



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO E
PROMOÇÃO DA SAÚDE**

STEPHANIE CRISTINA FERREIRA PAIVA

29420

MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO- POLÍTICAS
ESPECIALIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

Lisboa

2022

STEPHANIE CRISTINA FERREIRA PAIVA



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Ciência Jurídica, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas.

ORIENTADOR: Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

LISBOA
2022

ADVERTÊNCIA

A escrita do presente trabalho segue as regras do novo acordo ortográfico. Entretanto, as transcrições e citações de obras, julgados e legislações seguem a redação original sem qualquer alteração ou adaptação.

Aos meus avós maternos, Osvaldo e Lilian, e minha mãe Karla.

Gratidão e amor eterno.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer minha mãe, pessoa tão serena, amorosa e persistente. O ser humano que sempre acreditou em mim, inclusive antes do meu nascimento, com todas as circunstâncias desfavoráveis e algumas advertências médicas. Devo-lhe a vida, duplamente.

Ao meu avô materno, Osvaldo, homem justo, generoso e bom, que por não raras vezes, foi também meu companheiro de estudos jurídico, agradeço a paciência e por me repassar todos os seus valores morais. À minha avó materna, Lilian, matriarca firme e extremamente dedicada a cuidar dos seus – especialmente desta neta que vos escreve –, agradeço pela criação e pelo suporte, que por mais rígido que fosse, sempre foi muito amoroso. És minha inspiração de força e superação.

Aos três, agradeço por todo amor, cuidado, dedicação, educação, apoio e oportunidades que me deram, assim como pelas abdições e renúncias que sei que fizeram por mim. Me faltam palavras para descrever o amor e a gratidão que sinto por vocês e por tudo que fazem por mim. A eles também há que atribuir parcela deste trabalho, pois foram, em grande medida, responsáveis pela conclusão da primeira fase deste curso. Em não raros momentos, pensei em desistir face a (falta de) adaptação em outro continente. Obrigada pela paciência, por disponibilizarem o que temos de mais preciso neste século – o tempo – para longas chamadas de vídeo, pelas idas à Lisboa e por me presentear, num passeio ao Porto, com um ser tão amoroso e fundamental para minha adaptação: Nala – minha canina, meu *amor português*, que também merece reconhecimento por ser minha companheira inseparável nesta jornada.

Ao Rafael, meu amor e companheiro de vida, pelos incentivos constantes e apoio irrestrito, bem como pela compreensão da minha ausência espiritual. Cabe agradecer também aos meus irmãos, Caroline e Luis Fernando, pela visita que acalmou meu coração, pelas risadas e momentos de descontração; ao meu afilhado, Felipe, meu *pequeno grande amor* e minha mais sofrida dor pela distância, pela inspiração de querer ser sempre uma pessoa

melhor e motivo de orgulho; aos meus primos, Júlia e Matheus, pela amizade de sempre; às minhas madrinhas, Sintia e Ana Lúcia, e minha tia Kátia, – minhas irmãs mais velhas – pelo apoio e carinho. Ao meu avô paterno, Araken, que nos deixou recentemente, por, no exercício sua vida, ter me ensinado, ainda que despretensiosamente, o valor e a segurança de estabelecermos alguns critérios objetivos nas relações interpessoais.

Às minhas colegas de Mestrado, Suzana Maria Fernandes Mendonça e Aline Regina Carrasco Vaz, pelo fundamental papel que desempenharam nesta trajetória: foram minha família do outro lado do atlântico. Aos meus amigos, colegas de trabalho e, em especial, aos meus colegas de graduação, por todos os momentos de descontração e por se fazerem sempre presentes, ainda que virtualmente.

Ao Doutor José Antônio Coitinho, Juiz de Direito e meu primeiro chefe, por me abrir as portas do Poder Judiciário, pelos ensinamentos profissionais e acadêmicos que me fizeram perceber todos os encantos do Direito Público. Ao Doutor Francisco José Moesch, Desembargador e meu atual chefe, pela oportunidade profissional, pelas diárias e sábias lições profissionais, acadêmicas e de vida, além de todo o apoio nesta fase final do curso.

Agradeço também aos meus queridos professores deste curso, Prof. Doutor Jorge Miranda, Prof. Dr. Paulo Otero, Prof. Dr. Miguel Assis Raimundo – orientador deste trabalho –, e Prof. Dr. Pedro Moniz Lopes, e demais professores que marcaram minha trajetória, cumprindo mencionar, da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, Prof^a. Dr^a. Ana Carolina da Costa e Fonseca e Prof. Dr. Luiz Fernando Calil de Freitas; do Yale Interdisciplinary Center for Bioethics, Prof^a. Dr^a. Sally Satel e Prof. Dr. Matthew Riley; e do ensino escolar Prof^a. Margareth Widholzer Galant e Prof^a. Nara Odi Castilhos Figueredo.

A todos os mencionados e tantos outros, o meu muito obrigada.

Por último - mas não menos importante - à Deus, pela vida, pelas bênçãos e, também, pelos desafios impostos que me proporcionaram aprendizados, e, principalmente, por colocar tantas pessoas especiais no meu caminho.

RESUMO

A presente dissertação aborda a temática dos deveres fundamentais, como contraponto a cultura de “subsídiodependência” e objetivando a construção de uma sociedade mais solidária, sustentável e justa. O trabalho apresenta o regime, o conceito e a estruturação dos deveres fundamentais e, após, como se estabelece o dever fundamental de proteção e promoção da saúde. Em seguida, aponta a importância da conscientização dos deveres fundamentais dos indivíduos, em especial o dever fundamental de proteção da saúde, estabelecendo como imprescindível a observância da realidade econômico-financeira do Estado na concretização de direitos fundamentais, uma vez que os custos desse direito representam custos comunitários que serão suportados essencialmente pela figura dos impostos – que por sua vez, se materializa através do dever fundamental de pagar impostos. Além disso, demonstra os significados normativos dos deveres fundamentais, seguido de sua aplicação prática em situação no âmbito da saúde.

Palavras-chave: deveres fundamentais; direitos fundamentais; sociedade sustentável; saúde; vacinação.

ABSTRACT

This thesis addresses the topic of fundamental duties, as a counterpoint to the culture of "subsidy dependence" and aiming at the development of a more solidary, sustainable and fair society. The text presents the regime, the concept and the structuring of the fundamental duties, and then, how the fundamental duty of health protection and promotion is established. Followed by, points out the importance of raising awareness of the fundamental duties of individuals, especially the fundamental duty of health protection, establishing as essential, the observance of the economic-financial reality of the State in the implement of fundamental rights, since the costs of this right represents community costs that will essentially be borne by taxes – which in turn, materializes through the fundamental duty to pay taxes. Furthermore, it demonstrates the normative meanings of fundamental duties, followed by their practical application in a health situation.

Keywords: fundamental duties; fundamental rights; sustainable society; health; vaccination.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. OS DEVERES FUNDAMENTAIS	18
2.1 UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA ACERCA DA EVOLUÇÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	20
2.2. O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: UMA CATEGORIA AUTÔNOMA ..	24
2.3. O CONCEITO DE DEVER FUNDAMENTAL	30
2.4. OS TITULARES ATIVOS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	36
2.5. OS TITULARES PASSIVOS (OU DESTINATÁRIOS) DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	36
2.6. TIPOLOGIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	38
2.6.1. DEVERES FUNDAMENTAIS CLASSIFICADOS QUANTO AO SEU CONTEÚDO	38
2.6.2. DEVERES FUNDAMENTAIS CLASSIFICADOS QUANTO AOS SEUS TITULARES OU SUJEITOS ATIVOS	41
2.6.3. DEVERES FUNDAMENTAIS CLASSIFICADOS AOS SEUS DESTINATÁRIOS	43
2.6.4. DEVERES FUNDAMENTAIS CLASSIFICADOS QUANTO ÀS SUAS RELAÇÕES COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	43
2.6.5. DEVERES FUNDAMENTAIS CLASSIFICADOS QUANTO ÀS SUAS RELAÇÕES ENTRE SI	45
3. O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE	49
3.1. O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE NO DIREITO COMPARADO – PORTUGAL E BRASIL	52
3.1.1. O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE EM PORTUGAL	52
3.1.2. O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	54
4. O EXERCÍCIO DE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE: ALGUMAS REFLEXÕES.....	66
4.1. OS CUSTOS DA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE E OS LIMITES DAS OBRIGAÇÕES DO ESTADO.....	67
4.1.1. A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA REALIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO ESTADO	71
4.2. AS LIBERDADES INDIVIDUAIS VERSUS O DEVER DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE COLETIVA	80

4. 2. 1. O SIGNIFICADO NORMATIVO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	89
4. 2. 2. O LEGISLADOR COMO “DESTINATÁRIO DE PASSAGEM” DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	94
4. 3. O DEVER DE SE VACINAR	96
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	<u>104</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>107</u>

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto é reconhecidamente amplo e complexo, porém detém notoriedade, seja em razão das normas positivadas e deontológicas sobre o mesmo, ou pelos crescentes, numerosos e relevantes conflitos que impulsiona.

Ousamos dizer que, para os desconfortáveis com a realidade judicial e – em grande medida – doutrinária brasileira, cujos indivíduos tem muitos direitos e exíguas responsabilidades¹, a realidade mais rígida e funcional portuguesa, ainda que não perfeita, enche os olhos. Nesse contexto, a doutrina dos deveres fundamentais se apresenta, de certo modo, como um passo para uma sociedade mais “justa”.

O conceito de sociedade justa, por si só, ensejaria um estudo complexo e específico. O filósofo americano Michael Sandel², professor da Universidade de Harvard, define como justa a sociedade que distribui seus bens – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias – de maneira correta, dando a cada individuo o que lhe é devido. Partindo dessa

¹ Para fins de contextualização, acrescentamos que dentro dessas poucas responsabilidades, em alguns casos, a sanção pelo descumprimento é vista com desdém. Vejamos o seguinte exemplo: o artigo 14, da Constituição Federal brasileira, diz que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;” (grifos meus). Sem emitir juízo de valor sobre a obrigatoriedade do voto, fato é que caso o eleitor brasileiro não cumpra seu dever de voto, deve justificar a ausência. Todavia, caso não justifique o descumprimento do dever, a consequência é a aplicação de multa eleitoral, que “pode variar de 3 a 10% do valor de 33,02 UFIRs, ou seja, o mínimo é R\$ 1,05 e o máximo R\$ 3,51”, segundo informações do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. O valor máximo desta multa eleitoral corresponde a menos de um euro. Nesse contexto, além do índice e abstenção expressivo, não são incomuns as declarações no sentido da preferência pela apresentação de justificativa ou pelo pagamento da multa eleitoral. Segundo a Agência de Notícias do Senado Federal, no primeiro e segundo turno das últimas eleições, as abstenções foram de 23,14% e 29,43%, respectivamente. Ainda que se pense em pandemia, nos mais recentes processos eleitorais anteriores (2018, 2016 e 2014), o índice ficou em torno de 21%. Resguardados os possíveis casos e situações excepcionais, há que devanear sobre os motivos desses índices altos. << Tribunal Regional Eleitoral – RO. Voto, Justificativa e Multa Eleitoral. 2020. Disponível em: <<https://www.tre-ro.jus.br/o-tre/ouvidoria/duvidas-frequentes/multa-eleitoral>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2020 >> e << Agência de Notícias do Senado Federal. Especialistas analisam abstenção recorde nas eleições de 2020. 2020. <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/30/especialistas-analisam-abstencao-recorde-nas-eleicoes-de-2020>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2020 >>.

² SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é a coisa certa* / Michael J. Sandel, [tradução 6ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - 6ª Edição - Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2012. p. 28.

premissa, o filósofo contemporâneo analisa três abordagens da justiça, resumidamente: na primeira, a justiça seria maximizar a utilidade ou o bem-estar – “a máxima felicidade para o maior número de pessoas”³. Na segunda, justiça significaria o respeito a liberdade de escolha – “tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um livre mercado (visão libertária) quanto as escolhas hipotéticas que as pessoas deveriam fazer na posição original de equanimidade (visão igualitária liberal)”⁴. Já na terceira, que mais nos agrada e já adianta a linha de ideias deste trabalho, “justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum”⁵.

RAWLS⁶, na obra *A Theory of Justice*, sustentava que “as circunstâncias da justiça podem ser descritas como as condições normais em que a cooperação humana é possível e necessária. Assim, (...) embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo para vantagem mútua, é tipicamente marcada por um conflito como bem como uma identidade de interesses. (...) Desse modo, são necessários princípios para escolher entre os vários arranjos sociais que determinam essa divisão de vantagens e para subscrever um acordo sobre as quotas distributivas adequadas. Esses requisitos definem o papel da justiça. As condições básicas que dão origem a essas necessidades são as circunstâncias da justiça”.

Os anseios para que se estabeleça uma fórmula racional ou procedimentos, com o fim de solucionar toda e qualquer disputa e/ ou discussão,

³ SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é a coisa certa* / Michael J. Sandel, [tradução 6ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - 6ª Edição - Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2012. p. 321.

⁴ SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é a coisa certa* / Michael J. Sandel, [tradução 6ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - 6ª Edição - Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2012. p. 321.

⁵ SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é a coisa certa* / Michael J. Sandel, [tradução 6ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - 6ª Edição - Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2012. p. 321.

