

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE**

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE EFFECTIVENESS OF
THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

Paulo Junior Trindade dos Santos*
Gabriela Samrsl a Möller**
Vinícius Almada Mozetic***

* Pós-Doutorado em andamento pela UNOESC. Pós-Doutorado em Direito pela UNISINOS, concluído em 2019. Doutorado e Mestrado em Direito pela UNISINOS. Professor colaborador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC.
E-mail: pjtrindades@hotmail.com

** Mestranda em Direito pela UNOESC. Graduada em Direito pela UNISINOS.
E-mail: gabi.moller@hotmail.com

*** Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2016) com estágio pós-doutoral na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2017); Professor titular do Programa de Pós-graduação - Mestrado em Direito da UNOESC - Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais. Advogado. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8801-990X>. Experiência na área de Direito, com ênfase em Hermenêutica Jurídica, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Digital atuando principalmente em temas relacionados às novas tecnologias.
E-mail: vinicius.mozetic@unoesc.edu.br

Como citar: SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsl a; MOZETIC, Vinícius Almada. Jurisdição constitucional e a efetivação do direito fundamental a saúde. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 45-64, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p45. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A Jurisdição Constitucional e a Efetivação do Direito Fundamental à Saúde são temas elementares para compreender a expressão da Jurisdição Constitucional na atualidade e o modo pelo qual o direito fundamental à saúde é tratado junto aos Tribunais. Aponta-se a construção e evolução da Jurisdição Constitucional desde seu aspecto histórico até sua legitimação Democrática, a qual dá baliza para que venha a ser efetivado o Direito Fundamental à Saúde. Esse direito fundamental emerge das transformações do Estado de Direito Liberal ao Social, tornando-se Direitos Sociais levados ao Judiciário, na atualidade. Com o modelo de Estado Democrático de Direito, concretizado em um modelo de Estado Ativo-Responsivo, voltado à democracia participativa, a Constituição veio a reconhecer textualmente diversos direitos, com especial destaque ao direito de acesso à justiça, o qual acaba por efetivar o Direito à Saúde pela via Judicial - as Cortes Supremas detêm as decisões mais relevantes quanto ao tema para que assim se realizem. Portanto, a Jurisdição Constitucional transcende as suas funções frente as demais, passando a ser um órgão de clamor democrático voltado à realização dos direitos fundamentais, com especial atenção ao direito à saúde.

Palavras-Chave: Jurisdição constitucional. Efetivação. Direito fundamental à saúde.

Abstract: The Constitutional Jurisdiction and the Enactment of the Fundamental Right to Health are important for understanding the expression of the Constitutional Jurisdiction in present day and the way in which the fundamental right to health is treated by Brazilian Courts. This paper points out the construction and evolution of the Constitutional Jurisdiction from a historical aspect and analyzes its Democratic legitimacy, which validates the Fundamental Right to Healthcare in Brazil. This fundamental right emerges from the transformations of the State, from Liberal to Social, in where social rights make way to the Judiciary. With the model of the Democratic State of Law, embodied in the model of an Active-Responsive State, focused on participatory democracy, the Constitution came to recognize several rights, giving special emphasis on the right to access the justice system, which consequentially influences health care treatment. Furthermore, the Brazilian Supreme Court holds the most relevant decisions on this subject, binding all other decisions in lower courts. Therefore, the Constitutional Jurisdiction transcends its functions vis-à-vis others, becoming an organ of the democratic outcry aimed at the realization of fundamental rights, giving special attention to the right to health.

Keywords: Constitutional Jurisdiction; Effectiveness; Fundamental Right to Health.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como temática a Jurisdição Constitucional e a Efetivação do Direito Fundamental à Saúde. Neste sentido aponta-se a construção e evolução da Jurisdição Constitucional desde seu aspecto histórico até sua legitimação democrática, responsável por dar baliza para que seja efetivado o Direito Fundamental à Saúde, pois este direito fundamental emerge das transformações do Estado de Direito Liberal ao Social e, neste último momento, os Direitos Sociais são levados ao Judiciário.

Com a separação dos poderes como técnica constitucional impostas nos primeiros textos legais, chega-se na contemporaneidade à divisão dos poderes, na qual a Jurisdição Constitucional passa a ter grande relevância e o Poder Judiciário passar a ser dotado de legitimidade democrática. Portanto, a Jurisdição Constitucional, no que tange ao Estado Democrático de Direito, compreendido como Ativo-Responsivo, passa a deter uma real importância como instituição Política, protegendo direitos fundamentais dos cidadãos como função conquistada pelo controle de constitucionalidade.

Em um primeiro momento, o estudo refletirá acerca da *Jurisdição Constitucional* (algumas reflexões históricas e sua nova função frente à crise estatal¹), assim traçando a superação da técnica Constitucional engenhada por Locke e por Montesquieu no que se refere à rígida separação dos poderes, que tratava o Poder Judiciário como “mera boca da lei”, pois devido às crises dos modelos de Estado De Direito Liberal e Social eclode a Jurisdição Constitucional.

O Poder Judiciário ganha ampla relevância e evidencia com o (re)dimensionamento de suas atividades frente a sua organização que volta-se a engenharia da Jurisdição Constitucional, e que esta apresenta-se por dois modelos: *1*) o Norte-Americano e o Europeu, o primeiro surge do caso *Marbury v. Madison*, *2*) e o segundo da construção de Kelsen posta na Constituição Austríaca², ambos modelos de jurisdição superam a visão de jurisdição ordinária centrada na figura do juiz para o desenvolvimento do guardião das promessas Constitucionais.

Neste sentido, com a Jurisdição Constitucional (em seus dois modelos) chega-se a “divisão dos poderes”, o qual demonstra que pelas crises que levaram ao Estado a reformulação de suas Constituições veio a impulsionar tangencialmente as funções de seus demais Poderes. Desta forma, o Poder Judiciário recebe novas atribuições. Resta evidente uma dupla crise que se dá pela crise institucional e pela crise social, responsáveis estas pela nova divisão de poderes.

De tudo isso, discute-se muito a *Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional*³,

¹ Logo após o momento de criação das Constituições Dirigentes, passou-se a ter grande tensão entre as três Esferas Políticas, criando-se assim, um check and balances, no qual a Corte Constitucional por via da Jurisdição Constitucional pode regular os demais poderes através do Controle de Constitucionalidade (difuso, concentrado e misto) e dos Atos Administrativos, chamado pelos americanos de review of legislation, que assim, juntamente com a Democracia Substantiva, nasce o aclamado Ativismo Judicial, passando assim, o Poder Judiciário a exercer grande atividade de regulação diante dos demais Poderes.

² Conseqüentemente surge o embate de quem deveria ser o Guardião da Constituição tendo como território de disputa teórica a Constituição de Weimar, disputa entre Kelsen e Schmitt. Kelsen defende que o Estado deve ter uma Corte dotada de Jurisdição Constitucional para com a guarda da Constituição, Schmitt defendia que o guardião deveria ser o Presidente do Reich. A teoria de Kelsen foi adotada por grande parte dos ordenamentos jurídicos Europeus.

