

**Judicialização da saúde à luz do constitucionalismo transformador alemão:  
transformações demográficas na Europa**

**Judicialization of health in light of German transformative constitutionalism: social  
transformations in Europe**

**Jorge Leal da Silva, Professor Adjunto da Universidade Estadual de Tocantins  
(jorge.ls@unitins.br)**

**Rebecca Bianca de Melo Magalhães, Professora Adjunta da Universidade Federal do  
Pampa (rebeccabrasileiro@unipampa.edu.br)**

[Artigo apresentado na Conferência anual da European Society for Empirical Legal Studies, Toulouse, em julho de 2025. Registro do projeto de pesquisa: 2025/20320/000070  
Financiamento: Fundação Universidade Federal do Pampa – Código 23100.009020/2025-80 ]

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a judicialização da saúde no Brasil e em Portugal à luz do constitucionalismo transformador de matriz alemã, compreendido como um projeto de emancipação social orientado pela centralidade da dignidade humana e pela normatividade da Constituição. Pretende-se discutir em que medida diferentes arranjos institucionais, políticos e sociais influenciam a efetivação do direito à saúde, destacando tanto as convergências derivadas de tradições constitucionais e jurídicas comuns quanto as divergências relacionadas às especificidades históricas, demográficas e culturais de cada país. Adota-se uma abordagem comparativa e qualitativa, sustentada em análise documental e empírica. Foram utilizados dados secundários provenientes de organismos internacionais, como ONU, OMS, Banco Mundial e Eurostat, bem como documentos institucionais de conselhos de saúde, ministérios, observatórios e órgãos de justiça. No Brasil, a pesquisa concentrou-se em 127 decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo, sistematizadas por meio da análise de conteúdo de Laurence Bardin, com destaque para argumentos relacionados à solidariedade federativa, à incapacidade financeira dos demandantes e ao risco de colapso da ordem administrativa. Em Portugal, foram examinados relatórios do Ministério da Saúde, da

Provedoria de Justiça e do Observatório de Sistemas de Saúde, além de dados oficiais de estatísticas nacionais. O referencial teórico mobiliza a literatura sobre constitucionalismo transformador (Kotzur, Altwicker, Somek, Miles), contrastando-o com o constitucionalismo de liberdade norte-americano e enfatizando a influência da Lei Fundamental alemã de 1949 como paradigma normativo de um “constitucionalismo 2.0”, voltado à emancipação e transformação social.

**Palavras-chave: Constitucionalismo transformador. Judicialização da saúde. Direitos sociais.**

ABSTRACT: This study aims to analyze the judicialization of health in Brazil and Portugal through the lens of transformative constitutionalism of German origin, understood as a project of social emancipation guided by the centrality of human dignity and the normativity of the Constitution. The objective is to discuss the extent to which different institutional, political, and social arrangements influence the realization of the right to health, highlighting both the convergences derived from shared constitutional and legal traditions and the divergences stemming from the historical, demographic, and cultural specificities of each country. A comparative and qualitative approach is adopted, supported by documentary and empirical analysis. Secondary data were collected from international organizations such as the UN, WHO, World Bank, and Eurostat, as well as from institutional documents issued by health councils, ministries, observatories, and judicial bodies. In Brazil, the research focused on 127 decisions of the Federal Supreme Court (STF) concerning the provision of high-cost medicines and medical supplies, systematized through Laurence Bardin’s content analysis method, with particular attention to arguments related to federal solidarity, the financial incapacity of claimants, and the risk of administrative collapse. In Portugal, reports from the Ministry of Health, the Ombudsman, and the Health Systems Observatory were examined, alongside official national statistics. The theoretical framework draws on the literature on transformative constitutionalism (Kotzur, Altwicker, Somek, Miles), contrasting it with the American constitutionalism of liberty and emphasizing the influence of the 1949 German Basic Law as a normative paradigm of a “constitutionalism 2.0,” oriented toward emancipation and social transformation.

**Keywords: Transformative constitutionalism. Judicialization of health. Social rights.**

## 1. Introdução

A **judicialização da política** é um fenômeno mundial em rápida expansão, compreendido como uma alternativa para garantir direitos constitucionais e fundamentais.

No caso específico das questões de saúde, o fenômeno é capaz de gerar efeitos notáveis sobre o sistema de saúde, a administração pública e a sociedade civil. Este estudo se dedica a levantar e discutir possibilidades de **Gestão Social como caminho doutrinário**, fomentando e fortalecendo o diálogo interinstitucional.

“Embora a aspiração da cobertura universal de saúde seja a igualdade e a inclusão, a realidade é que o acesso a serviços, bens e instalações de saúde de boa qualidade é determinado, entre outros fatores, pela riqueza, privilégio, influência, status marginalizado, identidade e local de residência. A existência de desigualdades marcantes no acesso aos cuidados de saúde em alguns dos países mais ricos, contrastando com o sucesso de outros países em expandir a cobertura mesmo em contextos de escassez de recursos, sugere fortemente que as políticas que afetam a cobertura de saúde são frequentemente **escolhas políticas**, que nem sempre são informadas pelos recursos disponíveis ou potencialmente disponíveis para a saúde.”

*(Relatório da Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2019)*

Recorremos à literatura sobre **constitucionalismo transformador** (Kotzur, 2025; Altwicker, 2011) para estabelecer comparações empíricas entre Portugal e Brasil, ambos identificados com a tradição do constitucionalismo alemão.