⁶ Tradução livre para: “The circumstances of justice may be described as the normal conditions under which human cooperation is both possible and necessary. Thus (...) although a society is a cooperative venture for mutual advantage, it is typically marked by a conflict as well as an identity of interests. (...) Thus principles are needed for choosing among the various social arrangements which determine this division of advantages and for underwriting an agreement on the proper distributive shares. These requirements define the role of justice. The background conditions that give rise to these necessities are the circumstances of justice”. << RAWLS, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge : Harvard University Press, 1999. p. 109 >>.

são louváveis, porém há que se concordar com SANDEL⁷ quando leciona no sentido de que a justiça é invariavelmente crítica, não se resumindo apenas na forma correta de distribuição das coisas, mas também diz respeito a forma certa de avaliar as coisas.

Apesar de tentadora a discussão sobre *justiça*, este não é o enfoque objeto do trabalho, portanto, nos limitaremos apenas aos breves comentários feitos, pois essenciais para a compreensão da hipótese que será proposta no presente estudo.

Com efeito, a evolução da sociedade trouxe novos problemas a serem enfrentados pelo Direito. Proporcionalmente a esse progresso, o florescimento da *sociedade da informação* vem desequilibrando a balança interior dos indivíduos relativamente as insignificâncias que preenchem o cotidiano de cada um e a grandeza dos problemas cuja resolução prescinde união de vontades e esforços de todos⁸.

Na temática da saúde, a dificuldade inicial reside na própria definição de saúde, como bem aponta a destacada professora portuguesa Carla Amado Gomes, sugerido, na ausência de melhor descrição, a utilização do conceito disposto no Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946), que a caracteriza como “um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”⁹.

A complexidade das problemáticas da área da saúde, por exemplo, clamam por ações que acompanhem a evolução natural da sociedade e da ciência, e que tragam alternativas jurídicas para a regulamentação e/ou

⁷ SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é a coisa certa* / Michael J. Sandel, [tradução 6ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - 6ª Edição - Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2012. pp. 322 e ss.

⁸ GARCIA, Maria da Glória. *Despertar para o bem comum!*. p. 44. In: Pato, João. Schmidt, Luisa. Gonçalves, Maria Eduarda. (organização). *Bem comum: público e/ou privado?* Lisboa : ICS. Imprensa de Ciências Sociais. 2013. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22896/1/ICS_JPato_LSchmidt_LEN.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2019.

⁹ GOMES, Carla Amado. *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa : AAFDL, 1999. p. 02.

resolução desses novos conflitos que se apresentam em decorrência dos mencionados processos de desenvolvimentos. A dinâmica intrinsecamente profunda dos chamados *hard cases*, apresentam aos profissionais do Direito, novos desafios para as atividades funcionais, cuja formação, em regra, não os preparou.

Nesse contexto, inferimos ser crescente a necessidade de se democratizar o reconhecimento dos deveres fundamentais. Todavia, refletir acerca de deveres fundamentais, ao invés de restringir a fala na liberdade e nos seus direitos correlatos e caracterizadores, bem como reconhecer a outra face – a face oculta - da liberdade e dos direitos, significa ir em sentido contrário ao estilo de linguagem contemporânea popularizada¹⁰, especialmente no Brasil – onde há uma resistente cultura de *subsídiodependência*¹¹ frente ao Estado.

No entanto, entendemos e pretendemos discorrer sobre o tema proposto, partindo da premissa de que a outorga de direitos não deve ser uma via de mão única, pois ela pressupõe que os indivíduos contribuam com sua cota-parte de diligências para a manutenção da sociedade na qual estão inseridos.

Observa-se que, atualmente, poucos falam sobre as responsabilidades e deveres, se compararmos a vasta e profunda literatura sobre direitos. A negligência para com os deveres fundamentais pode ser observada na escassez bibliográfica. Em língua portuguesa, poucos autores que se dedicaram a este assunto.

A obra “*O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*”, tese apresentada pelo Professor Doutor José Casalta Nabais, quando do seu doutoramento, surgiu como uma das mais completas sobre o assunto, ainda que com viés

¹⁰ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 163.

¹¹ Em referência a terminologia adotada pelo Sr. Prof. Dr. Jorge Miranda em: MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 42.

tributarista¹². Bem verdade que outros doutrinadores trataram do tema, contudo, majoritariamente, de forma marginal.

Frisa-se a não pretensão de colocar os deveres em pé de igualdade ou, menos ainda, à frente dos direitos, como de certo modo faz Joseph Rovin¹³ na obra “*Como tornar-se cidadão da Europa: primeiro os deveres, depois os direitos*”, pois tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional da pessoa, mas procurarmos demonstrar que os deveres fundamentais desempenham uma admirável e essencial função no caminho para a edificação de uma sociedade mais fraternal e solidária.

Nessa perspectiva, analisaremos a problemática que intitula o trabalho apresentando, inicialmente, os deveres fundamentais. Após, já introduzindo o âmbito da saúde, passaremos a temática tanto dos limites de atuação do Estado quanto as suas obrigações, sob a perspectiva do direito comparado entre Portugal e Brasil. Por fim, pretende-se expor a colisão do direito fundamental à saúde com dever fundamental de proteção e promoção da saúde, trabalhando a problemática da ponderação entre as liberdades individuais e o direito à saúde coletiva juntamente com o dever fundamental de proteção e promoção da saúde, assim como situações práticas envolvendo essa dinâmica, abordando questões práticas de grande repercussão como a questão da (não) obrigatoriedade da vacinação e da pandemia do novo coronavírus, que trouxe a recente situação de catástrofe – e de calamidade sanitária, no intuito de demonstrar a pertinência da temática.

Face ao exposto, o presente trabalho tem por objeto tratar sobre os deveres fundamentais, desenvolvendo especialmente o dever fundamental de proteção e promoção da saúde com a finalidade de verificar em que medida a contribuição dos indivíduos, com sua cota-parte de diligências, importam para a manutenção sustentável da saúde na sociedade em que estão inseridos. Além

¹² Após a publicação da tese referida, que, considerando a literatura disponível sobre o assunto, poderia ser chamada inclusive de “Teoria geral dos deveres fundamentais”, o autor lusitano seguiu com a dedicação ao estudo do tema, tendo publicado outros artigos e obras.

¹³ Na tradução de SILVA, J. Freitas, 1993, Publicações Dom Quixote, da obra publicada em Paris, com o título: *Citoyen d'Europe – Comment le devenir? Les devoirs avant les droits*.

disso, averiguar como núcleo essencial do dever fundamental de proteção e promoção da saúde se estabelece no sistema legislativo, assim como as eventuais colisões, correlações ou conexões com o conjunto de direitos fundamentais, explorando a dinâmica significados normativos dos preceitos constitucionais relativos ao dever fundamental de proteção e promoção da saúde.

2. Os deveres fundamentais

Não é incomum falarmos de crises nas quais a sociedade se imerge, nos seus mais diversos âmbitos: seja financeiro, seja sistémico, social, político, económico, da educação, da saúde, entre outros¹⁴. A propósito, tornou-se, em certa medida, um termo tão corriqueiro que, no nosso entender, passou a ter valor e preocupação relativizado pela sociedade.

Entretanto, como brilhantemente reflete GARCIA¹⁵, cabe reconhecer que a origem dessas crises, por maior e mais abrangente que seja sua dimensão, não residem sobretudo nelas mesmas, mas sim na sociedade, “no seu modo de ser como comunidade, na sua identidade feita de pessoas, livres e autónomas, na consciência que têm de si (self) e do que lhes pertence nesse âmbito”. Alinhados a esse pensamento, inferimos que, postas essas situações de crise, a análise crítica do *modus operandi* da sociedade e dos indivíduos que a integram, é medida que se impõe, caso se almeje dias melhores.

A temática dos deveres fundamentais é reconhecidamente considerada uma das mais esquecidas da doutrina constitucional, tendo em vista o ralo desenvolvimento teórico e dogmático das chamadas “situações jurídico passiva”¹⁶. Isso se explica, segundo Casalta Nabais¹⁷, pelo próprio significado, originário de Estado de Direito. Assim, a histórica relação de tensão entre o poder e o direito, levou a primazia quase absoluta à luta e reivindicação de Direitos.

¹⁴ GARCIA, Maria da Glória. *Despertar para o bem comum!*. p. 44. In: Pato, João. Schmidt, Luisa. Gonçalves, Maria Eduarda. (orgs). *Bem comum: público e/ou privado?*. Lisboa : ICS. Imprensa de Ciências Sociais. 2013. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22896/1/ICS_JPato_LSchmidt_LEN.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2019.

¹⁵ GARCIA, Maria da Glória. *Despertar para o bem comum!*. p. 44. In: Pato, João. Schmidt, Luisa. Gonçalves, Maria Eduarda. (orgs). *Bem comum: público e/ou privado?*. Lisboa : ICS. Imprensa de Ciências Sociais. 2013. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22896/1/ICS_JPato_LSchmidt_LEN.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2019.

¹⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, pp. 15 e ss.

¹⁷ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, pp. 15 e ss.

Ainda conforme o Casalta Nabais¹⁸, e também de acordo com o Prof. Dr. Jorge Miranda¹⁹ e outros, um dos fatores históricos e decisivos para esse ocorrido, foi o fato de boa parte das constituições da Europa Ocidental terem sido adotadas na sequência da queda de regimes totalitários e autoritários. E o mesmo, se observa no Brasil, tendo em vista que a constituição vigente foi adotada em 5 de outubro de 1988, após a queda do Regime Militar (1º de abril de 1964 até 15 de março de 1985).

No entanto, o que diferencia esses regimes totalitários e autoritários dos regimes de seguimento liberal e dos que buscam a democracia representativa e o Estado de Direito é a funcionalização dos direitos fundamentais aos deveres ou os “objetivos ideológicos-programáticos assumidos pelas Constituições”²⁰, ou a determinação de restrições que afetam o “núcleo essencial dos direitos”²¹.

Outrossim, em que pese não se negue a dificuldade em “determinar o alcance jurídico concreto desses deveres fundamentais”²², a consequência prática do não desenvolvimento adequado dos deveres fundamentais, em comparação ao holofote fixado sobre os direitos fundamentais, foi acentuação da liberdade individual e da perspectiva extremadamente patrimonialista do ideal liberal, que resultou em quadros de injustiça, edificando uma conjuntura social de desigualdade e de liberdade real ou material apenas para alguns²³. Ainda cabe apontar para o risco de uma possível banalização dos direitos fundamentais, haja vista que tal inflação da categoria mais nobre dos direitos pode resultar na não distinção perante os demais²⁴.

¹⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, pp. 15 e ss.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016, p. 108.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016, pp. 108 e ss.

²¹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016, pp. 108 e ss.

²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. Coimbra : Almedina, 2004. p. 161.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *Deveres fundamentais ambientais – a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental*. Revista de Direito Ambiental | vol. 67/2012 | p. 11 - 69 | Jul - Set / 2012 | DTR\2012\450452.

²⁴ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 103.

Contrario a tal concepção liberal do Direito e dos direitos fundamentais, NABAIS salienta que a progressiva valorização dos deveres fundamentais surge da necessidade de se moderar o individualismo exorbitante e o caráter excessivamente liberal tradicionalmente imputado à ideia de estado de direito²⁵.

2.1 Uma breve contextualização histórica acerca da evolução dos deveres fundamentais

Inicialmente, impende destacar que, como apontado nas linhas acima, a tradição jurídica ocidental dos últimos séculos concedeu aos direitos e aos deveres fundamentais status diferentes: aos direitos fundamentais competiu à centralidade das discussões e dos desenvolvimentos doutrinários, enquanto que aos deveres fundamentais coube à “periferia” dos estudos jurídicos.

O conceito de dever foi fruto de construções religiosas e éticas e, por muito tempo, ficou restrito a estas esferas. A sua passagem para o campo do Direito só foi concretizada com o advento da Idade Moderna²⁶. Inicialmente, havia certa confusão quanto aos conceitos de deveres morais e deveres jurídico, até que KELSEN²⁷ propôs a seguinte premissa: “O conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva e não tem qualquer espécie de implicação moral”.

Esse movimento de integração ao Direito só foi possível graças às contribuições prestadas ao humanismo jurídico e, num segunda momento, ao jusnaturalismo racionalista, bem como, posteriormente, “pelo pensamento estoico (clássico) e, nomeadamente, pelo tratado sobre os deveres (*De Officiis*)

²⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 59.

²⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015. p. 41.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* / Título original: *Reine rechtslehre*. - Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. 3ª tiragem. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 82.

de CÍCERO”²⁸. A República era, no sentido romano, o reino da virtude, e seu bom funcionamento tinha como requisito essencial o cumprimento de alguns deveres por parte de seus cidadãos. Na realidade, direitos e deveres gozavam de igual dignidade na filosofia republicana.

A influência estoica, expressada no imperativo de EPICTETO²⁹, “suporta e abstém-te”, aplicada ao individualismo, finda por romper com a ordem medieval, até então governada pela Lei Divina, e erige o indivíduo em titular de direitos e deveres. Recorda-se, ainda, que foi CÍCERO quem, já em Roma, deu seguimento ao estoicismo, tratando tanto do conceito de dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais, quanto dos deveres, em sua obra *Tratado sobre os deveres*. Logo, observa-se que direitos e deveres fundamentais partilham da mesma origem.