³ A legitimação democrática de origem é a legitimidade constitucional para investidura da função pública para investir-se do cargo, pois em alguns países os Juizes são eleitos diretamente pelo sufrágio universal representando a vontade da maioria, já em outros países os Juizes são escolhidos dentro de um conjunto de pré-requisitos, e, além disso, serão escolhidos pelos representantes do Poder Legislativo ou do Executivo; legitimidade da jurisdição constitucional se

justifica-se que a legitimidade se dá pelo pacto originário construído pela soberania popular do poder (princípio da maioria), que por sua maioria legitima constitucionalmente a Jurisdição Constitucional para com a tomada de decisões Políticas. Superado o aspecto da legitimidade, vale ressaltar a *Jurisdição Constitucional*: e suas novas funções e os espaços que vem flanqueando sob a égide do Estado Democrático de Direito desenvolve-se em meio ao ambiente Político.

Ocorre assim, uma expansão jurisdicional pela via processual frente a uma sociedade democrática que se demonstra conflitual e carente de efetivação de direitos elencados na Constituição. A sociedade busca tanto no âmbito coletivo quanto individual a tutela, efetivação e a concretização dos direitos fundamentais. Evidente fica o deslocamento de tensão no que diz respeito dos procedimentos Políticos para os procedimentos Judiciais, que passam a afirmar-se por meio da Jurisdição Constitucional oferecendo ainda como possibilidade a realização de valores essencialmente democráticos e a proteção dos direitos fundamentais.

O radicar-se do Direito na realidade segue um itinerário muito complexo, e menos linear, do que simplesmente medir a efetividade da norma unicamente a partir de sua direta e imediata aplicabilidade em situação determinada (RODOTÁ, 2006, p. 31). O Estado Ativo-Responsivo é relevante para compreender como a saúde deve ser considerada pelo direito na atualidade, vedando-se o retrocesso e primando-se pelo acesso à justiça com o fim de efetivar um direito fundamental tão importante ao ordenamento ao jurídico e a sociedade.

1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES HISTÓRICAS^{4,5}

A crise institucional política desloca as tensões mais sensíveis e complexas ao Poder Judicial, e este poder, além de investir-se de suas funções próprias, é também fortalecido pela Jurisdição Constitucional (HÄBERLE, 2009), seguido por dois modelos de controle de constitucionalidade (CAPPELLETTI, 1984): o Norte-Americano e o Europeu. Ambos modelos nascem com a finalidade de manter a supremacia Constitucional, vista como o ápice do ordenamento jurídico estatal. Além da Jurisdição Constitucional ter como finalidade a supremacia Constitucional, ao mesmo tempo, busca “a) incidir lo mínimo sobre las opciones políticas ya decididas por el legislador, en el pasado

da pela legitimidade da minoria frente à maioria, por óbvio deixa-se margem para que as minorias possam sustentar alguns direitos frente as maiorias, mais especificamente no que concerne os direitos fundamentais; legitimidade democrática da jurisdição constitucional pela sua neutralidade é a legitimação que a jurisdição constitucional tem para dirimir conflito entre órgãos e entre a constituição e os órgãos; legitimidade da Jurisdição Constitucional em razão de seu exercício.

4 No obstante que, en el origen, existen relevantes distancias entre los sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: judicial review o justicia constitucional; tradiciones de common o de civil law; control abstracto o concreto, preventivo o sucesivo; tutela de los derechos constitucionales o control de conformidad constitucional de las leyes. El Estado de derecho no es siempre la misma cosa que Etat de droit, Rechtsstaat o Rule of law. El Estado constitucional, en consecuencia, no coincide en todas partes. La propia Constitución no es norma suprema en la misma medida, cuando cambian las relaciones entre cortes y poderes legislativos. Pero justamente por esto es que resaltan las convergencias prácticas que se encuentran en el “juzgar en derecho constitucional”.

5 Es obvio que si la distinción entre los diferentes órdenes jurisdiccionales se establece en función de la naturaleza de la norma que fundamenta la pretensión y la decisión, la jurisdicción constitucional no es ejercida sólo en Europa por los Tribunales Constitucionales ni es jurisdicción constitucional toda la actividad que éstos llevan a cabo en ejercicio de sus competencias. Por comodidad de la exposición, una vez acotado el concepto que aquí utilizamos de jurisdicción constitucional, llamamos jurisdicción ordinaria a la desarrollada en todos los demás órdenes.

más o menos próximo; b) limitar al mínimo las opciones futuras del legislador” (GROPPI, 2003).

A Jurisdição Constitucional, nesse sentido, pode ser considerada uma dentre as grandes manifestações da Jurisdição, caracterizada por ser, intrinsecamente e especialmente, a passagem de um protagonismo meramente legislativo para um protagonismo jurisdicional, voltado essencialmente à proteção dos Direitos Humanos.

2.1 Jurisdição Constitucional e o Controle Concentrado de Constitucionalidade

O constitucionalismo revela-se antes pelo embate teórico levantado e amplamente discutido por Kelsen (2007) e Schmitt (1983). Desta importante discussão, a Jurisdição Constitucional ganha contornos junto ao modelo de *control de constitucionalidade concentrado/Europeu* [Austriaco–Alemão] (HORN, 2011, p. 267-268), realizado por meio de um órgão especializado; ou seja, por uma Corte especializada que se situa como um *metapoder*, atuando como garantidor dos fundamentos constitucionais, regulando os demais poderes e realizando o papel político de forma ativa, cuja competência volta-se ao exercício do controle de constitucionalidade (BARACHO, 2001. p. 116). Essa nova roupagem que ganha a Jurisdição Constitucional desenvolveu-se a partir dos *Hauptprobleme* de 1911 e da profunda revisão da teoria e dogmática *juspublicista* alemã que está em sua base (COSTA; ZOLO, 2006, p. 380).

Kelsen, de um lado, defende ser o Poder Judiciário responsável pelo controle de Constitucionalidade das Leis pela via concentrada, passando a ser o guardião da Constituição. Já, de outro lado, *Schmitt* defendia que o defensor-guardião deveria ser o Presidente do Reich. Ocorre que a teoria de Schmidt não foi bem recebida, pois vivenciava-se a Segunda Grande Guerra Mundial, onde o Presidente do Reich imoderadamente usava de seus poderes com finalidade de manter a guerra. O embate entre Kelsen e Schmitt teve como cenário a Constituição de Weimar, por meio da qual ocorre uma verdadeira revolução constitucional, cujo objetivo foi superar a crise que era imposta por largos e dolorosos períodos autoritários vivenciados entre as duas Grandes Guerras Mundiais:

El problema de la defensa constitucional siempre aparece cuando la Constitución está en crisis. Y al salir de largos y dolorosos periodos autoritarios, se produce auténtica “revolución constitucional” que arriba a la conclusión que las declaraciones constitucionales de los derechos, necesitan de un sistema judicial para hacerlas efectivas. Un sistema de justicia constitucional, resulta ser el mejor instrumento para luchar contra los demonios pasados. Así sucesión en Europa. En Alemania, Italia, Portugal y España, se crean los tribunales constitucionales al salir de largas y férreas dictaduras (SOSA, 1993, p. 8).