“O constitucionalismo manifesta-se de forma plena nos momentos em que a decisão de um tribunal — ou mesmo dos poderes políticos — não seria aquela à qual a maioria da população provavelmente chegaria. Ainda assim, tais decisões tendem a ser as mais essenciais e difíceis para uma corte tomar.”

*(Miles, D., 2021)*

As instituições constitucionais americanas foram moldadas pela ideia de **conter o Estado** — o que Miles denomina “constitucionalismo da liberdade” —, preservando assim uma zona de liberdade para o cidadão. Em contraste, o **constitucionalismo da dignidade**, altamente

normativo, fundado na **Lei Fundamental Alemã de 1949**, buscou estabelecer uma relação entre o indivíduo e sua comunidade baseada na **dependência mútua e no compromisso com o coletivo**, sem violar o valor individual da pessoa.

Somek (2014) argumenta que o “reconhecimento razoável do valor supremo da dignidade humana e dos direitos humanos” que emerge após 1945 — o que ele chama de “**Constitucionalismo 2.0**”, materializado na prática constitucional da Lei Fundamental alemã — ajuda a compreender o constitucionalismo como **um projeto de emancipação**.

Em matéria de saúde, Portugal apresenta um desenho institucional mais central, no que respeito à forma de distribuição de competências e arranjo de governação deste instituto. Entretanto, em outras temáticas, os serviços públicos têm sido mais descentralizados quando da oferta em 308 municípios portugueses. Essa alternância de formas no provimento dos direitos sociais nos chama atenção. Em contraste, no Brasil a judicialização do direito à saúde é um fenômeno mais presente em que mecanismos jurídicos são mobilizados por cidadãos para reivindicar ao Estado insumos e serviços públicos de saúde. Partimos do pressuposto de haver interferências entre a formulação e a implementação de políticas públicas de saúde ocasionadas pela anatomia organizacional típica de países latinoamericanos.

A partir da seleção dos dois casos, construímos um comparativo considerando os desdobramentos do movimento constitucionalista transformador na Europa (com fortes referências ao modelo alemão) para evidenciar transformações sociais agravadas pelas altas taxas de envelhecimento e o declínio populacional, que reforçam a necessária política de cuidados em saúde. Referimos a literatura do constitucionalismo (Altwicker, 2011) transformador (Kotzur, 2025) a traçar comparações empíricas com as transformações demográficas da Europa, com olhar para o movimento de pessoas no espaço comum europeu a procura de melhores condições na oferta de saúde.

Em termos metodológicos, empregamos pesquisa documental e análise crítica de discurso sobre o corpus de 127 julgados das subjacentes cortes constitucionais (Portugal e Brasil). Para além das categorias fundamentadas em literatura especializada, identificamos 10 subcategorias de análise que agrupam, sistematicamente, os argumentos jurídicos para o não provimento de recursos jurídicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em complemento, revisamos a literatura de políticas públicas empregando bibliometria em

conjunto com a *Methodi InOrdinatio* (método estatístico de revisão sistemática de literatura). Identificamos 122 artigos a mostrar que a abordagem da Judicialização 2.0 (judiciário mais flexível) e a criação de Núcleos de Assistência Técnica (que apoiam decisões judiciais mais técnicas) apresentam-se como soluções institucionais centrais ao processo de implementação das políticas de cuidado à saúde. Em complemento, apontamos que os trabalhos da comissão e da corte Interamericana de Direitos Humanos são analisados à luz da “arena internacional possível” ao fortalecimento do Judiciário Europeu-Português colaborador aos interesses de bem estar. O ineditismo dos achados da pesquisa repousa na sistematização dos principais debates acadêmicos que se referem à saúde, cuja relevância gerencial informa a acadêmicos e gestores públicos (implementadores) a extração das experiências vivenciadas pelos entes da federação e inspirações úteis para a articulação entre a formulação e a implementação das políticas públicas de saúde. Já a organização sistemática dos argumentos jurídicos utilizados nos casos julgados apresenta-se como contributo para profissionais das áreas do Direito Público.

Os resultados apontam para semelhanças estruturais significativas: em ambos os países, a saúde é reconhecida como direito constitucional, os sistemas universais foram instituídos na segunda metade do século XX e a tradição jurídica é marcada pelo *civil law*, com Judiciários burocráticos e estruturados hierarquicamente.

Também há convergência no uso da regionalização como estratégia para viabilizar a cobertura universal. Contudo, as diferenças são profundas quanto à operacionalização desses princípios.

No Brasil, observa-se forte institucionalização da participação social (conselhos e conferências), descentralização político-administrativa e um protagonismo marcante do Judiciário na concretização de direitos. A judicialização é recorrente e legitimada socialmente, funcionando como canal de efetivação da saúde em diálogo com movimentos sociais e políticas públicas, incluindo mecanismos de apoio à litigância, como o NATJUS. Já em Portugal, prevalece a lógica da desjudicialização: a universalidade é condicionada por políticas governamentais, como a introdução de copagamentos, e a participação social é menos institucionalizada, com predomínio de modelos tecnocráticos de deliberação. Nesse contexto, o Executivo assume a centralidade na implementação do direito à saúde, enquanto o Judiciário mantém atuação mais restrita e deferente às escolhas administrativas.