O humanismo jurídico e o jusnaturalismo racional, entusiasmados pelo estoicismo, deram continuidade ao processo de incorporação dos deveres ao Direito, porquanto, para aquelas doutrinas, o conteúdo do justo coincidia com o cumprimento de deveres³⁰. Ademais, no direito natural da primeira fase da Modernidade, aos direitos do homem correspondiam os deveres do homem, contudo, estes eram tidos como mera limitação daqueles³¹.

Não obstante, os direitos e deveres comungarem da mesma gênese, a vitória dos interesses da burguesia e as Revoluções Liberais dos séculos XVII e XVIII terminam por conceder primazia aos primeiros. Deste modo, passou-se “do

²⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015. p. 41.

²⁹ Conforme referido por NABAIS << NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015. p. 41 >>.

³⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015. p. 42.

³¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015. p. 42.

dever de não furtar para o direito de propriedade e do dever de cumprir as promessas para o contratualismo moderno”³².

Este processo foi tão marcante que nem a Declaração de Direitos americana (Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776) nem sua análoga francesa contêm ou deram origem a declarações de deveres, porquanto, segundo o seu ideário, em uma sociedade liberal, os deveres interindividuais se identificam com os direitos. Entretanto, os deveres dos cidadãos, como se verá, trilharam um caminho distinto³³.

Os deveres dos homens podem ser decompostos em dois blocos: os deveres interindividuais e os deveres do cidadão. Os deveres interindividuais são sancionados pelas leis civis e se prendem à noção de “liberdade dos modernos”. Tais deveres não foram enumerados nas primeiras Declarações de Direitos, pois foram concebidos como meros limites ao exercício dos direitos. Já os deveres dos cidadãos são sancionados pelas leis políticas e atrelados a “liberdade dos antigos” e, encontram-se mencionados já nas primeiras Declarações de Direitos, uma vez que são obrigações positivas face à comunidade.

³² NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015. p. 42.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra, 2004. p. 531. A Constituição de Weimar exemplifica tal argumento. A Lei Fundamental da República de Weimar, de 1919, possuía um título dedicado aos “Direitos fundamentais e Deveres fundamentais dos alemães”. Tal disposição constitucional levou a que doutrina juspublicista alemã falasse na mesma dignidade entre aquelas figuras jurídicas. Contudo, as construções jurídico-políticas nacional-socialista e comunista foram além e conferiram aos deveres fundamentais um papel central. Tanto o ideário nazista quanto o comunista não dissociavam os direitos dos deveres. Os primeiros eram fortemente relativizados pelos últimos sendo que esta visão levou à hipertrofia dos deveres e à aniquilação dos direitos. Os resultados desastrosos destas duas experiências, em grande medida, explicam a desconfiança e a indiferença com que o tema dos deveres fundamentais ainda é tratado. Vale lembrar que boa parte das constituições em vigor nasceu após longos regimes totalitários ou autoritários e qualquer sombra de sujeição foi a todo custo daquelas expurgada. A Lei Fundamental alemã, de 1949, por exemplo, não cita uma única vez a palavra dever. E mesmo as constituições que o fazem sempre os posicionam ao lado dos direitos fundamentais. Ademais, nenhuma delas lhes outorga um regime constitucional correspondente ao concedido aos direitos fundamentais. O mesmo pode ser dito em relação aos documentos de direito internacional. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, não obstante faça menção à existência de deveres fundamentais não os enumera ou tampouco os sistematiza.

Os deveres dos cidadãos encontraram abrigo constitucional, pela primeira vez, na Constituição de Massachusetts, de 1780, que afirmava que à pretensão de proteção individual conferida pela comunidade corresponde um dever de contribuição para a sua manutenção.

Por sua vez, a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, de 1789, enumera os três deveres fundamentais clássicos, a saber, o dever de obediência, o dever de pagar impostos e o dever de suportar a privação da propriedade em caso de expropriação por utilidade pública³⁴.

Importa trazer o panorama confeccionado por SARLET³⁵ - em caráter ilustrativo - do direito constitucional comparado atual:

“No âmbito da **Europa**, referem-se (...) as Constituições de Portugal (Parte I), da Espanha (Título I), da Itália (Parte I), da Bulgária (Capítulo II), da Polónia (Capítulo II), e da Turquia (Parte II). Na **América do Sul**, as Constituições da Colômbia (Capítulo V), do Paraguai (Capítulo XI) e da Venezuela (Capítulo X) dedicam seções exclusivamente aos deveres dos indivíduos, enquanto as Cartas do Uruguai (Seção II), da Argentina (Seção 41, dever de preservar o ambiente), da Bolívia (Título Primeiro), do Chile (Capítulo Terceiro) e do Peru (Capítulo III) trazem disposições sobre deveres em menor destaque ou incorporadas àquelas dos direitos fundamentais.

As Constituições **africanas** de Burkina Fasso (Capítulo I), da República Central Africana (arts. 6 e 16), do Burundi (Título II), do Congo (Título III), do Egito (Parte III), da Nigéria (art. 24), de Serra Leoa (art. 13), de Moçambique (Título III) e de Gana (art. 41), entre outras, possuem dispositivos estipulando deveres individuais. No âmbito **asiático**, podem-se citar as Constituições da Coreia do Sul (Capítulo II), de Hong Kong (Capítulo III da Lei Básica), da Índia (Parte IV A) e do Afeganistão (Capítulo II).” - Grifos meus.

Forçoso reconhecer que os deveres fundamentais do Estado liberal, além de constituírem pressupostos de existência e funcionamento do próprio Estado, não são mais que a outra face da liberdade e do direito de propriedade. Ou seja, são corolários dos direitos fundamentais da primeira geração.

³⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015. pp. 44 e ss.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais*. p. 210 In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

Entretanto, o conjunto dos deveres fundamentais foi profundamente ampliado em face das mudanças operadas pelos direitos de participação política e pelos direitos fundamentais das demais gerações.

2. 2. O regime jurídico-constitucional dos deveres fundamentais: uma categoria autônoma

Os deveres fundamentais são uma categoria jurídica autônoma³⁶, não devendo ser considerados como uma subdivisão dos direitos fundamentais, mas sim uma categoria constitucional própria colocada ao lado dos direitos fundamentais, tendo como fundamento a própria constituição. Trata-se, ainda, de categoria passiva, pois se verifica com o Estado exigindo do particular uma conduta, ou seja, o indivíduo está na posição passiva³⁷.

Para NABAIS³⁸, não há impedimento para a concepção dos deveres fundamentais como a matéria integrante dos direitos fundamentais, em sentido amplo, se exprimindo como "quase direitos fundamentais da comunidade em face do indivíduo". Para ele, a constituição de uma categoria constitucional própria, não impede - admitindo a aparência paradoxal - que os deveres fundamentais componham a matéria dos direitos fundamentais³⁹, haja vista constituírem "a activação e mobilização constitucionais das liberdades e patrimónios dos titulares dos direitos fundamentais para a realização do bem comum ou do interesse público (primário), se apresentam, em certa medida,

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7.ed. 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 533.

³⁷ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015, pp. 35 e ss.

³⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra, Almedina, 2015, pp. 37 e ss.

³⁹ No mesmo sentido, SARLET, retomando os ensinamentos de CANOTILHO, discorre sobre a existência de deveres conexos a direitos não afastar "a circunstância de que os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional autônoma, especialmente por não poderem ser confundidos com as restrições e limitações de direitos fundamentais, ainda que possam servir de justificativa constitucional para eventuais limitações ou restrições". << SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais*. p. 211 In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP) >>

como um conceito correlativo, contrastante, delimitador do conceito de direitos fundamentais⁴⁰.

O docente de Coimbra ainda acrescenta que, a dignidade da pessoa humana está por detrás da função direta dos deveres fundamentais, qual seja a dos valores comunitários, pontuando que sua realização passa pela existência de tais deveres⁴¹.

Sob o ponto de vista de VIEIRA DE ANDRADE⁴², os deveres fundamentais têm, ainda que associados ou conexos a direitos, "realidade autónoma e exterior a cada um deles, embora, na medida em que são explicitações de valores comunitários, possam fundamentar a limitação dos direitos fundamentais em geral, designadamente das liberdades".

SARLET⁴³ também entende os deveres fundamentais como categoria jurídica constitucional autónoma. Entretanto, ressalva que os deveres fundamentais se filiam, de certo modo, à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, visto que devem ser analisados "não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar"⁴⁴.

⁴⁰ NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015. p. 40.

⁴⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015. p. 38.

⁴¹ NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. - (Tese de doutoramento). Coimbra, Almedina, 2015, p. 40.

⁴² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. - Coimbra: Almedina, 2012. p. 149.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais*. p. 211 In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 226.

Entretanto, VIEIRA DE ANDRADE⁴⁵ afirma que a perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais prevalece sobre a sua perspectiva jurídico-objetiva. Ele se perfilha a este entendimento, argumentando que o postulado da razão prática determina que “a pessoa concreta necessita mais de ser protegida contra os poderes públicos (e sociais) do que a comunidade precisa de ser protegida contra o indivíduo”⁴⁶. Assim, a finalidade precípua dos direitos fundamentais, mesmo nos dias de hoje, ainda seria a proteção da liberdade e da dignidade da pessoa humana⁴⁷.

Não obstante, no Estado Democrático de Direito há uma interação entre os princípios substantivos da soberania do povo e dos direitos fundamentais⁴⁸. A importância desse equilíbrio está a evitar que, “numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais, assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre sua modelação”⁴⁹.

Observa-se, portanto, que o exercício do direito subjetivo, pelo indivíduo na esfera comunitária, deve se enquadrar nos valores da comunidade político-estatal na qual os direitos fundamentais se expressam, pois são esses axiomas que lhe conferem legitimidade.

SARLET e FENSTERSEIFER⁵⁰, ainda referem compreender os deveres fundamentais com “verdadeiros pressupostos da existência e do funcionamento

⁴⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 160.

⁴⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 160.

⁴⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 147.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais* - Vol. 1. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2016. p. 282.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais* - Vol. 1. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2016. p. 282.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *Deveres fundamentais ambientais – a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental*. Revista de Direito Ambiental | vol. 67/2012 | p. 11 - 69 | Jul - Set / 2012 | DTR\2012\450452.

do Estado e da sociedade, bem como condições e limites da fruição dos direitos fundamentais no seu conjunto e por todos os integrantes da comunidade estatal”.

Entretanto, SARLET⁵¹ esclarece que os deveres fundamentais não podem ser confundidos com os limites e com as restrições aos direitos fundamentais, ainda que eventualmente sirvam como justificativa para restringir, limitar ou redefinir do conteúdo destes “em prol do interesse comunitário (ou da assim designada responsabilidade comunitária dos indivíduos) prevalente, desde que preservado o núcleo essencial dos direitos, visto que os deveres não justificam, por si, uma prevalência apriorística do interesse público sobre o particular”.

Na concepção do professor Paulo OTERO, “cada direito fundamental corresponde sempre a uma pluralidade de deveres fundamentais”⁵², sendo a existência destes pressupostos da responsabilidade daqueles, bem como do próprio Estado e seu funcionamento⁵³. Contudo, classifica os deveres fundamentais como categoria dogmática autónoma dos direitos fundamentais, e afirma que eles revelam a horizontalização da dimensão social do ser humano, face a ideia de solidariedade baseada na dignidade humana que é fundamental em toda sociedade⁵⁴.

Quanto a essa correspondência, HESSE já havia expressado ponto de vista que se aproxima de OTERO, em certa medida, ainda que sem tratar expressamente de deveres de ordem fundamental e sua autonomia (ou falta de tal). Em seu estudo, o jurista Alemão considerou que a Constituição se converte em força ativa, se estiver presente na consciência geral, ou seja, “*não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição*”

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais*. p. 211 In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

⁵² OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais – I*. Coimbra : Almedina, 2007. p. 538

⁵³ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais – I*. Coimbra : Almedina, 2007. p. 536.

⁵⁴ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais – I*. Coimbra : Almedina, 2007. p. 538.

(*Wille zur Verfassung*)”⁵⁵. A vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) exige que os partícipes da vida constitucional partilhem da sua concepção⁵⁶. Outrossim, o desenvolvimento da potência normativa da Constituição depende de sua *práxis* e de seu conteúdo⁵⁷.

É nesse contexto que HESSE, afirma que os “direitos fundamentais não podem existir sem deveres”⁵⁸, pois num mundo em processo de constante alteração político-social, a preservação da força normativa da Constituição, e de seus princípios fundamentais, pende de a Carta Magna não estar estruturada de forma unilateral. Assim, é imprescindível que a força normativa dos princípios fundamentais incorpore, “mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária”⁵⁹.

A ideia de não termos uma separação efetiva, entre direitos e deveres fundamentais, nos parece temerária, pois, ainda que com intuito de funcionalizar os direitos, convertendo-os em deveres fundamentais, poderíamos vir a recair sobre a inadequada perspectiva de mera reflexão entre eles. Essa equação simples, seria o equivalente a substituímos o lugar proeminente do indivíduo pelo Estado e/ou sociedade.

Ainda em alinhamento, mas sob visão mais ampla, “em vez de os deveres constituírem matéria dos direitos fundamentais, seriam estes a constituírem matéria daqueles, o que vale por dizer que os direitos constituiriam

⁵⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. / Título original: *Die Normative Kraft der Verfassung*. / Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 19.