A teoria elaborada por Kelsen foi difundida mundialmente, motivo pelo qual outros ordenamentos jurídicos da Europa adotaram-no. Alude-se ainda que Kelsen⁶ foi influenciado pelos

6 Influenciant durablement la doctrine française par sa méthode positive, il résout, comme son contemporain Kelsen, la question du fondement de l’ordre judiciaire par une référence à la loi fondamentale. Les publicistes de son époque peuvent affirmer en toute rigueur que, « dans la nature des choses, il n’y a pas de pouvoir judiciaire », celui-ci

ideários iluministas-burgueses, tomando por base algumas das formulações e ideais doutrinários engendrados pelo juiz francês Montesquieu (COLSON, 2006, p. 37). Assim, a guarda da constituição foi delegada às Cortes Constitucionais revestidas pela Jurisdição Constitucional, superando o modelo tradicional de separação de poderes, chegando à divisão de poderes, por meio do controle de constitucionalidade concentrado, pois o Estado por meio da Jurisdição Constitucional controlará e limitará os demais poderes (LLORENTE, 1988, p. 20-21)⁷ (Legislativo e Executivo). Desta feita, ocorre a chamada “Revolução Constitucional”.

2.2 Jurisdição Constitucional e Controle Difuso de Constitucionalidade

De outro lado, nos Estados Unidos da América, a Jurisdição Constitucional emerge com caso emblemático *Marbury v. Madson*, no ano de 1803^{8,9,10}. O caso demonstrou grande preocupação e influência na concepção do *controle de constitucional difuso*, o qual não surge da propriamente de disposições da Constituição Federal Americana de 1787, mas, sim, dos primeiros conflitos suscitado pela prática política e constitucional (BARACHO, 2001, p. 96). Para a Jurisdição Constitucional Norte-Americana um dos elementos mais importantes ao controle de constitucionalidade foi o

*judicial review of legislation*¹¹ inaugurado pelo julgamento *Marbury v. Madson*¹², pois impulsiona n'existant que « si la constitution le crée ». Une telle affirmation laisse cependant entière la question qui taraude la pensée politique et la doctrine juridique depuis la publication de l'esprit des lois et qui a trait à la place occupée par le pouvoir de juger au sein de la puissance souveraine et aux rapports qu'il entretient avec les autres attributs de cette dernière.

7 En la Europa continental, en donde la separación de poderes no fue nunca entendida como equiparación entre ellos, el poder judicial no es ideal mente otra cosa que «la puissance exécutive des choses qui dependent du droit civil». El juez está sujeto a la ley, a la que, en consecuencia, no puede juzgar, y con la que no puede competir. La decisión judicial, que no «revestirá nunca la forma de regla general», limita sus efectos a quienes han sido parte en el proceso y no tiene otra fuerza que la propia de la res judicata. Es cierto que esta concepción de la jurisdicción es puramente ideológica, en cuanto no plenamente concorde con la realidad y que incluso como simple ideología se ha visto sometida, al menos desde comienzos de siglo y muy acentuadamente desde mediados de éste, a una profunda revisión. Ni la realidad incontestable de la eficacia general, aunque meramente «persuasiva, que en la práctica alcanzan las decisiones de los Tribunales Supremos (que son, por lo demás, en Europa, Tribunales de casación, aunque también en este punto teoría y realidad difieren no poco), ni el esfuerzo generalizado por construir una teoría de la jurisdicción que se acomode más exactamente que la del «juez autómatas» a su verdadera naturaleza, cuyo momento creador se acentúa, han sido suficientes por sí solas para romper con los viejos dogmas que derivan de la concepción romanista del Derecho. La introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución.

8 Desde o caso emblemático *Madson v. Marbury*, “permaneceu inédito durante 54 años el veredicto de mala fama *Dret Scott versus Stanford* decirló inconstitucional la Missouri Act, que fue un ensayo de restringir la expansión de la esclavitud. Al fin del siglo XIX la desigualdad y la segregación de las razas todavía fueron sostenidas por la jurisdicción de la Corte Suprema, camuflada bajo la fórmula de la separate but equal hasta la mitad del siglo.” (HORN, 2011. p. 260).

9 Ver ainda o estudo profundo realizado pelo Professor Marco Félix Jobim (2013, 2014) e complementando-se a este, indica-se artigo de Carlos Niño (1989, p.79-88).

10 O caso *Marbury v. Madison*, não é o primeiro a inaugurar o judicial review, mas foi o que mais destaque teve, parmatizando-se frente aos demais casos, assim ensina Jobim. Apontando diversas obras que apontas outros casos como sendo antecedentes ao mencionado, sendo elas: TUSHNET, Mark. **Arguin Marbury v. Madison**; SHERRY, Suzanna. The intelectual background of *Marbury v. Madison*; SCHWARTZ, Bernard. A history of the Suprem Court; RAMOS, Elival da Silva. Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. LEAL, Roger Stiefelmann. O exercício da Jurisdição Constitucional pelo Poder Judiciário; PEIXOTO, Damaceno. Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros; citados todos os autores na obra de Jobim (2013).

11 [...] e, portanto, daquilo que foi chamado supremacia do poder judiciário, ou também, o governo dos juizes, tenha sido o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a supremacia do Parlamento na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada supremacia dos juizes nos Estados Unidos da América! (CAPPELLETTI, 1984, p. 57-58)

12 Este é o nascedouro de um dos temas mais debatidos da atualidade que é o controle de constitucionalidade das leis, tendo em vista a forte ingerência que tem havido por parte do Supremo Tribunal Federal em áreas que, na

rumo a uma nova forma estrutural de separação dos poderes: da separação, chega-se à divisão dos poderes (ou ao *check and balances*). Por meio desta nova forma estrutural, o controle de constitucionalidade passa a estar profundamente ligado à formulação do Estado Federal Americano, fruto dos primeiros conflitos suscitados pela prática política e constitucional (BARACHO, 2001, p. 96); ou, melhor, político-jurídica¹³.

Por isto considerar que no sistema Norte-Americano, o poder de controle de constitucionalidade é atribuído a todos os órgãos jurisdicionais – fruto da separação de poderes -, os quais resolvem o ponto constitucional incidentalmente quando do momento da decisão da lide (FERREIRA, 1994, p.197). O ideário Americano de Jurisdição Constitucional tem como objetivo *frear* as paixões democráticas e revolucionárias que se encontram na gênese da formação do poder Legislativo e Executivo, atuando o Poder Judiciário Americano de forma conservadora frente às utopias e despotismos dos demais Poderes. Esta é, fundamentalmente, a nova leitura da separação dos poderes, chegando à divisão dos poderes, marcada pela Supremacia Constitucional (FÍX-ZAMUDIO, 2009, p. 144-145).¹⁴

Com a Supremacia Constitucional, encontra-se um dos cerne da crise estatal, fazendo com que ocorra a ruptura do “governo das leis” engendrada pelo francês Montesquieu, chegando ao “governo dos juízes” de Lambert, ganhando o Poder Judiciário uma nova e importante função. Nesse sentido, ensina Baracho:

O poder judiciário americano, freando as paixões democráticas e revolucionárias que afetam os dois poderes, realizam uma obra conservadora. No exame da estrutura do poder judiciário preocupa-se com os seus excessos. Lembra Jean Marcou que os juristas franceses entendiam como excessiva e perigosa a valorização do judiciário. ***Depois da revolução francesa, fez-se uma nova leitura da teoria da separação dos poderes.*** Existem discussões dos juristas franceses sobre a concepção do poder judiciário. É nesse sentido que é lembrada a obra de Édouard Lambert de 1921 (*Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*), consagrada a Corte Suprema onde ressalta a presença de um verdadeiro governo dos juízes (BARACHO, 2001, p. 104, grifo nosso).