A análise comparada permite concluir que a judicialização da saúde deve ser compreendida como fenômeno relacional, dependente de legados institucionais, culturas políticas e escolhas constitucionais específicas. No Brasil, a efetividade do direito à saúde está fortemente vinculada ao ativismo judicial e à mobilização social, configurando o Judiciário como ator político central na arena da saúde. Em Portugal, a garantia desse direito se materializa principalmente por meio de políticas administrativas conduzidas pelo Executivo, em um cenário de menor ativação judicial e participação cidadã. A comparação evidencia que a efetivação de direitos sociais não se explica apenas pela disponibilidade de recursos econômicos, mas sobretudo por trajetórias institucionais e modelos constitucionais distintos, que condicionam tanto as formas de reivindicação quanto os mecanismos de resposta estatal. Ao iluminar essas diferenças, a pesquisa contribui para o debate sobre os limites e potencialidades do constitucionalismo transformador no campo da saúde, oferecendo subsídios para pensar alternativas de gestão social e de diálogo interinstitucional capazes de conciliar universalidade, sustentabilidade e efetividade.

## 2. Referencial teórico

### 2.1. Contexto do Direito Internacional

Reconhecido internacionalmente pela primeira vez na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, o direito à saúde encontra sua formulação mais abrangente no artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nesse dispositivo, os Estados-partes reconhecem o direito de toda pessoa ao mais alto nível possível de saúde física e mental. O direito à saúde também é assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outros tratados internacionais de direitos humanos, tanto em âmbito global quanto regional.

No contexto do acesso a medicamentos, tecnologias e terapias em saúde, destaca-se a relevância do direito de usufruir dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações, com ênfase na acessibilidade das inovações essenciais para uma vida digna.

Em que pese o disposto na seção 2 a que trata das funções da comissão Interamericana de Direitos Humanos de “estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América” (Art. 41, item a, Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), sugere-se, neste artigo, a incorporação não apenas do *Ius Constitutionale Commune* da América Latina (ICCAL) como parâmetro de direito comparado, mas também a coleta de

diferentes casos de gestão da saúde, explorando os pontos de sucesso e falhas da implementação da política pública de saúde de cada país (e exemplo do caso chileno que informa desdobramentos recentes de uma nova constituinte em matéria de saúde). Complementarmente a esse exercício comparativo, os benefícios das experiências estrangeiras também apresentam-se necessários ao conjunto relacional Judiciário-Executivo, reduzindo, ocasionalmente, a alegada carga de responsabilidades delineadas pelo constituinte ao Poder Executivo.

Reforça-se um judiciário colaborador (e não apenas cooperador) disposto a repercutir os trabalhos da comissão a “distintos níveis de poder de decisão jurisdicional”.

Trata-se de consagrar escala de atuação multilateral à medida que o agir da comissão reverbera ao conglomerado de países aderentes aos termos, ainda que parciais, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Isto posto, afirma-se haver, a respeito do compilar experiencial entre países e cortes constitucionais, fundamentos empíricos para a subsunção do direito à saúde enquanto direito humano, havendo, nas diretivas e dinâmicas comunicacionais da comissão, a incorporação de tais direitos em conjunto e não em separado. Que se quer dizer é que a consciência coletiva, antes de assim a ser, deve ser estimulada, institucionalmente, por meio de frameworks de iniciativa, como da própria comissão, sugestivamente. Inserindo-se, seguramente, no ciclo hermenêutico-ontológico da construção do ser consciente daquilo que lhe é assegurado e lhe pertence (ou possa vir a pertencer).<sup>89</sup> Ancoradas na grande Teoria da Educação de Jhon Dewey, as soluções pragmáticas de cunho pedagógico-educacional também se apresentam como portal adicional a iniciativas de fortalecimento dos trabalhos da comissão. Em avanço, é em somatória às ontologias do ser vulnerável latino-americano que as soluções a controvérsias das questões de direito e dos dilemas de gestão (decisão alocativa de recurso que decide quem vive e quem morre, os gargalos de processo, a bioética etc.) requerem ações pragmáticas, genuinamente representadas nas ações de estímulo à consciência de Direitos Humanos da capitaneada pela Comissão.

Conscientizar significa antes conhecer o histórico do processo da construção do estoque de significados de direitos — afinal, o que é ter direito? Se o Estado for incapaz de o prover, a sua eficácia é afastada do instituto da violação ou relegada ao lamento do “deveria mas não o fez”? — produzidos no conglomerado “América Latina”. E cabe à comissão tomar ciência da pluralidade a que se reveste tais signos, para, assim, disponibilizar o significado uno da violação de direito e da responsabilidade dos Estados-nacionais frente a essa violação.

Tornando-se central, nesse processo, a conformação de um “bloco constitucional comum”, internacionalmente compartilhado.<sup>91</sup> Por movimentos de acesso à consciência, postula-se em Deweys o afastar das subjetividades acentuados pela variância dos modelos cognitivos para a consciência de direito constituída socialmente. Ou seja, novamente pelo caso do Brasil, os esforços dos trabalhos de estímulo à consciência, partindo do ideal de redução da judicialização, devem enveredar-se para o mundo das possibilidades de pressão sobre o gestor. Fazendo-o agir, preventivamente, às demandas de saúde, evitando-se, litígios futuros. Em linha, consta o ato de formular recomendações para os Estados-nacionais,