⁵⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. / Título original: *Die Normative Kraft der Verfassung*. / Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 21.

⁵⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. / Título original: *Die Normative Kraft der Verfassung*. / Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 21.

⁵⁸ No mesmo sentido SARLET: “Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério” - Grifos meus. << SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais*. p. 209 In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP) >>.

⁵⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. / Título original: *Die Normative Kraft der Verfassung*. / Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 21.

matéria da organização política e/ou da organização econômica, já que os deveres fundamentais mais não seriam do que a projecção ou reflexo subjectivo da organização política e econômica do estado”⁶⁰. Assim, ao fim, se estaria frente a um sistema singular.

Sem embargo, o Professor Jorge MIRANDA propõe a existência de um único e, de certo modo, complexo sistema constitucional, de direitos e deveres, salientando, contudo, que não deve ser compreendido como equivalência, tampouco no sentido em que cada direito corresponda a uma gama de deveres fundamentais⁶¹.

Os elementos e doutrinas reunidos permitem concluir que os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria, dotada de autonomia estrutural e funcional, pois decorrem das expressões de valores comunitários constitucionalmente assumidos. Nada obstante, os deveres fundamentais podem, eventualmente, ter seu conteúdo associado ou conexo a direitos fundamentais, sem que isso implique em prejuízo à sua natureza autônoma.

Com efeito, pode-se dizer que a aplicação dos deveres fundamentais é capaz de implicar, ainda que não seja sua pretensão, em limitação da dimensão subjetiva de direitos fundamentais e, portanto, é cogente a aplicação do princípio da proporcionalidade para assegurar que as medidas aplicadas em nome dos deveres fundamentais, estejam de acordo com o sistema constitucional vigente, e também aptas a garantir a preservação do núcleo essencial do direito fundamental que eventualmente possa sofrer tentativa de afetação⁶².

⁶⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015, p. 32 e ss.

⁶¹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina, 2016, p. 110.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais*. p. 211 In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

2. 3. O conceito de dever fundamental

Preliminarmente, oportuna a breve distinção entre dever moral e dever jurídico. O dever moral é assumido voluntariamente; um esforço que a pessoa faz sobre si⁶³, sem que haja qualquer imposição legal; uma autodeterminação, pois não se assimila a figura antropológica de um indivíduo sem deveres.

Já o dever jurídico, para NERY, é uma obrigação jurídica que “dá ensejo ao poder de coerção do credor sobre o devedor, para vê-lo cumprir, ainda que contra sua vontade, aquilo a que se obrigou”⁶⁴.

Entretanto, ainda que alguns doutrinadores não façam distinção entre os termos *deveres* e *obrigações*, entendemos necessária a explanação. MARTINS pontua que o dever jurídico transcende o direito das obrigações, uma vez que há deveres jurídicos que não geram nenhum tipo de obrigação, citando, a título exemplificativo, o direito real fundado num dever de não-intromissão da propriedade⁶⁵. SIQUEIRA assevera que “os deveres jurídicos têm um forte componente moral, enquanto no caso das obrigações jurídicas esse componente é jurídico”⁶⁶ e conclui que “o uso jurídico de uma expressão com carga mais moral que jurídica talvez seja a intenção de justificá-los ou lhes dar maior força emotiva, o que contribuiu para a consolidação de seu uso no âmbito jurídico, sendo ilógico, portanto, seu abandono”⁶⁷.

Nessa perspectiva, a opção pela expressão *deveres fundamentais* em sentido amplo, se da em razão de tratar-se de um tipo de dever jurídico, face à

⁶³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Manual de Direito Civil: Obrigações. - 1. ed - E-Book (não paginado) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Obrigações*. - 1. ed - E-Book (não paginado) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁶⁵ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *O ensino obrigatório como dever fundamental no estado constitucional democrático*. Tese de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 29.

⁶⁶ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, n. 95, abr./jun. 2016.

⁶⁷ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, n. 95, abr./jun. 2016.

sua carga moral, ainda que parte considerável desses deveres tragam obrigações. Feitas tais considerações, podemos adentrar à conceituação dos deveres fundamentais.

No conceito proposto por NABAIS⁶⁸, os deveres fundamentais são aqueles que estão implícitos ou explícitos na Constituição Federal, portanto, os deveres que não estão na Constituição seriam apenas deveres ordinários ou legais. Para ele, os deveres fundamentais, em sua totalidade, são deveres para com a comunidade (assim, deveres dos membros ou cidadãos), o que significa dizer “que os deveres fundamentais são expressão da estadualidade ao seu mais alto nível”⁶⁹.

CANOTILHO, ainda pontua que, ao contrario do que sucede com os direitos fundamentais, a constituição portuguesa não proporciona qualquer lacuna para deveres fundamentais extraconstitucionais⁷⁰, admitindo, inclusive, uma reserva de constituição quando a deveres fundamentais⁷¹. Todavia, aceita a existência de *deveres legais fundamentais*⁷².

Na mesma senda, Jorge MIRANDA sustenta que “dever é a situação jurídico passiva, pela qual uma pessoa fica adstrita a um comportamento de agir ou de não agir” e que quando os deveres decorrem de uma norma da Constituição, dizem-se deveres fundamentais⁷³. Ele refere, ainda, que os deveres constitucionais, assim com os direitos, se amparam na dignidade da pessoa humana, pontuando que “pessoa pressupõe liberdade e implica

⁶⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015. pp 62 e ss.

⁶⁹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015. p. 101.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 533.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 532.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 532.

⁷³ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 106 e ss.

responsabilidade; e, mais do que isso, como se lê no artigo 1º da Declaração universal, ‘espírito de fraternidade’⁷⁴.

Em paralelo, temos a posição de OTERO. Este julga, que assim como os direitos humanos, os deveres fundamentais integram a ‘Constituição do indivíduo ou da pessoa humana’, uma vez que o fundamento último dos deveres fundamentais se percebe no ser humano e na sua dignidade⁷⁵.

Em pensamento aproximado, VIEIRA DE ANDRADE⁷⁶ além de compreender a possibilidade de existirem deveres fundamentais implícitos na Carta Magna, argumenta no sentido de viabilizar a ampliação do rol de deveres fundamentais para fora do corpo constitucional, entendendo que “há deveres fundamentais dos cidadãos, ainda que não escritos, que decorrem da obediência de todos os homens, pelo facto de o serem, a um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem as suas relações com os outros e com a sociedade em que necessariamente vivem”.

Resistimos em concordar com a existência de deveres de ordem fundamental, cuja origem não seja objetivamente delimitada ou ainda dependa de imposição da consciência individual⁷⁷. Outrossim, o dever, e não o direito, é a figura deôntica originária e predominante na fábula humana⁷⁸. Entretanto, o constitucionalismo moderno de matriz ocidental inverteu esta lógica, uma vez que este movimento ideológico, social, político e jurídico representou a história da aquisição de direitos fundamentais e, em grande medida, a subalternização dos deveres⁷⁹.

⁷⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 109 e ss.

⁷⁵ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais – I*. Coimbra : Almedina, 2007. pp. 537 e ss. - No mesmo sentido: MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina, 2016, p. 109.

⁷⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 167.

⁷⁷ No sentido de deveres fundamentais éticos.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 52.

⁷⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 77.

Segundo KELSEN, a “concepção tradicional de que o direito é um objeto do conhecimento jurídico diferente do dever, de que àquele caberia mesmo a prioridade em relação a este, é sem dúvida devida à doutrina do Direito natural”⁸⁰ que “parte da suposição de direitos naturais, de direitos inatos ao homem, que existem antes de toda e qualquer ordem jurídica Positiva”⁸¹. Todavia, na hipótese de afastamento da suposição dos direitos naturais, com o reconhecimento apenas dos direitos estatuídos por uma ordem jurídica positiva, observa-se que um direito subjetivo pressupõe um correspondente dever jurídico⁸².

Com efeito, ainda que não se negue a existência de deveres elementares do homem para com seus pares, da qual a existência independa do Estado ou do ordenamento jurídico, até mesmo em razão da natureza política do ser humano⁸³, incumbe à constituição a missão de estabelecer os deveres morais, em homenagem ao princípio da liberdade⁸⁴.

A autora brasileira Fernanda Medeiros preceitua que “os deveres fundamentais devem ser entendidos não como limites dos direitos individuais, mas como obrigações positivas perante a comunidade”⁸⁵. Esse é o mesmo entender de Carla Amado Gomes,⁸⁶ porquanto os deveres fundamentais se notabilizam pela prescrição constitucional de “obrigações de conduta, positiva ou negativa, oponíveis à generalidade dos cidadãos, ou a certas categorias”, assim como compreende SARLET⁸⁷.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* / Título original: *Reine rechtslehre*. - Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. 3ª tiragem. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 91.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* / Título original: *Reine rechtslehre*. - Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. 3ª tiragem. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 91.

⁸² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* / Título original: *Reine rechtslehre*. - Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. 3ª tiragem. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 91.

⁸³ Cf. ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes - Edição Bilingüe - Lisboa, VEGA, 1998. p. 53.

⁸⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015. pp. 62 e ss.

⁸⁵ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 95.

⁸⁶ GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007. pp. 92.

⁸⁷ “os deveres podem apresentar conteúdo de natureza defensiva ou prestacional, na medida em que imponham ao seu destinatário um comportamento positivo ou um comportamento negativo” <<SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais*. pp. 210 e ss. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar

Portanto, percebe-se que a existência dos deveres fundamentais se coaduna com a ideia de uma comunidade que reconhece como seus os valores do Estado e compartilha da obrigação de assegurar esses preceitos, sendo “a assimetria entre direitos e deveres uma condição necessária de um estado de liberdade”⁸⁸.

Se observa, também, que as concepções de liberdade e de dignidade humana são o núcleo dos direitos fundamentais⁸⁹. Já o valor da responsabilidade está atrelado aos deveres fundamentais⁹⁰. Neste sentido, a responsabilidade pode ser concebida como corolário da liberdade e, em decorrência disto, a liberdade deve ser exercida de modo que não implique sujeição aos demais indivíduos.

Sobre o princípio da responsabilidade, décadas atrás, o filósofo alemão Hans Jonas⁹¹ articulou o imperativo de não pôr em perigo a permanência de uma vida autenticamente humana sobre a terra⁹². A frase visivelmente remonta, de modo suplementar, o imperativo categórico proposto por Kant, qual seja “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”⁹³. Desse modo, depreende-se, que, enquanto o segundo

Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP) >>.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 533.

⁸⁹ LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. 16. ed. São Paulo: Iglu, 2002, p. 63.

⁹⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 145 e ss.

⁹¹ JONAS, Hans. *Le Principe Responsabilité*. Cerf, 1997, pp. 30-46. Apud: FERNANDES, Maria de Fátima Araújo. «O Princípio Responsabilidade» de Hans Jonas – *Em busca dos fundamentos éticos da educação contemporânea*. Dissertação de Mestrado. 2002. Universidade do Porto, Porto. p. 37.

⁹² “«Age de tal modo que os efeitos da tua acção sejam compatíveis com a permanência de uma vida autenticamente humana na terra. » (...) «Age de tal maneira que os efeitos da tua acção não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida.» «Não comprometas as condições para a sobrevivência indefinida da humanidade na terra.» «Inclui na tua escolha presente, a integridade futura do homem como objecto secundário do teu querer.»” <<JONAS, Hans. *Le Principe Responsabilité*. Cerf, 1997, pp. 30 e ss. Apud: FERNANDES, Maria de Fátima Araújo. «O Princípio Responsabilidade» de Hans Jonas – *Em busca dos fundamentos éticos da educação contemporânea*. Dissertação de Mestrado. 2002. Universidade do Porto, Porto>>.

⁹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. / Título original: *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten* / Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Edições 70, Lda. p. 59.

filosofo se dirige ao comportamento privado e num nível das consciências, voltadas para o *aqui e agora*, o primeiro se reporta ao comportamento individual num plano coletivo, inclusive visando as gerações futura, na medida em que trata da manutenção da vida humana.

Nessa perspectiva, podemos observar que ambos propõem ideais de comportamentos para uma vida em sociedade, retomando a ideia de que “o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade”⁹⁴. Desse modo, resta cristalino que os deveres fundamentais, além de decorrer diretamente da dignidade da pessoa humana, como já exposto, se apoiam no princípio da responsabilidade.

Por fim, os deveres fundamentais possuem posição jurídica universal e permanente, por constituírem institutos direcionados a toda população. Os exemplos são “o dever de defesa da pátria, dever do serviço militar, deveres eleitorais”⁹⁵. Os deveres fundamentais assumem posições jurídicas essenciais, pois estão vinculados à existência, subsistência e funcionamento da comunidade organizada num determinado tipo constitucional de estado ou para a realização de outros valores da comunidade⁹⁶.

A ausência de convergência doutrinária e a escassez de obras que se dediquem ao estudo pormenorizado do tema, trazem, em certa medida, inseguranças quanto aos exatos contornos dos deveres fundamentais, dificultado uma conceituação precisa, que possa acomodar tantas divergências e ser aderida pela maioria. Entretanto, ainda que de forma primária e sem qualquer pretensão de ditar uma concepção de caráter absoluto ou definitivo, compreendemos que os deveres fundamentais são uma categoria jurídico-constitucional autônoma, que estipula aos indivíduos, na qualidade de membros

⁹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. / Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. / São Paulo, Editora Nova Cultura. 1991. p. 210.