A concepção americana de “divisão dos poderes” tem sustentação e fortalecimento histórico no fim do século XIX e em meados do século XX, onde a Corte Constitucional surge como uma instituição particularmente conservadora, que gerará profundas modificações com o governo *Roosevelt* (HORN, 2011, p. 260) que tem refletida algumas questões de governo no *New Deal*¹⁵. A função da Justiça Constitucional no sistema político-jurídico dos Estados Unidos acende diversas

teoria, não seria de sua competência, mas que acabam, na prática, acontecendo. (JOBIM, 2014, p. 169)

13 La giurisdizione costituzionale viene elevata al piano di attenzione con cui si segue la politica, e anche la selezione e lo status dei giudici vengono curati in maniera particolare. Tale giurisdizione diviene con ciò un po' più politica, ma viene al tempo stesso neutralizzata per via istituzionale rispetto alla pressione esercitata da altri organi costituzionali. Ciò è del tutto chiaro nel caso della Supreme Court negli USA, ma vale anche per il Bundesverfassungsgericht (MEZZETTI, 2010, p. 307-354, p. 311)

14 Esta doctrina de la supremacia normativa de la Constitución fundamentó la instrumentación en su favor de la judicial review, que reconoció el poder de los tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación en cada caso concreto.

15 Ver: Nunes (2011) e Ackerman (2006).

discussões, que partem precipuamente da posição elevada da separação de poderes, aonde o sistema americano de Justiça constitucional confere ao Poder Judiciário posição eminente (BARACHO, 2001, p. 105), que se encontra dotada de legitimidade constitucional das leis, partindo da dúplici premissa do caráter rígido da Constituição estadunidense e do poder-dever – a chamada *Supremacy Clause* presente na Constituição dos EUA, art. 6 parágrafo 2º - que todo o juiz tem de interpretar e aplicar tanto a lei quanto a Constituição. A *Supremacy Clause* impulsiona o Juiz no exercício de sua função, tendo como finalidade em caso da necessidade de aplicar uma lei a um caso concreto, deve verificar preliminarmente se tal lei não está em conflito com a Constituição (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 265).

Portanto, é correto afirmar que a Constituição Norte-Americana de 1787 não previa qualquer tipo de controle de legitimidade constitucional das leis e, devido a ausência de previsão normativa sobre o tema, conseqüentemente os juizes estadunidenses foram levados a inventar um mecanismo - por assim dizer - autossuficiente, de controle de legitimidade constitucional das leis (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 266).

Dentre os países anglo-saxões que aportam o sistema jurídico da *common law*, os Estados Unidos superam as primeiras técnicas constitucionais da “separação dos poderes” desenvolvendo assim releitura dos poderes políticos institucionalizados. Enquanto que na Inglaterra segue-se com a rigidez fundada pelo Estado Moderno com a separação dos poderes, erigido pelo governo das leis em que impera a Supremacia do Parlamento, elevando o dogma imposto pela Revolução Gloriosa de 1688 (CAPPELLETTI, 1984, p. 61-62) que é utilizado ainda a contemporaneidade. Do mesmo modo, a França também segue à risca a tradição do governo das leis:

[...] sem embargo, foi o já hoje quase bicentenário *judicial review of legislation* a mais significativa inovação americana em relação à tradição inglesa. Representou ele, na prática, a superação do princípio da supremacia do parlamento – elevando à condição de dogma no Reino Unido desde a Revolução Gloriosa, e lá ainda vigente – pela supremacia normativa da Constituição. Ao Judiciário caberia exercer a guarda de tal supremacia, ainda que isso importasse na invalidação de atos do Legislativo (BINENBOJM, 2004, p. 25).

Logo, a influência da divisão dos poderes demonstra-se mais adequada a contemporaneidade, reflexo da Jurisdição Constitucional, herança da teoria de Kelsen e do *Check and balances* americano, expandindo-se em países da América Latina, os quais aderiram ao sistema de controle de constitucionalidade, por meio de suas Constituições Nacionais, fazendo assim “[...] uma transposição do controle difuso de constitucionalidade praticado nos Estados Unidos, no México em 1847, na Argentina em 1860 e no Brasil em 1891.” (BARACHO, 2001, p. 115).

2.3 Jurisdição Constitucional: da separação para divisão dos poderes

Com a jurisdição constitucional, conforme é percebido pelas teorias da separação e

divisão dos poderes, ocorre de uma grande crise estatal a resolução do problema *de quem deveria prestar a defesa da constituição*; ou, melhor: qual dos órgãos estatais arquitetados-engenhados pelas Constituições¹⁶ deve ser o “guardião da constituição”. Com a “crise estatal”, a nova “divisão dos poderes” introduzida pelo sistema jurídico da *common law* Norte-Americana e pelo sistema jurídico romano-germânico Europeu, influenciam profundamente em uma refundação-reformulação dos sistemas políticos por meio do inconteste e necessário desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, passando o órgão a ter o controle efetivo da Constituição, detendo a guarda desta, pelo respeito a sua supremacia

Muitos países, conforme apontado, foram e seguem influenciados pelo modelo de Jurisdição Constitucional elaborado por Kelsen, sendo eles, “Áustria (1920), Tchecoslováquia (1920), Espanha (1931) posteriormente adotou-se na Alemanha, em sua Lei Fundamental do Bonn (1949), Portugal (1976), e Espanha (1978).” (FERREIRA, 1994, p. 197; LLORENTE, 2001). Consequentemente a Jurisdição Constitucional ganha força através da “divisão de poderes”, pelo qual se representa, ou funda-se pela Corte (ou) Tribunal Constitucional, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário, tem como sua fórmula a busca pelo equilíbrio entre os demais poderes.

Cappelletti (1993, p. 55), corrobora, que os sistemas jurídicos atuais rumam para:

[...] esta direção, partindo do sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos. Sistema, este último, no qual o “crescimento” do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes. Podem ser vistos exatamente a essa luz o nascimento e crescente importância adquirida pelos tribunais administrativos e constitucionais na Europa (e não apenas na Europa).

Arefundação dos poderes (das instituições políticas) dado pelas “revoluções constitucionais” faz com que a jurisdição constitucional se torne parte da administração da Justiça que tem como objetivo específico à matéria jurídico-constitucional de um Estado (FERREIRA, 1994, p. 197). Tal objetivo específico se dá pelo controle de constitucionalidade que visa “[...] verificar se as normas de hierarquia inferior estão de acordo com a Constituição e a Lei Fundamental, e, se as contradizem, devem ser declaradas inconstitucionais, sendo, por conseguinte, inaplicáveis.” (FERREIRA, 1994, p. 197) O controle efetivo, ressalta-se, se dá pela expulsão de normas que atentassem contra os seus comandos, e assegurando a sua permanência, por meio de adaptações de seu texto a contextos sociais e políticos cambiantes (SAMPAIO; CURZ, 2001, p. 9).