Com base na toada da recomendação (Art. 41, item b, Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), se orientam as principais funções da comissão, retratadas, neste artigo, com base no banco de experiências que se poderia construir no rol das atividades cotidianas da comissão, facilitando a elaboração de relatórios técnico-jurídico e também de gestão, ambos úteis não apenas para as trocas de experiências, mas também para a assertividade e precisão das recomendações que lhe compete. Se organizados e disponibilizados a gestores públicos, apresentar-se-iam ainda mais úteis. Não há dúvida de que o fluxo de trabalhos da comissão tende a aumentar à medida que o alcance de efetivação dos direitos humanos encontra-se abalado. No entanto, cumpre relembrar que suas ações se consagram como juízo opinativo que não se confunde com parecer a gerar, necessariamente, implicações vinculativas na esfera civil, administrativa e criminal. A finalidade dos atos de recomendação da comissão reveste-se do múnus da ética, cuja força ancora-se no comportamento estatal esperado. A fundamentação dessa sacra força estruturante do tecido social encontra, no pragmatismo e no instrumentalismo de Jhon Dewey, professor da Harvard Kennedy School, frameworks claros da atuação da comissão enquanto a figura do mediador ombudsman entre aqueles marginalizados e o Estado (e seus comandantes) arbitrário. Por seu turno, os trabalhos da comissão apresentam-se como respostas às insuficiências do controle político e administrativo-doméstico aproximando-se mais de uma tipologia de controle “desformalizado” regionalmente.

## 2.2. Rede representativa da gestão de saúde

Quando propusemos a pensar “Avanços no debate da Judicialização da saúde”, assim o fizemos em extensão ao que identificamos na literatura internacional e nacional sobre o

tema. Isso porque não estávamos convencidos e convencidas de que houvesse o esgotamento das possibilidades de atuação conjunta entre os Poderes Executivo e Judiciário nesta literatura. Esperávamos encontrar, em especial, soluções “outras” para além da abordagem clássica da administração de materiais, da logística, de suprimentos e dos modelos de gestão e coordenação de pessoas no processo co-produtivo e colaborativo em políticas públicas. Essa solução “outra”, a que referimos nos próximos parágrafos, resgata, no ambiente externo: o ambiente internacional enquanto arena possível a se manifestar a colaboração entre esses poderes do Estado para então pensarmos um constitucionalismo latinoamericano.

Já em funcionamento, tem-se, por exemplo, pioneiro no Brasil, o “Núcleo de Assessoria Técnica da Magistratura (NAT), hoje denominado de Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NAT JUS, conforme Resolução 238 de 2016 do CNJ, tem sua origem nas demandas por retrovirais para tratamento da AIDS” no Rio de Janeiro (NATJUS/RJ). O NATJUS também está presente em outros estados brasileiros. A atuação colaborativa do Poder Judiciário, em conjunto com o Poder Executivo frente à judicialização da saúde, é, sem embargo, a mais profícua das alternativas pensadas por acadêmicos do Direito Público e Constitucional e da Administração Pública e Governo. Especialmente quando se pensa que a implementação das políticas públicas requer atuação conjunta e solidária dos poderes estatais, explorando, se necessário, a interdisciplinaridade do conhecimento teórico-empírico disponível em ambas as áreas.

A respeito dessa linha de desenvolvimento, essa seção considera o contexto latino-americano enquanto hospedeiro de 6 dos 20 países mais desiguais do mundo, dado inicial suficiente para inferir que há unicidade, subalternização desenvolvimentista a países do norte global, similaridades, históricos e experiências de gestão (especialmente) interessantes a se partilhar na arena internacional, agora espaço de fortalecimento possível à colaboração entre cortes constitucionais (e seus respectivos sistemas judiciais) e ações de competência do Executivo de plantão. Neste limiar, os direitos humanos, o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana (Art.5º CF/88 de 1988), apresentam-se enquanto frames possíveis à judicialização da saúde em sua abrangência e congruência territorial, cultural e política latino-americana. São preceitos jurídicos que acompanham a organização de elementos do Estado, incorporados enquanto cláusulas pétreas no ordenamento jurídico pátrio, para citar o caso do Brasil.

Com atenção às eventuais especificidades do caso concreto de diferentes países, impõe-se como subsunção, o diagnóstico do fato jurídico que se apresenta aos países inscritos na realidade latino-americana e quais os enquadramentos jurídico-legais possíveis a se fazer em cada caso. Nesse caminho e em exercício aplicado, considerando que pelo menos 6% da população mundial é acometida por doenças raras, aquelas não resolutas com o mais avançado conhecimento das ciências médicas, cumpre observar o caso dos medicamentos de alto de custo no Brasil, cujos fármacos desenvolvidos pelas indústrias farmacêuticas apresentam-se se como o único meio possível ao alcance de um estado próximo do conceito de bem-estar ao paciente. Afinal, comumente trata-se de solução farmacológica a cumprir com a função da melhoria da qualidade de vida daquele enfermo que já lida com a severidade da doença.

Assim, tomando como exemplo a clássica falta de medicamentos de alto custo para o cidadão brasileiro, a situação prevê a demanda por saúde diretamente ao Poder Executivo. Logo, a proposição lógica é simples: se não tem medicamento, não há amparo (fato jurídico). Nesse limiar, e em inquérito à busca por culpados pelo patente desamparo aos sujeitos de direito, não raramente a visão da gestão pública tem sido a de que atuação do Judiciário (com o proferir sentenças, sobretudo) repercute, negativamente, no funcionamento do ciclo das políticas públicas. Isto de tal sorte a fomentar guerras narrativas interpeladas por novos processos de nomeação aos juízes, agora lidos como “invasores”, “ditadores”, “deuses”, “parasitas”, “interventores” ou qualquer outro léxico a inscrever e produzir sentidos pejorativos à consagrada atividade judicante. Isto é, ao falhar, o Poder Executivo informa ao Judiciário nítidos problemas da saúde pela simples exposição da questão de direito. Cumpre lembrar que esse fato se enquadra na lei quando o ordenamento jurídico afirma que o cidadão tem o direito à saúde, à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos (Art. 5 CFRB de 1988). Quanto ao nexos de causalidade inerente à subsunção, que, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, aponta a relação da ação (ou omissão) com o resultado respectivo (falta de medicamento),

o resultado das falhas de gestão passa a ser claro: o não provimento da proteção à saúde implica a conclusão de que o Estado, mesmo tendo a obrigação de provê-lo, não o concretiza.