⁹⁵ RUSCHEL, Caroline Vieira. *O dever fundamental de proteção ambiental*. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, 2007, p. 240.

⁹⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015. pp. 64 e ss.

de uma dada comunidade⁹⁷, a observância dos valores que foram apresentados sob forma de enunciados deônticos na Carta Maior, objetivando a organização do Estado enquanto instrumento de realização de outros valores mais altos, em especial a dignidade da pessoa humana.

2. 4. Os titulares ativos dos deveres fundamentais

Os deveres fundamentais são deveres jurídicos do indivíduo para com a comunidade, podendo ser exigido por esta, pois se prestam a realização dos valores assumidos pela coletividade organizada (Estado)⁹⁸. A sua titularidade ativa pode ser atribuída à comunidade estadual, à coletividade, à determinadas categorias ou grupo de pessoas, ou até mesmo ao próprio destinatário.

Por isso, adiante, iremos abordar a classificação dos deveres fundamentais quanto aos seus titulares ativos, estabelecendo as seguintes categorias: deveres clássicos ou deveres de caráter cívico-político, deveres modernos ou deveres de conteúdo econômico, social ou cultural, deveres interpessoais e deveres fundamentais para consigo próprio.

2. 5. Os titulares passivos (ou destinatários) dos deveres fundamentais

Sob a perspectiva de seus destinatários, os deveres fundamentais têm como titulares passivos as pessoas físicas ou os indivíduos⁹⁹. Desse modo, se pretende afastar, desde já, a premissa de que os deveres fundamentais são imputáveis apenas aos cidadãos¹⁰⁰.

⁹⁷ Importa ressaltar que pela expressão “membros de uma comunidade”, pretende-se trazer a ideia de posição fundamental do indivíduo na comunidade, para a realização dos objetivos comuns. Portando, não se assemelha com o ideário nazi de deveres fundamentais de “membros do povo” citado por CANOTILHO. << CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 531 >>.

⁹⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015, p. 101.

⁹⁹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 106.

¹⁰⁰ Segundo CASALTA NABAIS, essa concepção prevaleceu durante o período do estado liberal, possivelmente como um resquício do estado absoluto e/ou por reverência a um número restrito de deveres, cujo caráter nacional continua a ser predominante. No entanto, tal noção não mais

Isso porque, “tal como a cidadania, a condição dos estrangeiros, a *estrangeiria*, depende simultaneamente do Direito legislado de cada Estado e do Direito das Gentes. A diferença reside em que os cidadãos estão sujeitos direta, natural e plenamente à lei do seu país, salvas as limitações decorrentes das normas internacionais recebidas na ordem interna, ao passo que os estrangeiros – sejam cidadãos de outro Estado ou apátridas – só lhes estão vinculados transitória e precariamente e o seu estatuto é recortado a partir do Direito internacional”¹⁰¹.

Nos moldes da tese de CASALTA NABAIS¹⁰², nessa terminologia podem ser incluídas todas as pessoas, sem distinção pela sua nacionalidade, haja vista que a Constituição Portuguesa¹⁰³ equipara os estrangeiros (e apátridas) aos cidadãos nacionais em matéria de direitos e deveres fundamentais, indo muito além do mínimo exigido pelo direito internacional dos estados¹⁰⁴. Entretanto, a Constituição Federal Brasileira¹⁰⁵ acabou por equiparar apenas os estrangeiros

de adequa, especialmente no que diz respeito aos novos deveres, frutos do estado social. << NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 299 e ss >>.

¹⁰¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. / Coleção Fora de Série - 5. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2019. p. 142.

¹⁰² NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 106.

¹⁰³ “Artigo 15.º Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus 1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português. 2. Exceção-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses. 3. Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática. 4. A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral ativa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais. 5. A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu.” - Grifos meus << PORTUGAL. Assembleia Constituinte. Constituição da República Portuguesa. 1976. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 03 de agosto de 2018 >>.

¹⁰⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 106.

¹⁰⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade,

domiciliados no território nacional aos cidadãos nacionais, relativamente a tal matéria.

Salientamos, por fim, a viabilidade de não só os indivíduos serem destinatários de deveres fundamentais, mas também as pessoas jurídicas ou organizações coletivas (em sentido amplo¹⁰⁶), quando esses deveres não forem incompatíveis com sua natureza jurídica constitutiva. Nesse contexto, podemos citar, como exemplo, os deveres de proteção ambiental e do patrimônio cultural, visto que têm como destinatários estrangeiros¹⁰⁷ e nacionais, assim como as pessoas jurídicas e organizações coletivas.

2. 6. Tipologia dos deveres fundamentais

Visto o conceito e titulares - ativos e passivos - dos deveres fundamentais faz-se relevante para esse trabalho a análise da estrutura dos mesmos para que se possa entender e, posteriormente, classificar o dever fundamental de proteção e promoção da saúde. Assim, passamos a analisar as diversas formas de classificação¹⁰⁸:

2. 6. 1. Deveres fundamentais classificados quanto ao seu conteúdo

Para CANOTILHO¹⁰⁹ os deveres fundamentais podem apresentar duas formas distintas, quanto ao seu conteúdo, quais sejam: 1) deveres conexos com direitos fundamentais, deveres fundamentais não autônomos (ou deveres fundamentais correlativos a direitos) e deveres autônomos; ou 2) deveres primordialmente cívico-políticos e deveres de carácter econômico, social e

à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" - Grifos meus << BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017>>.

¹⁰⁶ Em referência às associações sem fins lucrativos, às fundações de interesse social e às sociedades.

¹⁰⁷ Conforme já referido, em nível lusitano, todos os estrangeiros e apátridas, e em nível brasileiro, todos os estrangeiros residentes no país.

¹⁰⁸ Ressalvamos, entretanto, que serão apresentadas as que, dentre o material de pesquisa, foram consideradas mais relevantes em sentido doutrinário.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 533 e ss.

cultural. Entretanto, a doutrina de CASALTA NABAIS¹¹⁰, expõem uma classificação ainda mais detalhada para os deveres.

Assim, considerando a estrutura *lato sensu* dos deveres fundamentais, passamos a expor as cinco categorias distintas de classificação, quanto ao seu conteúdo.

Inicialmente, temos os deveres positivos e deveres negativos. Os primeiros caracterizam-se por impor ao seu destinatário uma prestação de fato, como o dever de voto, o dever de serviço militar e o dever de pagar impostos. Já os segundos, são aqueles deveres de abstenção, como o dever de isenção político-partidária das forças armadas. Porém, cabe ressaltar que devido a complexidade dos deveres fundamentais, alguns deles não se encaixam apenas em uma categoria como é o caso dos deveres de proteção e promoção da saúde e de proteção do meio ambiente¹¹¹.

Além disso, quanto a determinação constitucional do seu conteúdo, podemos classificar em deveres determinados ao nível da constituição e deveres determinados na lei. Entanto estes são apenas mediatemente aplicáveis, aqueles são imediatamente aplicáveis ou exigíveis. Entretanto, apesar de possível a distinção, há discussão na doutrina no que diz respeito ao alcance referido. Para CASALTA NABAIS¹¹², CANOTILHO¹¹³ e VIEIRA DE

¹¹⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, pp. 111 e ss.

¹¹¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 112.

¹¹² “É que, os deveres fundamentais, mesmo quando estejam determinados na Constituição, não são diretamente aplicáveis, exigindo a sua aplicação a intervenção do legislador”. << NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 307 >>.

¹¹³ “Os deveres fundamentais, ou melhor, as normas da Constituição que consagram deveres fundamentais, só excepcionalmente têm a natureza e estrutura de direito diretamente aplicável (...) a generalidade dos deveres fundamentais pressupõe uma interpositiva legislativa necessária para a criação de esquemas organizacionais, procedimentais e processuais definidos e reguladores do cumprimento de deveres”. << CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 535 >>. Mesmo assim, CANOTILHO reconhece, porém, que alguns deveres, como o dever de obediência às leis e o dever de respeito aos direitos dos outros seriam de aplicabilidade imediata.

ANDRADE¹¹⁴, os deveres fundamentais não são imediatamente aplicáveis, dependendo da intervenção do legislador para regulamentá-los. Jorge Miranda¹¹⁵ pensa em sentido divergente, argumentando pela direta e imediata aplicabilidade das normas constitucionais, em geral. Como uma terceira posição, temos o jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Luiz Roberto Barroso¹¹⁶, criticando essa distinção de normas aplicáveis e não aplicáveis, sustentando que toda a norma, seja ela programática ou não, produz efeitos imediatos.

Em terceiro lugar, temos os deveres autônomos e deveres não autônomos. Os deveres autônomos são aqueles que têm o seu conteúdo excluído de direitos fundamentais específicos¹¹⁷, o que não quer dizer que não têm qualquer contato com os direitos fundamentais, mas que assumem uma relação de vizinhança com os direitos fundamentais ou, por serem deveres coligados a direitos, apresentam-se ligados aos mesmos, como por exemplo o dever fundamental de pagar impostos e prestação de serviço militar. Por seu turno, os deveres não autônomos são aqueles que coincidem, e são parte dos direitos fundamentais¹¹⁸.

¹¹⁴ “Por último, deve entender-se que os preceitos que estabelecem deveres fundamentais não são diretamente aplicáveis (a não ser que a Constituição determine expressamente o seu conteúdo concreto) e necessitam de previsão normativa expressa para serem fonte concreta de obrigações jurídicas”. << VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. - 6ª ed. Coimbra : Almedina, 2019, p. 155 >>.

¹¹⁵ “O postulado da aplicação direta das normas constitucionais é inerente à sua natureza de verdadeiras normas jurídicas, pois não se compreendem normas jurídicas que não estejam predispostas para a conformação de factos e situações ou para a produção de certos efeitos. Mais ainda, as normas constitucionais devem, tanto quanto possível, ser tomadas como aplicáveis imediatamente – portanto, como normas precativas e auto-exequíveis” << MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. / Coleção Fora de Série - 5. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2019. p. 410 >>.

¹¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 121 “(...) elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: Não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito atípico, elas invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigí-la”.

¹¹⁷ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 114.

¹¹⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 113.

Em quarto lugar, os deveres cívico-político e os deveres econômicos, sociais e culturais. Os primeiros referem-se ao comprometimento e responsabilização dos indivíduos com o funcionamento e existência do Estado. Já os segundos, demonstram a responsabilização de todos os agentes econômicos, sociais e culturais - sejam estes indivíduos ou associações integradas por eles – na conservação da sociedade¹¹⁹.

Por fim, temos os deveres jurídicos e deveres cívicos, cuja classificação tem como base o conteúdo jurídico ou não jurídico (ético) de determinado dever. Como já tratado, entendemos que a característica de dever jurídico é inerente a todos os deveres fundamentais. Nessa perspectiva, há que esclarecer que a classificação decorre da Constituição Portuguesa, cabendo destacar que os deveres cívicos detêm força jurídica atenuada em relação à dos demais deveres fundamentais e, por consequência, o legislador ordinário tem menores possibilidades de sancionar o seu descumprimento¹²⁰.

2. 6. 2. Deveres fundamentais classificados quanto aos seus titulares ou sujeitos ativos

Como resultado da sua própria natureza de dever jurídico do indivíduo para com a comunidade, podendo ser exigido por esta¹²¹, a titularidade ativa dos deveres fundamentais pode ser atribuída à comunidade estadual, à coletividade, à determinadas categorias ou grupo de pessoas, ou até mesmo ao próprio destinatário. Nesse contexto, e com apoio em NABAIS¹²², possível a classificação dos deveres fundamentais quanto aos seus titulares.

¹¹⁹ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 309.

¹²⁰ Cf. NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 310.

¹²¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015, p. 64.

¹²² NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015, pp. 102 e ss.

Primeiramente, temos os deveres clássicos ou deveres de caráter cívico-político, que são pressupostos de existência e funcionamento do estado democrático os deveres fundamentais, e tem como titular ativo o cidadão, face a sua relação com o Estado¹²³.

Por outro lado, temos os deveres modernos ou deveres de conteúdo econômico, social ou cultural, que são os deveres fundamentais frutos do estado social e guardam relação com a existência de uma sociedade, e não com um estado propriamente dito. Tais deveres se destinam a tutelar valores importantes para a sociedade, obrigando os indivíduos principalmente nas suas relações com a coletividade em geral, tendo, portanto, a coletividade como titular ativo¹²⁴.

Além disso, cabe destacar os deveres interpessoais¹²⁵, que são os deveres fundamentais, cuja titularidade ativa é atribuída à grupos ou categorias de pessoas que devem cumpri-lo enquanto titulares de direitos fundamentais. Trata-se de complexa configuração que se impõem um comportamento às pessoas em suas relações com outras pessoas. Além de ser uma exigência decorrente do direito fundamental de outros, configura-se também uma exigência comunitária face a impossibilidade de realização pelo estado¹²⁶.

Por fim, temos a peculiaridade dos deveres fundamentais até para consigo próprio. A titularidade de tais deveres pode ser confundida com a do próprio destinatário imediato, como, por exemplo, no caso do dever de proteção e promoção da saúde e do dever de proteção ao meio ambiente, onde, na hipótese de descumprimento, além de lesar a coletividade, o indivíduo acaba por lesar a si mesmo.