Conclui-se que não é de se estranhar assim que o controle de constitucionalidade seja denominado como expressão sinônima de controle de legitimidade; de *legitimidade constitucional*, compreende-se (SAMPAIO, CURZ, 2001, p. 9).

16 Enquanto, as “[...] Constituciones liberales europeas expedidas a fine del siglo XVIII y principios del XIX, debido al peso del pensamiento del filosofo Rousseau sobre la ley como espresipn de la vonluntad general, se otorgó al citado principio de supremacia constitucional de carácter eminentemente político, que sólo podía ser aplicado por los órganos políticos del Estado, y se estableció la prohibición terminante a los jueces y tribunales para conover de las cuestiones de incostitucionalidad de los actos y de las disposiciones legislativas.” (FÍX-ZAMUDIO, 2009, p. 144.)

3 REVOLUÇÕES CONSTITUCIONAIS E HIBRIDIZAÇÃO DOS MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Com o advento do Pós-Guerra (após 1945) (SAMPAIO; CURZ, 2001, p. 9), o Direito Judicial passou a desenvolver-se pelo advento das “revoluções Constitucionais”, antes disso, frente ao Estado Liberal de Direito, o Juiz guiava-se pelo Direito Legal, buscando sempre a segurança jurídica da Lei, sendo considerado como a “mera boca da lei” caracterizando-se como “uma justiça formal e exclusivista” (SAMPAIO; CURZ, 2001, p. 9), no qual é visto como um “[...] técnico que mecanicamente aplica a lei” (SAMPAIO; CURZ, 2001, p. 9). Já, no que tange ao Estado Social de Direito o Juiz teve grande importância para com caracteriza-se por “[...] uma justiça terapêutica e distribuidora sob o Estado providência, deveria ser simultaneamente simbólica e reintegradora numa sociedade em que a exclusão é o maior problema” (GARAPON, 1996, p. 219).

Junto às “revoluções constitucionais”¹⁷ e ao advento do Estado Democrático de Direito, o Juiz passa a ser “[...] uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar fissuras” (WOLKMER, 2003, p. 188) que encontra suporte nas conjunturas político-jurídicas construídas pela democracia e pelos direitos humanos. A refundação dos preceitos Estamentais são nítidos e foram construídos pelos textos das Constituições do Pós-Grande(s)-Guerra(s), chega-se ao Estado Democrático de Direito, repousando assim uma tangencial “[...] *espansione della giustizia costituzionale si è assistito anche, in misura crescente, alla ibridazione dei modelli o, detto con altri termini, ad un loro progressivo avvicinamento.*”¹⁸

Ambos os modelos de Justiça Constitucional, o da *common law* e *civil law*, apresentam um centro gravitacional em comum:

i) El perfil “subjetivo”, referido a los órganos a que corresponde el poder de control; ii) el perfil “modal”, relativo al modo como la cuestión de constitucionalidad es planteada y resuelta; y iii) el perfil “funcional”, que se dirige a los efectos de la decisión judicial de la cuestión de constitucionalidad, en un doble aspecto: sea respecto a la ley sometida al control o sea respecto al caso concreto en el cual la cuestión de constitucionalidad se haya presentado eventualmente (MAc-GREGOR, 2009).

Diante de tal contexto de aproximação ocorre ainda a hibridização de um sistema jurídico para outro.

A Jurisdição Constitucional é também chamada de “justiça constitucional das liberdades” (CAPPELLETTI, 2010, p. 8), cunhado por Cappelletti (2010, p. 8), torna-se “[...] um dos mais

¹⁷ As Constituintes revolucionárias não se enganaram ao empregar o termo «poder judicial» para minorar o papel da justiça. Utilizando o termo «poder», Montesquieu queria manifestar que o judicial se tornava uma prerrogativa do Estado, na mesma situação que o executivo e o legislativo. As Constituintes retomaram esta inversão terminológica para demonstrar bem a reconciliação da justiça no seio da soberania estatal. (GARAPON, 1996, p. 189)

¹⁸ Vide: L. ELIA, Giustizia costituzionale e diritto comparato (Appunti di ricerca), in Quad. cost., 1984, 8; di recente L. MEZZETTI (cur.), Sistemi e modelli di giustizia costituzionale (2009). Specificamente sull’avvicinamento del sistema francese agli altri sistemi europei v. già M. VOLPI, Il ruolo del Conseil constitutionnel nella forma di governo francese, in Diritto e società, 1983, 496; G. ZAGREBELSKY, Il controllo di costituzionalità delle leggi in Francia (a priori) e in Italia (a posteriori): alcuni aspetti a confronto, in Giur. cost., 1991, 31 ss.; conforme aponta Groppi (2003, p. 39).

potentes instrumentos de evolução” redefinindo assim sua “função” que veio a se fixar tanto em países que adotam o sistema Norte-Americano, quanto aos que adotam o sistema Europeu, encontrando-se nas mais diversas variantes de forma, ainda mais no que se refere a tutela, efetivação e defesa dos Direitos Fundamentais Constitucionalmente normatizados. A Justiça Constitucional das liberdades é algo tão importante que refunda a jurisdição por si mesma, fazendo com que vários países indiferentes do modelo de Justiça Constitucional que adote venham a se utilizar deste instrumento de evolução que parece tão relevante. Cappelletti, (1993, p. 62) alude que:

[...] chamada “justiça constitucional das liberdades”, Grundrechtsgerichtsbarkeit”, ou seja, a proteção jurisdicional do fenômeno da justiça constitucional, que passou a se impor nos países integrantes da arena principal dos mencionados abusos: a Alemanha Federal, Itália, Austrália e também o Japão, embora de forma diversa e em tom menor, mas também lá em significado crescendo. O fenômeno, porém não ficou limitado a esses países. Com muitas variantes de forma, de extensão e influencia prática alcançou outros do continente europeu, inclusive a França (especialmente desde 1971) e até a Iugoslávia (especialmente desde 1963). Quando o mundo do Common Law, é bem conhecido como a parte assumida pelo Bill of Rights, no âmbito da justiça constitucional dos Estados Unidos, veio a assumir proporções de grande relevo, sobretudo depois do último pós-guerra, embora antes não fosse desprezível. Outras nações de Common Law parecem estar se movendo, gradualmente, na mesma direção ainda que com impacto prático certamente menos relevante do que nos Estados Unidos, onde a justiça constitucional, em tema de direitos fundamentais, **tornou-se um dos mais potentes instrumentos de evolução** ^(grifo nosso).

O juiz se encontrou, assim, no centro do debate institucional (PICARDI, 2000, p. 28-29), revestido pela Jurisdição Constitucional que passa a ser um importante e um dos mais potentes instrumentos de evoluções que transcende, ocorrendo assim as invasões de campo, tensões e conflitos, particularmente entre o sistema político e o sistema judiciário (PICARDI, 2000, p.28-29). A jurisdição constitucional incide na *invasão do sistema político*, por meio, de um ordenamento jurídico que lhe garante esta invasão, fundamentando sua função pelo:

[...] rapporti sociali; la funzione normativa di tutela della libertà è riconducibile agli elementi del concetto generale di libertà, apportati in linea di principio dal consenso costituzionale materiale; il consenso, che da una parte presuppone la funzione di integrazione, ma dall'altra è finalizzato a garantire, concerne un ulteriore meta-livello connotato dall'obiettivo di garantire ed attuare il compromesso sociale formatosi in sede costituente (MEZZETTI, 2010, p.325).