Em complemento, o diagnóstico da situação de agravamento da saúde pública brasileira se confirmou nos estudos levantados, havendo, como norte comum, o questionamento de onde está a origem da questão de direito (a controvérsia): notadamente as falhas da implementação.

Não raramente, a falta de políticas públicas eficazes e eficientes apresentou-se como crítica a ser diluída pelo Poder Executivo. Todavia, aponta--se, nessa seção, que aperfeiçoamentos no processo de implementação da Política Pública de Saúde podem se dar com base nos trabalhos desenvolvidos a respeito da comissão e da corte Interamericana de Direitos Humanos, dada a visão integrativa em que este artigo se inscreve. Em que pese a abordagem clássica sobre a gestão da política pública se dar no âmbito do poder Legislativo (explorando as dinâmicas da agenda-setting) e Executivo (abordagens do governo em ação em associado à Teoria da escolha pública), a presente proposta explora a “atuação 2.0 do Judiciário” em três eixos:

a) representada na troca de experiências entre países (no âmbito dos trabalhos da comissão);  
b) relativa ao auxílio mútuo (mensurado pelas iniciativas de cooperação e colaboração no âmbito da comissão) e c) em eventuais penalidades como forma de pressão externa ao país violador de um *ius constitutionale commune* (no âmbito da corte).

a) Sobre a troca de experiências entre países no âmbito dos trabalhos desenvolvidos pela comissão Interamericana de Direitos Humanos, trata-se do fortalecimento, em associado, de dois polos de trabalho: do estímulo à consciência e da formulação de recomendações.

### 3. Metodologia e Dados

#### 3.1. Desenho de Pesquisa e Metodologia

Recorremos à literatura do constitucionalismo transformador para possibilitar a comparação entre Portugal e Brasil no contexto da elevada judicialização da saúde, contrastando semelhanças e diferenças entre ambos.

A escolha dos casos de Brasil e Portugal baseia-se em diversas razões: (1) as semelhanças entre seus sistemas de saúde e de justiça; (2) a ampla disponibilidade de dados empíricos que permitem identificar tanto convergências quanto divergências; (3) possíveis legados institucionais resultantes do passado histórico que os vinculou em uma relação colonial — ainda que, neste estudo, o foco esteja nos desenhos institucionais compartilhados, sob a perspectiva de *path dependence*.

A pesquisa se insere nos debates sobre o judiciário como ator político central e seu papel no contexto das transformações sociais. Portugal, como caso representativo da Europa, enfrenta altas taxas de envelhecimento e declínio populacional, o que reforça a necessidade de políticas de atenção à saúde.

O percurso metodológico foi dividido em duas fases. Na primeira fase, operamos a pesquisa documental para levantar julgados do STF em matéria de fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo. Para capturar os julgados que versavam sobre essa temática, inserimos, no campo de busca do site do STF (<http://portal.stf.jus.br/>), em “consulta de jurisprudência”, palavras-chave como “saúde”; “fornecimento”; “medicamento” e/ou “medicamentos” e “alto custo”. Essas são as strings que representam o protocolo de busca padrão para que qualquer terceiro consiga coletar os dados que utilizamos. O período de coleta dos dados se deu entre 4 e 21 de novembro de 2019 (Limitação do tempo - JORGE DETALHAR MAIS AQUI). Nessa ocasião, os dados foram extraídos sem a determinação específica de períodos e sem a restrição de âmbito de atuação do poder público, ou seja, consideramos as contestações empreendidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios brasileiros.

Utilizamos quatro pré-categorias de análise estabelecidas com base em literatura especializada relacionada à “responsabilidade solidária entre os entes federados”; “comprovação de hipossuficiência”; “imprescindibilidade do medicamento” e “risco à ordem econômica da administração pública”. Para o seu tratamento e análise, utilizou-se o método da análise de conteúdo de Laurence Bardin com vistas a sistematizar os argumentos utilizados nos 127 julgados incorporados em nosso corpus.<sup>69</sup> Por fim, disponibilizamos os nossos dados como forma de garantir a repetibilidade e a reprodutividade da pesquisa. Fazemos isso de acordo com o CC0 “Public Domain Dedication” do Repositório de Dados da Harvard Dataverse, do qual armazenamos os dados da pesquisa.<sup>70</sup> De acesso público e gratuito, os dados em Excel workbook estão organizados em sete abas a mapear nosso processo de tratamento, categorização e subcategorização, a saber: “dados brutos”; “julgados por região do país”; “frequência de razões” (evidenciando a quantidade de vezes que os argumentos são invocados nos julgados analisados); “total de julgados do corpus”;

“Medicamentos, insumos e doenças envolvidas”; “Base de rascunho” e “Medicamentos e insumos por região do país”. Embora nosso recorte inicial tenha sido analisar, apenas, os medicamentos de alto custo, durante a coleta dos dados e a leitura dos acórdãos em sua integralidade, identificamos com base nos resultados que retornaram da palavra-chave “alto custo”, a demanda, também, por insumos de alto custo. Tais insumos vão desde a alimentação enteral, suplementar, latas de fórmula alimentar até absorventes masculinos e fraldas geriátricas descartáveis. Essa variedade de produtos demandados informa, no melhor do nosso conhecimento, a complexidade dos casos analisados e os desafios de gestão e coordenação interfederativa que orbitam sobre a judicialização da saúde. Essa adaptação de recorte analítico, durante a coleta de dados, se impôs pelo fato de que não necessariamente os julgados tratam exclusivamente da demanda de fármacos em seu uso isolado, mas do tratamento combinado com outros insumos, a exemplo dos supramencionados. Tais recortes de análises acabaram por ampliar, por assim dizer, o escopo da pesquisa que não se limitou aos medicamentos de alto custo.