Assim, conclui-se que, enquanto as duas primeiras categorias tratam essencialmente de deveres dos cidadãos ou indivíduos na qualidade de

¹²³ Exemplos: o dever de votar, o dever de prestação de serviço militar, e o dever de colaboração com a administração eleitoral.

¹²⁴ Exemplos: o dever de trabalhar, o dever de cultivar a terra, o dever de escolaridade obrigatória, o dever de promover a saúde, e o de defender o ambiente.

¹²⁵ A nomenclatura adotada não faz referência ao sentido clínico, mas tão somente ao proposto por essa língua, ou seja, relativo a duas ou mais pessoas; que envolve duas ou mais pessoas.

¹²⁶ Exemplo: os deveres dos pais em relação aos filhos.

membros de uma sociedade estadual, as duas ultimas referem-se fundamentalmente a deveres inerentes ao individuo enquanto pessoa, posto que possuem um carácter pré-estadual por não decorrer tão somente da mera vontade estadual positivada, mas também de dever natural¹²⁷.

2. 6. 3. Deveres fundamentais classificados aos seus destinatários

No que diz respeito aos destinatários, os deveres fundamentais podem ser classificados em gerais ou em função de condições particulares. Enquanto aqueles constituem a regra, pois são dirigidos a todos os indivíduos, esses se restringem a um dado grupo de pessoas, sendo exceção.

NABAIS¹²⁸ propõe, também, agrupar os deveres exclusivos dos indivíduos, separando-os dos extensivos às pessoas coletivas. E, ainda, catalogar os deveres exclusivos dos nacionais em apartado dos que também são aplicáveis aos estrangeiros e apátridas que estejam ou residam em território nacional.

2. 6. 4. Deveres fundamentais classificados quanto às suas relações com os direitos fundamentais

Os deveres fundamentais também podem ser setorizados quanto ao seu nível de vinculação com os direitos fundamentais, pois assim como os direitos fundamentais, os deveres fundamentais integram a (sub)constituição do indivíduo¹²⁹, razão pela qual é possível afirmar que todos os deveres fundamentais limitam, de alguma forma, os direitos fundamentais¹³⁰. Todavia, é crucial frisar que essa ótica de pertencimento não é abalada pela situação fática

¹²⁷ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015, pp. 115 e ss.

¹²⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2015, pp. 115 e ss.

¹²⁹ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 313.

¹³⁰ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 320.

de alguns deveres não se encontrarem dispostos na fração textual da constituição destinada aos direitos e deveres fundamentais, mas sim dispersos nos enunciados referentes a organização política do estado e organização econômica da sociedade¹³¹. Isso porque os deveres fundamentais encontram seu fundamento último na concretização da dignidade da pessoa humana, como já dito anteriormente.

Nessa perspectiva, é possível identificarmos os deveres autônomos em sentido estrito, que, na qualidade de pilar de interesses constitucionalmente protegidos, são legitimadores de condicionamento ou restrições jusfundamentais¹³², contudo não possuem vinculação específica com direitos fundamentais.

Por outro lado, existem os deveres que estabelecem amputações específicas à direitos. Estes se subdividem em deveres associados e deveres coligados. Os primeiros, os deveres associados à (ou conexos com) direitos, excluem do conteúdo destes a liberdade negativa ou a faculdade de não exercício, mas, por outro lado, impõem em geral (no todo ou em parte) o conteúdo positivo dos mesmos¹³³. Já os segundos, os deveres coligados à direitos, na medida em que restringem os direitos a que estão coligados, “excluem do conteúdo dos mesmos diversas faculdades ou segmentos positivos que de outro modo integrariam o seu conteúdo”¹³⁴; são os deveres que apresentam restrições constitucionais.

Por fim, temos os deveres associados aos direitos econômicos, sociais e culturais, que ostentam uma relação estreita com estes, ao ponto de os transformar, tanto em autênticos direitos-deveres ou direitos praticamente

¹³¹ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 314 e ss.

¹³² NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 320.

¹³³ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 320.

¹³⁴ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 320.

funcionalizados, como em uma categoria própria de direitos (os ditos direitos de solidariedade)¹³⁵.

2. 6. 5. Deveres fundamentais classificados quanto às suas relações entre si

Apuradas as relações entre deveres e direitos fundamentais, apropriado é o exame das relações entre os próprios deveres fundamentais. Inicialmente se observa o exercício de um dever fundamental pode levar à materialização de um valor ou interesse comunitário próprio de outro dever fundamental. Essa dinâmica ocorre entre os deveres primários e os deveres instrumentais. Isso porque os deveres instrumentais (ou deveres-garantia) são deveres que não se justificam por si mesmos e, em que pese não traduzam valores ou interesses funcionalmente autônomos, são meio de realização de outros deveres fundamentais que são pilares de valores constitucionais próprios (os chamados deveres primários)¹³⁶. Noutras palavras, “trata-se de deveres que se consubstanciam em comportamentos totalmente autônomos uns dos outros, embora uns se apresentem como posições secundárias, posições-meio ou posições-instrumento face a outros, que se assumem como posições primárias ou posições fim”¹³⁷. A título exemplificativo, podemos citar o dever de serviço militar (e seus substitutos) face ao dever de defesa da pátria, uma vez que o segundo representa o dever principal, no que se refere aos valores de independência nacional e de integridade do território, porém tais valores também se consolidam com o exercício do primeiro.

¹³⁵ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 320. Ademais, NABAIS ainda traz amostras para melhor elucidar “...Como exemplo dos primeiros, temos o direito de escolaridade básica, um direito de dupla natureza que não tem por função única ou exclusiva a dignidade dos cidadãos, antes é também, e de modo essencial, uma garantia de um mínimo de igualdade de oportunidades e uma condição de preservação e funcionamento regular de uma sociedade democrática. Nos segundos, encontramos os já mencionados direitos "ecológicos" como o direito ao ambiente, o direito à fruição do património cultural e o direito à saúde no segmento em que tem por objecto a saúde pública considerada como um pressuposto de um ambiente saudável, ou seja, direitos que, implicando diretamente com o comportamento de todos os indivíduos numa colectividade, e sendo exercidos num quadro de reciprocidade e de solidariedade, hem um conteúdo necessariamente definido em função do interesse comum, ao menos em tudo aquilo que ultrapasse a lesão directa de bens individuais.”

¹³⁶ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 329 e ss.

¹³⁷ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 330.

Observa-se, também, a possibilidade haver dependência de um dever em relação a outro dever fundamental. Nessas situações, um dever fundamental é pressuposto de outro, ou seja, o exercício de um dever pede do cumprimento prévio de outro dever fundamental¹³⁸. Ainda que se trate de tipo raro de dinâmica, podemos citar como exemplo o dever de voto, cujo cumprimento está vinculado ao prévio recenseamento (ou alistamento, como prescreve a Constituição brasileira) eleitoral.

Outra espécie de relação entre deveres fundamentais é a que se assume com feição de exclusão. Tal situação ocorre quando “o cumprimento de certos deveres apenas é exigível e exigido relativamente a quem não seja exigível e exigido o cumprimento de outros deveres, apresentando-se assim aqueles deveres como deveres sucedâneos destes”¹³⁹. NABAIS traz alguns exemplos dessas relações entre deveres fundamentais, referindo “o dever de serviço militar não armado ou o dever de serviço cívico adequado relativamente aos considerados inaptos para o cumprimento do dever de serviço militar armado, o dever de prestação de serviço cívico de duração e penosidade equivalente à do serviço militar armado no respeitante aos objectores de consciência e, de algum modo ainda (já que se trata de um dever facultativo do ponto de vista constitucional), do dever de serviço cívico substitutivo ou complementar do dever de serviço militar, o qual pode ser legalmente tomado obrigatório para as mulheres”¹⁴⁰. Nessa perspectiva, merece destaque a relação de alternatividade que se estabelece, uma vez que ela cria condições a impedir que, dos sujeitos a um dever substituto, seja igualmente exigível e exigido um dever substituído¹⁴¹.

Quanto se trata de preceitos constitucionais referentes a deveres, é pouco comum nos depararmos com a concorrência e de colisão ou conflito de

¹³⁸ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 330.

¹³⁹ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 331.

¹⁴⁰ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 331.

¹⁴¹ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 331.

deveres fundamentais, já que, via de regra, os deveres fundamentais não são diretamente aplicáveis. Isso porque, geralmente, se apresentam como autorizações constitucionais ao legislador, para que este, no exercício de suas atribuições, materialize o conteúdo dos deveres fundamentais. Assim, eventual episódio de concorrência e de colisão ou conflito, que ocorra no plano infraconstitucional, configuraria mera concorrência e de colisão ou conflito legais¹⁴².

Entretanto, verdadeira situação de concorrência e de colisão ou conflito entre deveres fundamentais podem ocorrer quando estes possuírem densidade suficiente em seus enunciados, na Carta Magna. A situação de concorrência de deveres fundamentais é caracterizada quando o mesmo comportamento do titular passivo é incluído na esfera dos bens jurídicos de dois ou mais deveres fundamentais, e, em razão dessa intersecção, ocorre uma dupla ou múltipla cobertura desse comportamento¹⁴³. Já a ocorrência de colisão ou conflito entre deveres fundamentais pode ser verificada na acumulação de deveres homogêneos em favor de titular ativos diferentes, resultando na duplicação ou multiplicação do mesmo dever fundamental, e também no confronto de deveres exigidos por dois ou mais estados, ou de deveres exigidos pelo mesmo estado.

Na primeira hipótese, que ocorre num plano internacional, temos os deveres de prestações materiais, como por exemplo o dever de pagar impostos, e, por outro lado, temos os deveres de prestações pessoais, como o dever de serviço militar quando o indivíduo possui dupla ou múltipla nacionalidade¹⁴⁴.

¹⁴² NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 332.

¹⁴³ Na tentativa que aclarar a dinâmica de concorrência entre deveres fundamentais, NABAIS traz um comparativo com o Direito Penal: “verifica-se algo parecido ao concurso ideal de crimes, seja ao concurso homogêneo (em que a mesma ação viola várias vezes a mesma norma incriminadora), no caso do cruzamento de deveres, seja ao concurso heterogêneo (em que a mesma ação viola várias normas incriminadoras), no caso da acumulação de deveres.” << NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 332 >>.

¹⁴⁴ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 334 e ss.

Entretanto, segundo NABAIS¹⁴⁵, a segunda hipótese, qual seja a colisão de deveres exigidos pelo mesmo estado, dificilmente será verificada.

¹⁴⁵ “A doutrina alemã, contudo, indica como exemplo o dever de aceitar e exercer cargos honoríficos (não remunerados) a nível comunal, que pode entrar em conflito com o dever de serviço militar. Alguma doutrina, porém, recusa àquele dever o qualificativo de fundamental, já que, embora esteja previsto em diversas constituições dos Länder e tenha um significado de todo não despreciando para a estrutura democrática do ordenamento político, tal dever não dispõe de consagração na Lei Fundamental nem se apresenta, do ponto de vista subjectivo, com aquele grau de onerosidade que é reclamado aos deveres fundamentais em sentido material. Nestes termos, o problema do conflito entre deveres fundamentais nem se chegaria a pôr.” << NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 332 >>.

3. O dever fundamental de proteção e promoção da saúde

A busca pela preservação da saúde humana acompanha a história da humanidade¹⁴⁶. Inicialmente era vista sob a ótica de um *bem individual*, porém mais tarde, como consequência das epidemias comunitárias, foi revelada a essencialidade da saúde como *bem coletivo*, sendo possível verificar, inclusive, as manifestações de preocupação das autoridades, no Império Romano, com a higiene pública, traduzidas nas inspeções de estabelecimentos comerciais e construção de banhos públicos¹⁴⁷.

Nesse alinhamento, entendemos ser desnecessária a demonstração da importância da proteção e promoção da saúde, visto que sua relevância vital se estabelece como verdadeiro axioma. Cabe, portanto, tratarmos da busca por um ponto de equilíbrio entre as liberdades individuais e as responsabilidades de cada indivíduo, vislumbrando uma comunidade mais equilibrada e saudável, há julgar pelo momento histórico em que vivemos de “longas e ricas listas de direitos”¹⁴⁸.

Tem-se que a proteção e promoção da saúde faz parte de um grupo de deveres que primam pelos valores compartilhados por toda comunidade humana, sendo cada vez mais imprescindível sua atenção e proteção, em vista da própria sobrevivência de nossa espécie¹⁴⁹. Como já mencionado, seus titulares acabam muitas vezes por se confundir com seus destinatários. *Prima facie* - de forma simplista e no nosso entender, equivocada¹⁵⁰ - há quem perceba o Estado como titular (ativo) do dever de proteção e promoção da saúde. Contudo, tal concepção deve ser afastada, pois, além da predominância doutrinária mundial em sentido díspar, é possível aferir de parcela relevante das constituições ocidentais em vigor (algumas de modo mais cristalino do que

¹⁴⁶ ESTORNINHO, Maria João. MACIEIRINHA, Thiago. *Direito da saúde*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014. p. 10.

¹⁴⁷ ESTORNINHO, Maria João. MACIEIRINHA, Thiago. *Direito da saúde*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014. pp. 10 e ss.

¹⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016, p. 108.

¹⁴⁹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 103.

