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. Sep. de: **Boletim da Faculdade de Direito**, v. 88, t. 2, p. 639-678, 2012.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral da Personalidade.** Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg na MC 14.096/PR, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), segunda turma, julgado em 03/06/2008, **DJe**, 19/06/2008.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidade de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 328 AgR, rel. min. Cezar Peluso, j. 24-6-2010, P, **DJE** de 13-8-2010.

_____. RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, **DJE** de 25-10-2013.

_____. RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, **DJ** de 24-11-2000.

_____. RE 195.192, rel. min. Marco Aurélio, j. 22-2-2000, 2ª T, **DJ** de 31-3-2000.

_____. AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, **DJE** de 16-8-2012.

_____. [RE 607.381 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 31-5-2011, 1ª T, **DJE** de 17-6-2011

TOMÁS, Catarina. **Há muitos mundos no mundo**. Cosmopolitismo, participação e direitos da criança. Porto: Edições Afrontamento, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ (Coord.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239-325.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem aos entes políticos a obrigação de fornecer tratamento médico àquele que necessita. - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.15.044628-7/001, Relator(a): Des.(a) Jair Varão, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/03/2016, publicação da súmula no **DJe** em 13/04/2016.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. Coimbra: Ed. Almedina, 2012.

_____. The law of judges: attempting Montesquieu's legacy or a new configuration for na old principie? **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXXVI, Coimbra, 2010, 621-638.

VALE, Luís Menezes do. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à proteção da saúde. **Jurisprudência Constitucional**, Lisboa, n. 12, p. 12-47, out./dez. 2006.

_____. O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35º da CDFUE. **Nascer e Crescer**, Revista do hospital da criança Maria Pia, v. XXI, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/nas/v21n1/v21n1a10.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2017.

_____. **Racionamento e Racionalização no acesso à saúde:** contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional. 2007. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2007, 3 v.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, ‘Positivção’ do Direito Natural e Política. **Revista de Estudos Históricos**, Rio de Janeiro: Ed. Acadêmica, n. 18, p. 263-281, 1996.

WOLFGANGBENEDEK (Ed.). **Direitos humanos da Criança.** Compreender os Direitos Humanos: manual de educação para os direitos humanos. Traduzido e disponibilizado em *E-book* pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy (ETC). Graz, Áustria. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/index.html>>. Acesso em: 01 mar. 2017.