### 3.2. Dados

Foram levantados dados secundários provenientes de: (1) Eurostat; (2) Instituto Nacional de Estatística de Portugal (INE); (3) Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH); (4) Organização Mundial da Saúde (OMS); (5) Banco Mundial. Também considerados os seguintes documentos institucionais: (1) Textos constitucionais de ambos os casos (*constituteproject.org*); (2) Conselhos participativos, instituições jurídicas e de saúde; (3) Relatórios do Observatório Português dos Sistemas de Saúde, do Ministério da Saúde, da Provedoria de Justiça, no caso português e, por fim (4) Relatórios do Conselho Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no caso brasileiro.

Foi realizada pesquisa documental para identificar decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo. As decisões estão disponíveis no site oficial do STF (<http://portal.stf.jus.br/>).

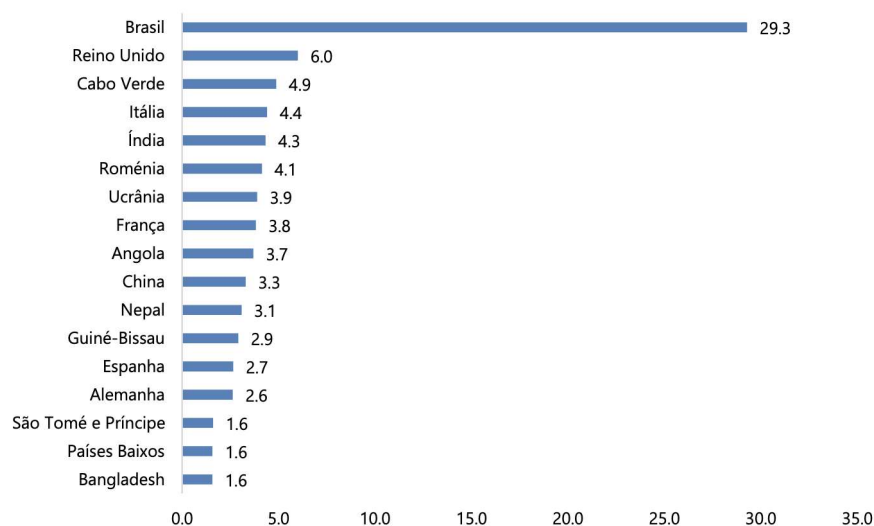
Palavras-chave utilizadas: “saúde”, “fornecimento”, “medicamentos”, “alto custo”, “responsabilidade solidária entre entes federativos”, “comprovação de hipossuficiência financeira” e “risco à ordem econômica e administrativa”.

Para o processamento e análise dos dados, foi empregada a análise de conteúdo de Laurence Bardin, sistematizando os argumentos utilizados nas 127 decisões incluídas no corpus da pesquisa.

### 3.1 Resultados e Percepções Iniciais

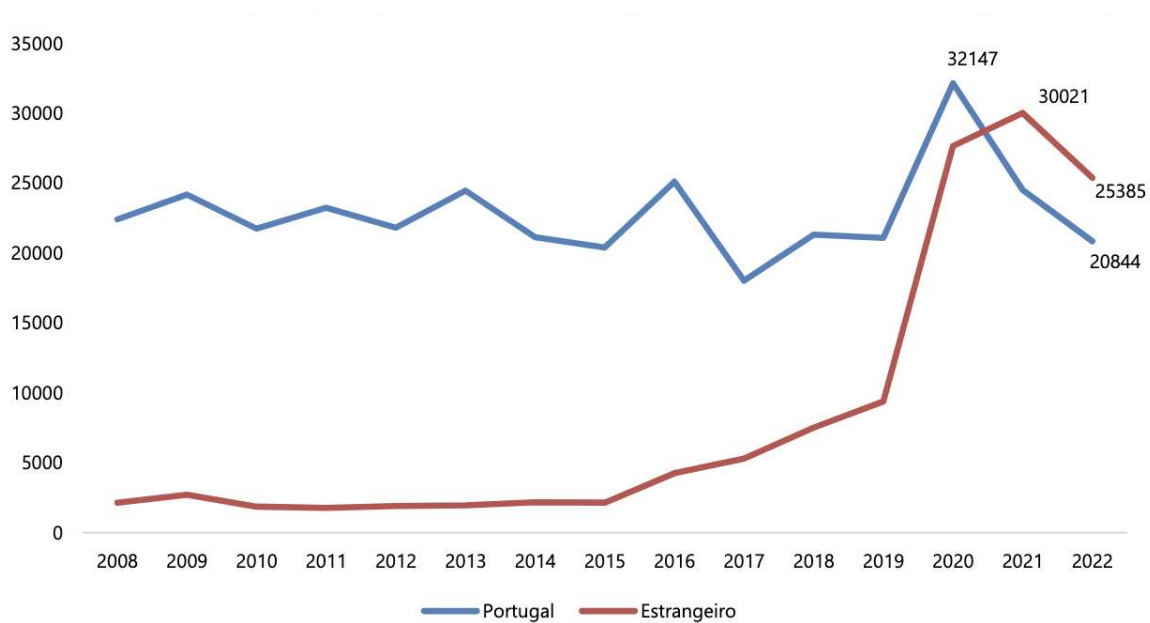
Confirmamos, conforme esperado, que Portugal representa bem as transformações demográficas europeias, com base nos pedidos de nacionalidade por tempo de residência — sendo a maioria dos imigrantes brasileiros.