¹⁵⁰ No item 3. 1. 2. explicaremos as razões para não considerarmos como um dever fundamental do Estado.

outras) que os indivíduos têm especial participação e responsabilidade na concretização desse valor comunitário, não sendo pretenciosa a atribuição do papel de protagonista (em sentido amplo).

Para NABAIS¹⁵¹, trata-se de um dever de conteúdo social, sendo fundamentalmente fruto do estado social, e tendo como titular ativo “não tanto ou nem sequer o Estado, mas sim a coletividade”. Este doutrinador entende ser um dever cujo cumprimento guarda relação, não com a existência do Estado, mas com a existência de uma sociedade (uma exigência do estado social), diferentemente dos deveres cívico-políticos, que são uma exigência do estado de direito democrático¹⁵².

Independentemente de apoiarmos ou não essa visão (ainda que já tenhamos adiantado nossa concordância), no âmbito brasileiro, a redação utilizada pelo legislador constituinte no enunciado referente ao valor comunitário de proteção e promoção da saúde, trouxe a saúde como um “direito de todos e dever do estado”. Nesse contexto, parcela expressiva de juristas brasileiros compreendem a referida passagem, não como uma tarefa constitucional atribuída ao estado, mas como um dever fundamental (também ou até exclusivo) do estado para com os indivíduos¹⁵³. Nada obstante, como já referido, e assim

¹⁵¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 103.

¹⁵² NABAIS ainda acrescenta que “alguns dos seus segmentos, os deveres relativos à saúde, ao ambiente e ao património cultural – isto é, *grosso modo* os deveres ecológicos – extravasam mesmo a orbita da comunidade nacional projectando-se na comunidade internacional e perspectivando-se nessa medida como deveres para com toda a comunidade humana (isto é, para com a humanidade)” << NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 103 >>.

¹⁵³ A título exemplificativo, citamos DIMOULIS e MARTINS, quando afirmam que “a Constituição estabelece uma longa lista de deveres do Estado que somente no sentido metafórico poderiam ser considerados como deveres coletivos, já que, juridicamente, constituem deveres da pessoa jurídica do Estado”. << DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Artigo 5º, caput*. p. 67. *In: MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. BONAVIDES, Paulo. Comentários à Constituição Federal de 1988*. / coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho e Otávio Luiz Rodrigues Júnior. - Rio de Janeiro : Forense, 2009 >>; e o, também oportuno, artigo em que SILVA se dedica demonstrar a existência de uma “modalidade de dever fundamental de atuação do Estado quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais” << SILVA, Marília Ferreira. *Dever fundamental de atuação do estado como elemento promotor da igualdade substancial e efetividade do sistema constitucional: desdobramentos da dignidade da pessoa humana*. Revista da Faculdade de Direito - RFD – UERJ. nº 31 - pp. 229-245. Rio de Janeiro, 2017. Disponível

como no dever de proteção do meio ambiente, o dever de proteção e promoção da saúde requer prestações positivas e negativas por parte dos indivíduos.

Dentre as diversas lições do Professor Dr. Jorge Miranda, em suas exposições como regente da disciplina de Direitos Fundamentais, cujo conteúdo programático englobava os deveres fundamentais, cito os exemplos utilizados de prestação positiva, o dever de se vacinar, e de prestação negativa, o dever de não fumar, ambos como desdobramento do dever fundamental geral de proteção e promoção da própria saúde. Nessa perspectiva, é possível afirmar que se está frente a um dever fundamental, cujo titular pode ser confundido com o próprio destinatário, assumindo valor jurídico-constitucional capaz de suportar imposições de comportamento aos indivíduos¹⁵⁴. Isso porque, conforme exposto no item 2. 6. 4., o dever fundamental de proteção e promoção da saúde é um dever associado a um direito social, qual seja o direito fundamental a saúde.

O dito direito fundamental social que mantém relação associada com o dever fundamental de proteção e promoção da saúde, pode ser compreendido sob a ótica de quatro dimensões. Na primeira, temos um direito-liberdade, que se exprime na liberdade de escolha de tratamento de saúde, em sentido amplo, ou ainda pela opção de recusa de tratamento¹⁵⁵. Em segundo lugar, observa-se um direito social às prestações que decorrem das tarefas constitucionais, atribuídas ao estado, e essenciais à saúde de cada um, assim como à saúde pública enquanto condição e pressuposto daquela¹⁵⁶.

em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/issue/view/1530/showToc> >. Acesso em: 18 de dezembro de 2021 >>.

¹⁵⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 103.

¹⁵⁵ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 321.

¹⁵⁶ De forma mais elucidativa, tal liberdade é observada na escolha “entre a autocura e a heterocura, entre a medicina convencional e as medicinas alternativas (antigas ou modernas), entre a medicina pública e a(s) medicina(s) privada(s), do médico ou médicos, do(s) tratamento(s) e do(s) medicamento(s) (por exemplo, mais barato(s) entre tratamentos e medicamentos clinicamente equivalentes), de recusa de tratamento ou de medicação, etc., etc.)” << NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 320 e ss >>.

Além dessas, há uma dimensão de direito-dever de solidariedade. Isto é, a defesa e promoção da saúde de um indivíduo, por ele próprio, visando a consolidação da defesa e promoção da saúde pública, ou seja, da saúde de todos. Por último, um dever objetivo que, independentemente dos seus reflexos diretos na saúde de cada indivíduo, se propõe a defender e promover a saúde pública enquanto.

De qualquer modo, ainda que se considere o dever de defesa e promoção da saúde como um elemento de um direito fundamental, para além da sua função de exprimir o valor (ou interesse) comunitário da saúde pública, tal configuração não afetaria o conteúdo do direito individual à proteção e promoção da saúde, razão pela qual pode vir a justificar restrições de liberdade, através de normas legislativas, como por exemplo a proibição de fumar e a obrigatoriedade de vacinação¹⁵⁷.

3. 1. O dever fundamental de proteção e promoção da saúde no Direito Comparado – Portugal e Brasil

Pretende-se neste tópico abordar como o dever de proteção e promoção da saúde se comporta em Portugal e no Brasil. Todavia, adiantamos que a perspectiva constitucional brasileira se apresenta de forma mais controvertida, uma vez que, como já adiantado, a escolha de palavras do legislador constituinte brasileiro não foi esclarecedora como a do constituinte português, bem como em razão desse dever fundamental não constar de forma explícita na constituição brasileira.

3. 1. 1. O dever fundamental de proteção e promoção da saúde em Portugal

¹⁵⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. - 6ª ed. Coimbra : Almedina, 2019, p. 153.

No âmbito da proteção e promoção da saúde, o artigo 64 da Constituição Portuguesa¹⁵⁸, é cristalino quando prevê a todos o direito e, também, o dever de defender e promover.

O Direito à saúde, enquanto direito social, é um direito positivo dos cidadãos cuja concretização, em certa medida, exige uma prestação do Estado, direta ou indiretamente. A criação e manutenção de um serviço nacional de saúde, universal e geral, e tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito, é uma das prioritárias incumbências do Estado, como forma de garantir o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação. A par de um direito à proteção e promoção da saúde, o artigo 64 da Constituição consagra também um dever fundamental de a promover e proteger, dever que a todos incumbe. Nesta perspectiva todos os cidadãos têm o dever de proteger a sua própria saúde, mas também (no plano jurídico talvez até mais importante) o dever de proteger a saúde dos outros (saúde pública).

Nesses termos, a própria constituição estabelece expressamente o dever de proteção e promoção da saúde como dever do indivíduo, não restando qualquer dúvida ou confusão quanto ao destinatário deste dever fundamental.

¹⁵⁸ “Artigo 64.º Saúde 1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à proteção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. 3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência. 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada” - Grifos meus << PORTUGAL. Assembleia Constituinte. Constituição da República Portuguesa. 1976. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 03 de agosto de 2018 >>.

3. 1. 2. O dever fundamental de proteção e promoção da saúde no Brasil

Na perspectiva constitucional brasileira, o dever fundamental de proteção e promoção da saúde ainda está em fase embrionária. O artigo 196 da Constituição vigente prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Com efeito, diferentemente da norma portuguesa, verifica-se, *prima facie*, que, no Brasil, o dever é vinculado somente ao Estado, não se fazendo explícito na Carta Magna como um dever dos indivíduos para concretização do valor comunitário.

Além disso, embora a norma da lei fundamental explicita verdadeira tarefa constitucional do estado brasileiro, o dever fundamental de proteção e promoção da saúde pode ser verificado implicitamente do texto constitucional, como pretendemos demonstrar a seguir. Entretanto, acreditamos que a relutância em conceber (de tal modo) e exercitar o dever fundamental de proteção da saúde, reside no fato de o léxico jurídico do constitucionalismo contemporâneo brasileiro apresenta resistência em valorar outras categorias que não a de direitos.

A glorificação constitucional do direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de vários de outros direitos fundamentais sociais, foi um dos grandes aperfeiçoamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Até então, não havia falar em um “direito fundamental à saúde” propriamente, pois a previsão constitucional anterior a de 1988 limitava-se a normas esparsas como a garantia de “socorros públicos”, conforme se observa da Constituição Política do Império do Brasil de 1824¹⁵⁹ (artigo 179, XXXI), e a

¹⁵⁹ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.” <<BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017>>

garantia de inviolabilidade do direito à subsistência, prevista na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934¹⁶⁰ (artigo 113, *caput*)¹⁶¹. Além disso, há que se assinalar que na Cartas Magnas anteriores poderíamos visualizar normas sobre distribuição de competências legislativas e executiva, no âmbito da saúde (ou que se aproximava a este), em como normas indiretas sobre a proteção da saúde do trabalhador e disposições versando sobre a garantia de assistência social¹⁶².

Esse cenário de ausência de uma efetiva proteção e promoção da saúde, causada pela forma genérica e e/ou indireta com que os enunciados constitucionais brasileiros não mais vigentes tutelavam a saúde, fez com que um dos pontos mais relevantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fosse a delimitação de “contornos próprios ao direito fundamental à saúde, correlacionado, mas não propriamente integrado nem subsumido à garantia de assistência social”¹⁶³. A Constituição de 1988, atualmente em vigência, em claro rompimento com a tradição constitucional supra exposta,

¹⁶⁰ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.” BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017>>.

¹⁶¹ Ao analisarem de forma pormenorizada as constituições brasileiras que precederam a lei fundamental atualmente vigente, SARLET e FIGUEIREDO atentaram para os seguintes artigos: na Constituição de 1934, o artigo 5º, XIX, “c”, e o artigo 10, II; na Constituição de 1937, o artigo 16, XXVII, e o artigo 18, “c” e “e”; já na Constituição de 1946, o artigo 5º, XV, “b” e o artigo 6º; e, na Constituição de 1967, o artigo 8º, XIV e XVII, “c”, e o artigo 8º, § 2º, que através da Emenda Constitucional nº 01/1969, restou transformado em parágrafo único << SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In: Keinert, Tânia Margarete Mezzomo; Paula, Silvia Helena Bastos de; Bonfim, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo : Instituto de Saúde, 2009. p. 26 >>.

¹⁶² Citamos, a título exemplificativo, o disposto no artigo 179, XXIV, da Constituição de 1825, e também, como brilhantemente apontaram os autores referenciados na nota anterior, o artigo 121, § 1º, “h” e o artigo 138, da Constituição de 1934; o artigo 127 e o artigo 137, item 1, da de 1937; o artigo 157, XIV, da Constituição de 1946; e o artigo 165, IX e XV da Constituição de 1967. << SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In: Keinert, Tânia Margarete Mezzomo; Paula, Silvia Helena Bastos de; Bonfim, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo : Instituto de Saúde, 2009. p. 26 >>.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa : RIDB, Ano 2 (2013), nº 4. p. 3185.

passou a perceber e atentar para os pleitos do Movimento de Reforma Sanitária, especialmente quanto às resoluções dos debates da VIII Conferência Nacional de Saúde¹⁶⁴.

Tanto a positivação constitucional do direito fundamental à saúde, quanto a elaboração de um Sistema Único de Saúde (SUS) são frutos do processo de desenvolvimento dos sistemas de proteção que foram instituídos anteriormente em nível ordinário¹⁶⁵, quais sejam o Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 6.229/1975 e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, implementado pelo Decreto nº. 94.657/1987.

Todavia, o delineamento constitucional do direito à saúde guarda relação estreita com o Direito Internacional. Nesse aspecto internacional, e apenas a título exemplificativo, podem ser citados os enunciados dos artigos 22 e 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - DUDH/ONU¹⁶⁶, de 1948 (direitos à segurança social e a um nível de vida suficiente, assegurando a saúde e o bem-estar); do artigo 12, do Pacto

¹⁶⁴ Sobre o ponto, cabe o esclarecimento de que “as Conferências Nacionais de Saúde foram instituídas em 1937, pela Lei nº 378, tendo por escopo facilitar o conhecimento, por parte do Governo Federal, acerca das atividades relativas à saúde no país, assim como orientar a execução dos serviços locais – o que ficou muito evidenciado na VIII Conferência, em 1986” <<SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa : RIDB, Ano 2 (2013), nº 4. p. 3185.>>

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In. Keinert, Tânia Margarete Mezzomo; Paula, Sílvia Helena Bastos de; Bonfim, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo, Instituto de Saúde, 2009. p. 27.

¹⁶⁶ “Artigo 22º Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país. (...)”