Portanto, somente invadirá a senda do que se refere ao processo político como senhor do direito por ter autonomia Constitucionalmente prevista para que assim seja, respeitada a “*ordini sociali e alle diverse condizioni del possesso; lo delimita mediante le garanzie e le finalità dei diritti fondamentali, che assicurano la connessione del processo politico con le datità sociali*” (MEZZETTI, 2010, p. 311).

3.1 Jurisdição Constitucional e Divisão dos Poderes no Contexto de um Estado Ativo-Responsivo

O Estado Ativo-Responsivo distingue *poder e a autoridade*, retirando os resquícios de soberania monárquica do Legislador (SUPIOT, 2007, p. 189), responsável até então por reduzir a democracia a uma democracia meramente representativa. De outro lado, a divisão dos Poderes aproxima-se de uma democracia participativa, afigurando a tutela de interesses e garantias protegidas pelo Estado. Nesse novo contexto, a democracia em uma dimensão material encontra-se sujeita à ordem normativa, em especial nas Constituições Democráticas¹⁹, tendo como consequência o papel de garante dos direitos fundamentais estabelecidos normativamente, procedimento expresso por sua razão social refletida na garantia de justiça, sendo estes os fundamentos de legitimação da jurisdição e de independência do Poder Judicial, frente aos poderes legislativo e executivo (SUPIOT, 2007, p. 189).

Importante destacar que as técnicas Constitucionais Contemporâneas, instituídas sob o manto ideológico do Estado Democrático de Direito, exigem um maior esforço dos órgãos jurisdicionais, forçando o seu caráter Ativo o que faz superando, nesse novo contexto, o Estado Reativo (arquitetado junto ao modelo de Estado Liberal e Social), ambos de gênese contratual, os quais dimensionavam a política como filha da democracia representativa. Nessa nova quadra da história, a democracia representativa vem sendo superada por uma democracia participativa, na qual os partícipes [cidadãos ativos, tomando a frente da descoberta de novos problemas e de aspirações incipientes] (SUPIOT, 2007, p. 189). do jogo democrático encontram na Jurisdição uma importante guarida para os anseios sociais, eis que nascem com o advento de três legisladores momento em que, dentre eles, o de terceiro grau, na figura do juiz legislador, apresenta-se como sendo o mais relevante. É neste norte que Bonavides engenha tal ideário conceituando os três legisladores, em: legislador de primeiro, segundo e terceiro grau, melhor ensina, que:

Um **legislador de primeiro grau** que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, deparar-se-nos, em escala de verticalidade, o **legislador de segundo grau**, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador

19 Se la dimensione formale della democrazia costituzionale è espressa dalle sue norme di riconoscimento, la dimensione sostanziale è espressa dalla sua ragione sociale: la quale, al pari della ragione sociale dettata dallo statuto di qualunque altra istituzione, è un insieme di meta-norme sostanziali poste a garanzia di aspettative stipulate a loro volta da norme sostanziali. Nella democrazia costituzionale, si è visto, queste aspettative sono i diritti fondamentali: i diritti di libertà, nella cui garanzia risiede la dimensione liberale, e i diritti sociali, nella cui garanzia risiede la dimensione sociale della democrazia. «La dichiarazione dei diritti contiene le obbligazioni dei legislatori», dice l'art. 1 della seconda parte della Costituzione francese del 1795, qui formalizzato dalle tesi. E queste obbligazioni altro non sono che i limiti e i vincoli fondamentali nei quali consistono, rispettivamente, le garanzie dei diritti di libertà e quelle dei diritti sociali. (FERRAJOLI, 2007, p. 926)

ordinário. Para desempenhar esse múnus constitucional recente a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de reeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, deparar-se-nos o *legislador de terceiro grau*, no estreitamento do funil normativo, a sabe, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes (BONAVIDES, 2001, p. 22, grifo nosso).

A sociedade pela sua natural evolução-transformação (irrupciona-se em um mar de complexidades) busca a superação da rígida separação dos poderes, colocando assim o Poder Judiciário nos “lócus” ou “centro” da discussão democrática. Deste modo, ressignifica-se o Poder Judiciário institucionalizado pelo Pacto Constituinte para que este venha a fazer *jus* ao termo “Poder”, frente à organização Estatal, pois da procura pelo Jurisdicional, ocorre o deslocamento, que gera uma crise estatal que: “*significa básicamente crisis de la soberanía estatal, que se manifiesta en la dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales*” (FERRAJOLI, 2005, p.110).

Com as transformações do Estado para um modelo de Estado Ativo-Responsivo, este vem a proporcionar uma ordem democrática e constitucional que, demonstrando permeabilidade a demandas sociais, antigas e novas, põe sob tensão princípios, leis e políticas públicas, no sentido de uma permanente renovação do direito feita com a participação de todos.²⁰ Assim, diante das Constituições Democráticas Contemporâneas, vem ocorrendo a necessária ressignificação da representação política tendo como norma de reconhecimento o fortalecimento da teoria da divisão dos poderes:

A fim de contrabalancear os poderes, não se entende que o juiz possua *auctoritas suprema*, mas não há que se negar que o Judiciário exerce uma significativa importância na sociedade atual: “*No obstante, el desarrollo histórico, político y constitucional del concepto de la división de poderes, que originariamente se consideraba rígido y de aplicación absoluta, ha permitido que los órganos administrativos puedan desarrollar también la función jurisdiccional y, en casos excepcionales, también lo hagan los órganos del Poder Legislativo.*” (ADALID, 2018).

4 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

BRASILEIRA

Tendo em vista a trajetória da Jurisdição Constitucional, passando a ter um importante espaço dentro das atuais Constituições, na contemporaneidade esta serve como canal de absorção

20 Importante demarcar a centralidade política da Jurisdição, “a Suprema corte parecia promover o cinirmo de uma filosofia partidarizada da decisão judicial, que colocará em dúvida a possibilidade de haver algum conteúdo na distinção entre direito e política. A discriminação sem controles é estranha ao ordenamento jurídico, não só por permitir que os nove juizes da Suprema Corte transformem suas preferencias em lei, mas sobretudo porque as instituições judiciárias se tornam mais vulneráveis às pressões do ambiente político. Uma ordem jurídica aberta demais à mudança perde sua capacidade de moderar o poder na sociedade, e assim retroceder à repressão. (NONET; SLEZNICK, 2010. p. 9, 123-124).

das mais diversas pretensões abrangidas pela grande gama de direitos fundamentais aderidos pela Constituição de 1988, cuja característica é desprender-se do texto positivado em prol de uma semântica mais aberta e atenta ao contexto social. O direito fundamental à saúde, nesse cenário, sofre um profundo desenvolvimento, pois a saúde passa a ser integral e garantida a todos em sua plenitude, reflexo da abertura normativa propiciada pelo Estado democrático-social e asseverada em um contexto de Estado Ativo-Responsivo.