**Figura 1: População que adquiriu nacionalidade por tempo de residência**



Fonte: Eurostat, Pordata.

**Figura 2: População estrangeira desagregada por país de origem**



Fonte: INE, Pordata.

A partir das análises iniciais, o caso brasileiro apresenta-se com cobertura universal e altamente judicializado. Por seu turno, Portugal é um caso de alta centralização e baixa judicialização no tocante à políticas públicas de saúde.

As estratégias de reivindicação e contestação diferem porque há incentivos e condições que influenciam a atuação dos atores sociais em ambos os países — e, conseqüentemente, a forma como o direito à saúde é concretizado. Essas condições envolvem três tipos de relações (Asensi, 2013), conforme sintetizamos no Quadro 1:

### Quadro 1. Estratégias de reivindicação e contestação em perspectiva comparada

Questão	Brasil	Portugal
Saúde e solidariedade	Forte centralidade do Estado como provedor de saúde. percebem o Estado como principal responsável. Uso frequente de canais institucionais e redes de	Ênfase na responsabilidade individual pela saúde. Uso mais moderado de canais institucionais e redes de

Questão	Brasil	Portugal
	solidariedade.	
Participação social e movimentos sociais.	Cultura participativa moldada por Participação influenciada por modelos tecnocráticos europeus.	
Participação social e movimentos sociais.	Participação social e movimentos sociais.	
cultura política	ativo na formulação e fiscalização de políticas públicas.	Menor tradição de envolvimento social direto.
Judicialização	Judiciário percebido como próximo da sociedade.	Judicialização Foco em estratégias de
desjudicialização	e frequente como meio de reivindicação de direitos. Políticas priorizar de apoio à ação judicial (ex.: administrativas ou extrajudiciais. NATJUS).	desjudicialização. Tendência a soluções

Ambos os países reconhecem a saúde como direito constitucional e instituíram sistemas universais e públicos na segunda metade do século XX — embora o sistema brasileiro seja mais recente. A participação social e a regionalização dos serviços são estratégias comuns, mas executadas de maneira distinta: o Brasil possui participação social mais institucionalizada e descentralização regional mais efetiva, enquanto Portugal adota um modelo gerencial e tecnocrático. Os dois casos analisados operam sob a tradição de direito civil, com estruturas judiciais burocráticas e ingresso meritocrático na magistratura. No entanto, a principal diferença está na dinâmica “Lei nos livros” versus “Lei em ação”: no Brasil, o Judiciário desempenha papel central na concretização dos direitos, enquanto em Portugal essa função é predominantemente executiva.

Em suma, a análise comparativa entre Brasil e Portugal revela um conjunto expressivo de semelhanças temáticas estruturais, ainda que as formas de concretização institucional apresentem diferenças significativas. Em ambos os países, a saúde é reconhecida como um direito constitucional, embora no Brasil esse reconhecimento possua maior força argumentativa e aplicabilidade prática, frequentemente invocado em demandas judiciais e em políticas públicas de saúde.

No que diz respeito à contemporaneidade dos sistemas, observa-se que tanto o Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro quanto o Serviço Nacional de Saúde (SNS)

português foram consolidados na segunda metade do século XX, sob princípios convergentes de universalidade e integralidade. Apesar dessa base comum, ambos enfrentam desafios relacionados à efetividade da universalidade, sobretudo diante das restrições orçamentárias e da crescente complexidade das demandas sociais e tecnológicas no campo da saúde.

A participação social constitui um dos eixos mais contrastantes entre os dois contextos. No Brasil, ela é amplamente institucionalizada, por meio de conselhos e conferências que integram a gestão do SUS e fortalecem o controle social das políticas públicas. Em Portugal, embora haja canais formais de consulta e deliberação, a participação tende a ser mais limitada e tecnocrática, com menor tradição de engajamento direto da sociedade civil.

Outro ponto relevante diz respeito à regionalização dos serviços. Em ambos os países, essa estratégia visa ampliar o acesso e garantir a cobertura universal; contudo, a forma de implementação diverge. O modelo brasileiro combina descentralização político-administrativa e participação social regionalizada, enquanto o modelo português apresenta uma regionalização de caráter predominantemente gerencial, com menor densidade participativa e escassa legitimidade democrática.

Quanto à estrutura judicial, verifica-se a presença de sistemas burocráticos e hierarquizados, típicos da tradição do direito civil (civil law), caracterizada pela primazia das leis escritas e pela importância dos códigos jurídicos como fontes primárias de direito.

Contudo, a principal distinção emerge na relação entre a “lei nos livros” e a “lei em ação”. No Brasil, o Judiciário desempenha papel central na concretização dos direitos, sobretudo diante da ineficiência ou omissão administrativa, o que confere à magistratura um protagonismo político e social singular. Em contraste, em Portugal, a efetivação de direitos e políticas públicas é predominantemente conduzida pelo Poder Executivo, com menor ativismo judicial e maior deferência institucional às decisões administrativas.

Por fim, em ambos os países, o ingresso na magistratura é pautado por critérios meritocráticos, refletindo uma tradição de valorização técnica e profissional da carreira judicial. No entanto, no caso brasileiro, esse arranjo se associa a um maior protagonismo do Judiciário, inclusive em matérias de política pública e saúde, enquanto em Portugal observa-se uma atuação mais contida e mediada por mecanismos extrajudiciais ou administrativos.

Em síntese, a comparação evidencia que, embora Brasil e Portugal compartilhem fundamentos jurídicos e institucionais semelhantes, suas trajetórias revelam configurações

distintas de implementação e governança, nas quais o papel do Estado, da sociedade e do Judiciário assume diferentes pesos na efetivação do direito à saúde.

A análise comparativa entre Brasil e Portugal, conduzida sob a perspectiva do constitucionalismo transformador de matriz alemã, permite compreender de que modo diferentes arranjos institucionais, políticos e sociais moldam a efetivação do direito à saúde e o papel do Poder Judiciário nas transformações sociais contemporâneas.

Os resultados indicam que, embora ambos os países compartilhem tradições constitucionais e jurídicas comuns, ancoradas na centralidade da dignidade humana e na normatividade da Constituição, as formas de concretização desse projeto emancipatório divergem substancialmente. No Brasil, a judicialização da saúde assume caráter estruturante, refletindo a confiança da sociedade no Judiciário como instância de realização de direitos e compensação das falhas administrativas. O Supremo Tribunal Federal, em especial, atua como agente de transformação social, reinterpretando princípios constitucionais à luz da solidariedade federativa e da proteção de minorias.

Em Portugal, por sua vez, observa-se uma tendência de desjudicialização e de maior protagonismo do Executivo e da administração pública na implementação das políticas de saúde. A efetividade do direito constitucional à saúde decorre, assim, de mecanismos administrativos e tecnocráticos, sustentados por um modelo institucional mais estável e menos permeável à litigiosidade social.

Essas idiossincrasias revelam que o constitucionalismo transformador se manifesta de modo contextualmente dependente, assumindo configurações diversas conforme o grau de participação social, o desenho federativo e a cultura jurídica de cada país. No Brasil, a Constituição de 1988 é vivida como instrumento de emancipação, em que a sociedade se vale da via judicial para materializar promessas normativas; em Portugal, a Constituição de 1976 preserva esse potencial transformador, mas o traduz por meio de uma governança estatal centralizada e menos judicializada.

Conclui-se, portanto, que o projeto transformador do constitucionalismo contemporâneo, inspirado na tradição alemã, permanece um campo aberto de concretização e disputa. A efetivação do direito à saúde — seja por via judicial ou administrativa — expressa a tensão permanente entre normatividade constitucional e capacidade institucional, e evidencia que a emancipação social, longe de ser um ponto de chegada, constitui um processo em construção contínua dentro das democracias constitucionais.

## REFERÊNCIAS

- Biehl, J., Socal, M. P., Gauri, V., Diniz, D., Medeiros, M., Rondon, G., & Amon, J. J. (2019). Judicialization 2.0: Understanding right-to-health litigation in real time. *Global Public Health*, 14(2), 190–199. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441692.2018.1474483?scroll=top&needAccess=true>
- Carbonell, M. (n.d.). Introducción general al control de convencionalidad. Retrieved from <https://www.unam.mx/>
- Correia, F. A. (1979). Do ombudsman ao provedor de justiça. Coimbra.
- Dewey, J. (2019). Progressive education and the science of education. *Recherche & Formation*, 3(92), 71–82. <https://doi.org/10.4000/rechercheformation.5686>
- EURORDIS. (n.d.). O que é uma doença rara? Retrieved from <https://www.eurordis.org/pt-pt/content/o-que-e-uma-doenca-rara>
- Eurostat. (n.d.). Database. Retrieved June 17, 2025, from <https://ec.europa.eu/eurostat/data/database>
- Grinover, A. P. (2016). Ensaio sobre a processualidade: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. *Gazeta Jurídica*.
- Hildebrand, D. (2018). John Dewey. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/dewey/>
- König, T., & Bräuninger, T. (1996). Power and Political Coordination in American and German Multi-Chamber Legislation. *Journal of Theoretical Politics*, 8(3), 331–360. <https://doi.org/10.1177/0951692896008003002>
- Kotzur, M. (2025). Change is Possible: Transformative Constitutionalism in Germany and other countries. *Public Law*, 21(112). <https://doi.org/10.11117/rdp.v21i112.8232>
- Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Reihe Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. (2011). Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-18200-6>
- Piovesan, F., & Borges, B. B. (2019). O Diálogo Inevitável Interamericano e a construção do Ius Constitutionale Commune. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, 23.
- Piovesan, F., & Cruz, J. C. da C. (2019). Measuring transformation: At the 50th anniversary of the American Convention on Human Rights, a move to maximize its structural impact. *Harvard Review of Latin America*, 1–3.

Ribeiro, L. M., & Hartmann, I. A. (2016). Judicialization of the right to health and institutional changes in Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, 3(3), 35–52. <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/48160/29945>

Streck, L. L. (2008). *O que é isto: decido conforme minha consciência?* (4th ed.). Advogado Editora.

Ventura, C. S. (2013). O poder da recomendação. *Provedoria de Justiça*. [https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Catarina\\_S\\_Ventura\\_-  
O\\_poder\\_da\\_Recomendacao-IIIENPE.pdf](https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Catarina_S_Ventura_-_O_poder_da_Recomendacao-IIIENPE.pdf)

Von Bogdandy, A. (2015). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, (269), 13–66. <https://doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57594>

Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115, 1346