A positivação do direito humano à saúde na Constituição Federal de 1988 liga-se diretamente ao Constitucionalismo democrático-social, pois no cenário de proteção constitucional anterior a 1988 não se poderia cogitar uma efetiva proteção à saúde como condição de direito fundamental. Como um dever fundamental previsto no art. 196 da Constituição Federal, o direito fundamental à saúde guarda correlação com diferentes formas pelo qual ele se efetiva (p.ex: vida, integridade física, meio ambiente...), possuindo, assim, um conteúdo *aberto*, o que é asseverado também pela previsão do art. 6º da Constituição Federal²¹, também é norma dotada de abertura, permitindo assim a atualização do conteúdo da proteção Constitucional (SARLET, 2019, p.112-118, 134), sendo que sua efetivação é oponível individual e coletivamente, seja ao Estado, seja aos particulares (SARLET, 2019, p.120)

O direito fundamental à saúde, conforme mencionado, está inserido do contexto de direitos sociais, e estes direitos são os que mais têm suscitado controvérsias quanto à sua eficácia e efetividade, principalmente no que toca aos instrumentos jurídicos voltados a essa efetivação. No Brasil, a Constituição tem o importante objetivo de fazer cessar (ou abrandar) a tensão da relação da realidade vivida pela maioria dos brasileiros com os objetivos de um Estado voltado ao respeito e resguardo da dignidade humano e dos direitos fundamentais. Trata-se deste de um processo complexo e cuja resposta há muito é tema de relevante debate (KRELL, 1999, p. 240).

Nesse sentido, elementar para falar em direito fundamental à saúde é inserir nesta discussão o direito fundamental de acesso à justiça, conforme previsão do art. 5º da Constituição Federal, para que assim seja possível “[...] ir além do mimetismo constitucional, fazendo o direito voltar-se para o cidadão, para a dignidade da pessoa humana, como caminho de superação de desigualdades.” (OLIVEIRA SOBRINHO, 2015, p. 11). Desse modo, ao aproximar o contexto social do Judiciário, dá-se um primeiro passo para que seja possível que o direito à saúde seja observado em todas as suas dimensões, para que esse mesmo contexto e as rupturas nele existentes sejam refletidas ao Judiciário, podendo assim realizar a proteção integral da saúde.

Também, no que toca ao direito fundamental à saúde, é importante frisar o direito ao desenvolvimento – vedação ao retrocesso. Os direitos fundamentais são direitos históricos, nascidos de lutas e defesa de novas liberdades, operando de forma progressiva, o que vem, inclusive, previsto no art. 3º, II da Constituição Federal. Para além de vincularem-se ao crescimento econômico de uma sociedade, pressupõe a melhoria das condições econômicas, sociais e culturais

²¹ Bem distanciado dessa norma, o texto da Carta traz um capítulo especial sobre a Ordem Social (título VIII), fazendo com que o jurista deva extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deixando para tratar, nos arts. 190-230, de seus mecanismos e aspectos organizacionais. Os direitos sociais de trabalho (art. 6º CF), educação (art. 205 c/c art. 6º CF), habitação, saúde, cultura e assistência social (art. 203) dependem, na sua atualização, da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica (KRELL, 1999, p. 241)

destes, dirigidos aos povos como um todo (NOBRE JÚNIOR, 2003, p.64-68).

O sistema Constitucional brasileiro adotou o sistema nacional cunhado Sistema Único de Saúde, voltado à proteção da saúde a partir da atenção primária, pela universalidade e integralidade hierarquizada do atendimento e também pela prioridade nas ações de prevenção de doenças e promoção da saúde (BUSSINGER, 2017, p. 80). Sobre este ponto, em um país em desenvolvimento como o Brasil, caracterizado pela premente desigualdade social, o acesso universal e igualitário à saúde, torna-se uma necessidade no ordenamento jurídico:

A garantia de “acesso universal e igualitário” às ações e aos serviços de saúde (art. 196, CF) coaduna-se, mormente em países com marcada desigualdade social como o Brasil, com a exigência de cotejo entre a necessidade da prestação postulada e as reais possibilidades do interessado (em acedê-la) e da sociedade (em oferecê-la), justificando o questionamento da equiparação entre universalidade e gratuidade de assistência. Em termos de direitos sociais (existenciais) básicos, a efetiva necessidade deverá constituir parâmetro importante na ponderação entre a gratuidade do SUS e os princípios da solidariedade, subsidiariedade, sustentabilidade e proporcionalidade. Parece razoável, portanto, que o acesso universal e igualitário aos cuidados de saúde seja conectado à perspectiva substancial do princípio da isonomia (que determina o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente), assimilado à noção de equidade (no acesso e na distribuição dos recursos de saúde), assim como ao princípio da proporcionalidade (permitindo a ponderação concreta dos bens jurídicos em causa) (SARLET, 2019, p.139-140).

No modelo Constitucional hoje vivenciado, inserido em um Estado Ativo-Responsivo, a jurisdição constitucional exerce um importante papel na efetivação dos direitos fundamentais, não podendo desconsiderar, porém “pontos nevrálgicos” como “[...] financiamento e, de modo especial, com a implantação de instrumentos que assegurem um contínuo fluxo de caixa entre os entes federativos.” (SARLET, 2019, p.139-140) e, da mesma forma, o Poder Judiciário deverá observar os problemas operacionais no SUS merecem uma atenção mais ampla do Poder Judiciário, cujas decisões também devem refletir essas preocupações.²² O Estado Ativo-Responsivo, por esta compreensão, é um Estado com responsabilidades, que advêm do fato de ser sujeito passivo principal do direito à saúde, incumbindo-lhe realizar medidas para assegurar a defesa e efetivação das prestações (SARLET, 2019, p.120), levando em consideração a estrutura do Estado e as deficiências da Saúde quando de suas decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Jurisdição Constitucional não é apenas uma defesa da Constituição contra o Estado,

²² Diversos problemas se apresentaram para a operacionalização do SUS desde sua implantação. Os principais foram: o financiamento das ações de saúde; a definição clara de funções para os três entes governamentais (federal, estadual e municipal); as formas de articulação público/privado no novo modelo de organização dos serviços; e a resistência do antigo modelo assistencial, baseado na doença e em ações curativas individuais quanto às mudanças efetivas nas práticas assistenciais. Tais dificuldades se refletiram diretamente na estruturação da área de recursos humanos no SUS (FERNANDES *et al.*, 2018).

mas é, principalmente, a garantia dos indivíduos contra os abusos do poder estatais violadores dos Direitos Fundamentais e da Democracia, por isto se fala que a Jurisdição Constitucional é de toda a sociedade. A própria densidade da regulação Constitucional das instituições e da vida política foi-se intensificando com as novas constituições²³, num movimento de progressiva constitucionalização e juridificação do processo político. O alargamento do espaço Constitucional restringe-se correspondentemente ao âmbito da liberdade de conformação do legislador. A extensão e a intensidade da sua vinculação constitucional aumentam e a sua autonomia diminui correspondentemente

Conclui-se que com a superação da velha separação dos poderes, pela nova divisão de poderes, fez com isso do Poder Judiciário uma “autoridade definida pela função que ela exerce”, ampliando o controle assumido de sua função jurisdicional, pois é legitimamente outorgado pelo Poder Constituinte. O Estado Ativo-Responsivo, nesse contexto, torna-se importante canal de efetivação de direitos fundamentais, principalmente o da saúde, que se refere à existência humana, revelada pelo princípio da dignidade humana. Paralelo à atividade exercida pelo Estado por meio da Jurisdição Constitucional, voltada a assegurar, efetivar e ampliar os direitos fundamentais, associa-se uma responsabilidade que exige que a Jurisdição Constitucional releve em suas decisões o contexto social e suas deficiências (exemplo a crise vivenciada pelo SUS), a fim de minimizar o impacto social nocivo, observando, para tanto, a sociedade em suas expressões mais atuais.

A jurisdição constitucional passa por uma transformação desde a estrutura de Estado centrada em uma separação dos poderes, transmutando para uma divisão e, na atualidade, volta-se a uma estrutura mais democrática (Ativa-Responsiva), onde a sociedade exige que o Estado seja mais sensível às transformações sociais que se modificam cada vez mais forma mais complexa, onde a Jurisdição Constitucional igualmente democratiza-se e revela-se responsável e ativa para com os direitos fundamentais, especialmente ao da saúde.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²³ La “sociedad abierta” es el prototipo diseñado en 1945 por Sir Popper como contraprograma a los sistemas filosóficos de un Platón y un Hegel, pero también al fascismo y comunismo totalitarios. Ella tiene tras de sí, como palabra y como concepto, una historia de éxito sin igual, en principio en el mundo occidental, y después de 1989, por lo menos según los textos constitucionales, también en la Europa del Este; ya es casi un “lugar común” en el buen sentido de la palabra, se encuentra incluso expresamente en nuevos textos constitucionales (por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de Perú de 1979, así como en la Europa del Este: el Preámbulo de la Constitución de Lituania de 1992: “Sociedad abierta, burguesa armónica”) y es casi indiscutida en la ciencia (véase también la sentencia del KDP de BVerfGE 5,85, especialmente 134 y ss., 197 y ss.). Jurídico-constitucionalmente, apenas ha sido tratada en una perspectiva básicamente iuscomparada. Hubo conatos de ello en la tesis “La Constitución del Pluralismo” (1980), también en la palabra de la “sociedad pluralista” (BVerfGE 52, 223, 252). Desde hace poco pasa la llamada “sociedad burguesa” a primer plano, también en los textos constitucionales (cfr. el Preámbulo de la Constitución de Chechenia de 1992: “Principios de la sociedad burguesa”). Su objetivo es fortalecer al ciudadano, moverlo hacia el centro del Estado constitucional y su sociedad pluralista, y también frente a las competencias del Estado hiperfortalecidas, así como frente al señorío del “mercado” y de los partidos políticos que se establecen en no raras ocasiones con autosuficiencia. El pensamiento desde el ciudadano y su sociedad debe limitar y corregir el tradicional “pensamiento desde el Estado”. La ciudadanía de la Unión (artículos 17 y ss. CE) contribuye a ello. Si se elaboran las garantías de apertura del Estado Constitucional con los métodos y contenidos de la teoría constitucional comparada, se puede esbozar la siguiente imagen (HÄBERLE, 2009,p. 190)

ADALID, Mario Melgar. **La judicatura y su función social**. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/23.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo; RAMOS, Itamar de Ávila; PERIM, Maria Clara Mendonça. Direito laboral a planos de saúde. **RIL**, Brasília, ano 54, n. 214, p.73-90, 2017.

FERNANDES, Lorena Estevam Martins; SOARES, Gabriella Barreto; TURINO, Fabiana, BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; SODRÉ, Francis. Recursos humanos em hospitais estaduais gerenciados por organizações sociais de saúde: a lógica do privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 955-973, dez. 2018. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1981-7746-sol00140>.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **La jurisdicción constitucional de la libertad**. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=>. Acesso em: 5 mar. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COLSON, Renaud. **La fonction de juger**. Étude historique et positive. Clermont: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en las crisis del Estado Nacional. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (org.). **Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

FERREIRA, Pinto. Jurisdição constitucional. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **O judiciário e a constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FÍX-ZAMUDIO, Héctor. La legitimación democrática del juez constitucional. *In*: FERRER MAC-GRECOS, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (coord.). **El juez constitucional: en el siglo XXI**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Tomo I.

GARAPON, Antonie. **O guardador das promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GROPPI, Tania. ¿Hacia una Justicia Constitucional “Dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Mexico, Año XXXVI, n. 107, mayo/agosto 2003. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>. Acessado em: 5 mar. 2019.

GROPPI, Tania. **Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l’italia?** Disponível em: http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Grop/Groppi_T_riformare-la-giustizia-costituzionale.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. **Direito Público**, Brasília, v. 1, n. 25, p. 189-205, 2009.

HÄBERLE, Peter. **La giurisdizione costituzionale nell’attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5kD2nCYEvSwJ:https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/HaeberleRom.doc+%amp;cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 5 mar. 2019.

HORN, Hans-Rudolf. Inintervenciones Judiciales en Controversias Políticas. *In*: HABERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo García (coord.). **El control del poder homenaje a Diego Valadés**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. Tomo I.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix. O que Marbury v. Madson tem a ver com o controle de constitucionalidade de leis na Constituição da República Federativa do Brasil? *In*: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix. **Controvérsias constitucionais atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p.239-260, 1999.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 22, p. 9-52, 1988.

LLORENTE, Francisco Rubio. Once tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa. *In*: FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes (comp.). **Tendencias actuales del derecho**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México Fondo de Cultura Económica, 2001. p. ini-fin.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Cuestiones constitucionales**. México, 2009. Disponível em:

- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/rb/rb22.htm>. Acesso em: 5 mar. 2019.
- MEZZETTI, Luca. Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale. **Estudios Constitucionales**, Madrid, Año 8, n. 1, p. 307-354, 2010.
- MEZZETTI, Luca. **Sistemi e modelli di giustizia costituzionale**. Cedam: Padova, 2009.
- NIÑO, Carlos S. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 4, p.79-88, 1989.
- NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 57-74, 2003.
- NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e sociedade**. a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.
- PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.
- RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**. Tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinello, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil**: principais aspectos e problemas. Disponível em: <https://d24kgeos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ingo.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.
- SOSA, Edgar Corzo (org.). **Justicia constitucional comparada**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.
- OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de; ARAÚJO FILHO, Clarindo Ferreira. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**: desafios do acesso à justiça. São Paulo: Unisal, 2015. Disponível em: www.lo.unisal.br/direito/semi/publicacoes/livro6/Afonso%20Soares%20de%20Oliveira%20Sobrinho%20e%20Clarindo%20Ferreira%20Araujo%20Filho.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.
- SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Jueces constitucionales**. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/inf/inf11.htm>. Acesso em: 4 mar. 2019.

Como citar: SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsla; MOZETIC, Vinícius Almada. Jurisdição constitucional e a efetivação do direito fundamental a saúde. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 45-64, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p45. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 3/07/2016.

Aprovado em: 18/03/2019.