Artigo 25º Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma protecção social.<<ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 12 de fevereiro de 2017>>.

Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC¹⁶⁷, de 1966 (direito ao mais elevado nível possível de saúde física e mental); dos artigos 4º e 5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶⁸, de 1969, também conhecido como “Pacto de São José da Costa Rica” (direitos à vida e à integridade física, psíquica e moral); do artigo 10, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁶⁹, de 1988, denominado “Protocolo de São

¹⁶⁷ “ARTIGO 12 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.” <<ONU. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017>>.

¹⁶⁸ “Artigo 4. Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Artigo 5. Direito à integridade pessoal 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” <<Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)*. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017>>

¹⁶⁹ “Artigo 10 - Direito à saúde 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e

Salvador” (direito à saúde); e do item I, da Declaração de Alma-Ata¹⁷⁰ (reafirma que o direito à saúde é um direito humano fundamental e define como meta social mundial o alcance do mais alto nível possível de saúde), de 1978.

SARLET e FIGUEIREDO, preliminarmente, afirmam a existência de deveres fundamentais que decorrem do direito fundamental à saúde¹⁷¹. Eles entendem que, a depender do seu objeto, os deveres relacionados ao direito à saúde, no Brasil, podem impor obrigações de caráter originário, citando como exemplo as políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde¹⁷², e do dever geral de respeito à saúde, ou obrigações de tipo derivado, sempre que dependam de regulamentação por via infraconstitucional¹⁷³. Para eles, as expressões usadas no texto constitucional

f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.” <<ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de São Salvador"*. 1988. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017>>.

¹⁷⁰ “I) A Conferência reafirma enfaticamente que a saúde - estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.” <<ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE; Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Relatório da Conferência internacional sobre Cuidados Primários de Saúde*. Alma-Ata, URSS, 6-12 de setembro de 1978. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39228/9241800011_por.pdf;jsessionid=A38022261EF9923ECF33B7144CE2C16F?sequence=5>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017.>>

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas*. p. 111 - 146. In: RÉ, Aluisio Lunes Monti Ruggeri, org. *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador : Jus PODVIM, 2014. p. 114.

¹⁷² A Carta Constitucional brasileira estabeleceu, em seu artigo 198, § 2º, inciso “I”, que a União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor da Receita Corrente Líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%. Quanto aos demais entes da federação, a Lei Complementar nº 141/2012 estabeleceu, nos artigos 6º e 7º, que os estados e o Distrito Federal, aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 155 e dos recursos de que tratam o artigo 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do artigo 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios; e os municípios, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 156 e dos recursos a que se referem o artigo 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o §3º do artigo 159, todos da Constituição Federal.

¹⁷³ Os autores referem, como hipótese mais eloquente dessas obrigações derivadas, a obediência às mais variadas normas em matéria sanitária, tanto no âmbito penal, quanto nos âmbitos administrativo, ambiental, urbanístico, etc. << SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa : RIDB, Ano 2 (2013), nº 4. p. 3194 >>.

brasileiro, demonstram que o legislador constituinte atribuiu ao Estado a execução do dever fundamental de proteção e promoção da saúde, contudo, sem afastar “a eficácia dos deveres de proteção e promoção à saúde entre particulares, especialmente quanto a obrigações derivadas”¹⁷⁴.

Todavia, cabe referir que esse entendimento não figura de fora isolada na doutrina brasileira, pois importante parcela dos juristas brasileiros¹⁷⁵ concluem, possivelmente também motivados pelo vocabulário utilizado pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, por um dever fundamental da saúde cujo destinatário seja o Estado. Dentre esses, poucos são capazes de ignorar sua eficácia no âmbito privado¹⁷⁶, pois a maioria advoga especialmente no

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas*. p. 111 - 146. In: RE, Aluisio Lunes Monti Ruggeri, org. *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador : Jus PODVIM, 2014. p. 115.

¹⁷⁵ Como exemplo, CUNHA escreve, em referência as tarefas constitucionais do Estado dispostas no artigo 196 da Constituição Brasileira, que “o dever fundamental à saúde está estabelecido de maneira muito clara na Constituição da República Federativa do Brasil, incluindo-se a necessária adoção de medidas de prevenção/precaução, como, por exemplo, o saneamento dito básico”. Menciona também as obrigações de aplicação de alíquotas mínimas, da arrecadação em nível federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, em saúde. << CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental à Educação na Lupa dos Tribunais (para além) de Contas*. Ebook, Porto Alegre : Editora Simplíssimo Livros, 2013. p. posição 343 de 4428 >>. Assim como outros que possuem pensamentos alinhados, cito DEMARCHI e FONTANA, e também FONTES e HERCULANO, respectivamente, que igualmente entendem os deveres fundamentais como deveres do Estado: “a saúde é direito social que impõe prestações positivas ao Estado para a sua realização. No entanto, é preciso observar que a saúde não é apenas um direito dos indivíduos em face do Estado, mas também um dever do Estado. Trata-se, pois, de um dever fundamental do Estado em face dos indivíduos.” << DEMARCHI, Clovis. FONTANA, Douglas Cristian. *Impactos das demandas judiciais no dever do Estado de prestar assistência farmacêutica*. In: Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 113-130, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p113>. Acesso em: 23 de novembro de 2020 >>. “Assim, na perspectiva dos direitos fundamentais sociais temos que a efetividade pode ser buscada com base no dever fundamental do Estado, não se restringindo no presente caso a uma tarefa constitucional, ou mera previsão constitucional, mas ao comprometimento do Estado baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Tratar como dever fundamental é trazer toda teoria da fundamentalidade do direito ao dever. Logo deve o Estado agir com dever fundamental quando da correlação dos direitos fundamentais sociais.” << FONTES, Grazielly Dos Anjos. HERCULANO, Eloísa Cunha. *Direitos fundamentais sociais: a efetividade a luz do dever fundamental*. p. 190. In: Teoria dos direitos fundamentais. [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix - Florianópolis : CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/3a01aj5a/3JHBSEB25Ovj7Np0.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2020 >>.

¹⁷⁶ Como se verifica na obra de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, inclusive em relação ao dever fundamental de proteção do meio ambiente. << PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. - / . Ed. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método : 2011. p. 1056 e ss, e 1075 e ss >>.

sentido das obrigações derivadas¹⁷⁷, constatando que na esfera das relações individuais, é possível perceber o caráter singular de alguns deveres indispensáveis, como “o dever geral de respeito à saúde pública e dos demais, e mesmo um dever de proteção e promoção da saúde de cada pessoa consigo mesma”¹⁷⁸; ou ainda, mencionar os deveres impostos aos particulares e que são diretamente decorrentes da garantia da saúde, expressamente previstos no artigo 2º da Lei Orgânica da Saúde¹⁷⁹ (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), que, após elencar obrigações estatais de efetivação do direito à saúde, explicita que o “dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Entretanto, nos filiamos aos ensinamentos de NABAIS¹⁸⁰, quanto aos deveres de direitos fundamentais – ou deveres correlativos ou relacionais de direitos fundamentais trata-se de deveres organizacionais e procedimentais para legitimar a medidas e ações estatais¹⁸¹, ou seja, uma tarefa constitucional do

¹⁷⁷ “Os particulares, por sua vez, também podem ser alcançados pelo dispositivo de forma indireta, na medida em que estão obrigados a não agredir a saúde de terceiros. É evidente que eles não podem ser equiparados ao Estado no que diz respeito ao dever geral de fornecer prestações de saúde”. << BARCELLOS, Ana Paula de. Artigos 196 ao 200. p. 2167. In: MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. BONAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. / coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho e Otávio Luiz Rodrigues Júnior. - Rio de Janeiro : Forense, 2009 >>.

¹⁷⁸ SARLET e FIGUEIREDO ainda sustentam que “A partir daí, tem-se reconhecido até mesmo a possibilidade de intervenção do Estado objetivando a proteção da pessoa contra si própria, em homenagem ao caráter (ao menos em parte) irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais – hipótese dos casos de internação compulsória e de cogente submissão do indivíduo a determinados tratamentos –, aspecto que, por sua vez, guarda relação com os conflitos entre os direitos e deveres relativos à saúde e a outros bens fundamentais” << SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In. Keinert, Tânia Margarete Mezzomo; Paula, Silvia Helena Bastos de; Bonfim, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo : Instituto de Saúde, 2009. pp. 31 e ss >>.

¹⁷⁹ “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.” - Grifos nossos. << BRASIL. Lei nº 8.080/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017 >>.

¹⁸⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 78 e ss.

¹⁸¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 158.

Estado, necessária a efetivação do direito fundamental à saúde. Isso porque a saúde é um *direito social*, conforme sua classificação disposta no artigo 6º da Carta Magna Brasileira¹⁸², e quanto a esses direitos, VIEIRA DE ANDRADE¹⁸³ preceitua que a consagração aparecerá “acompanhada da imposição ao Estado de um conjunto de *tarefas* necessárias à respectiva efectivação” Para além disso, como já visto, os deveres fundamentais têm sempre como principal destinatário os indivíduos e, por isso, tornando-se descabida qualquer confusão entre os dois tipos de normas¹⁸⁴.

Não obstante, é possível inferir também a dimensão defensiva do direito fundamenta à promoção e proteção da saúde, também, através de uma visão cósmica do ordenamento jurídico, na legislação penal, quando trata da proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, além das inúmeras normas administrativas de vigilância sanitária, e ainda uma dimensão prestacional, revelada, por exemplo, pelas normas de regulamentação e organização do Sistema Único de Saúde – SUS. Contudo, entendemos que tais situações se estabelecem em razão do cumprimento de uma tarefa constitucional atribuída ao estado, em decorrência do direito fundamental à saúde. Isso porque, como já estabelecido anteriormente¹⁸⁵, a titularidade ativa dos deveres fundamentais não deve ser outorgada ao estado.

Nesse contexto, em que pese a figura posta no artigo 196 da Constituição brasileira se aproxime de um dever fundamental, em verdade, esta nada mais é do que do que “o aspecto ou lado passivo dos direitos fundamentais, integrando, justamente por isso, a própria figurados direitos e assumindo as

¹⁸² “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” - Grifos nossos. << BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017 >>.

¹⁸³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. - 6ª ed. Coimbra : Almedina, 2019, p. 59.

¹⁸⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 158.

¹⁸⁵ Entendimento examinado e adotado, tanto no item "2.4.", quanto no item "2. 6. 2", do presente estudo.

modalidades correspondentes aos traços estruturais em que estes se analisam”¹⁸⁶. Com efeitos, a tutela jusfundamental da saúde, na forma extraída do disposto no artigo 196, da Constituição brasileira operante, efetiva-se como um direito fundamental, conforme já mencionado. No campo que mais interessa a este trabalho, qual seja o dos deveres fundamentais, entendemos que é possível inferir o dever fundamental de proteção e promoção da saúde já nas disposições gerais do capítulo da seguridade social (capítulo II) da Constituição Federal¹⁸⁷, no qual se insere a sessão (II) “Da saúde”, composto, dentre outros, pelo artigo 196.

Sob essa ótica, sendo a seguridade social¹⁸⁸ um conjunto de ações de iniciativa da sociedade (e do Poder Público) que buscam, dentre outras coisas, assegurar os direitos relativos a saúde, consideramos não ser equivocado deduzir que os indivíduos que compõem tal sociedade têm o dever fundamental de proteção e promoção da saúde, ainda que mediante seu custeio¹⁸⁹. Isso

¹⁸⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015, p. 79.

¹⁸⁷ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de *ações de iniciativa* dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” - Grifos nossos. << BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017 >>.

¹⁸⁸ A Constituição Federal de 1988, parafraseando SIERRA e REIS, acrescentou um novo conceito de seguridade social, quando elegeu a dignidade da pessoa humana sua referência central, pois emergiu a questão da redistribuição. << SIERRA, Vânia Morales. REIS, Josélia Ferreira dos. *Poder judiciário e serviço social*. - 1. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 44 >>. Quanto ao termo “seguridade social”, o constituinte brasileiro optou pela aproximação com o idioma espanhol para denominar o sistema o sistema formado pela saúde, pela assistência e pela previdência social, que foram dispostos entre os artigos 194 e 203. O referido sistema tem por objetivo fundamental reduzir riscos e permitir que o indivíduo supere as intempéries de um mundo contingente. << SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Segurança*. p. 236 - 238. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Série IDP) >>.

¹⁸⁹ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do

porque o dever fundamental de um indivíduo para com a saúde da coletividade (enquanto valor constitucional, bem como direito fundamental) não coloca em causa a sua autonomia, pois o mesmo não se transforma em mero dever correlato desse direito, haja vista que, para além de ser uma exigência decorrente de um direito, é também uma espécie de “exigência comunitária autônoma” ou um “dever geral de solidariedade”¹⁹⁰.

Considerando que o artigo 193, da Lei Fundamental prevê que a “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” e seu parágrafo único estabelece que o “Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas”, a materialização dos deveres fundamentais pode ser identificada na participação da sociedade nas decisões e no controle das ações de saúde, enquanto dever instrumental do dever fundamental de promoção e proteção da saúde (dever primário)¹⁹¹, bem como nas políticas de incentivo à adesão dos programas de saúde pública.

Cabe citar, ainda, o disposto no artigo 29, números 1 e 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁹², da qual o Brasil é signatário, que prevê um dever do indivíduo para com a comunidade. Salientamos, entretanto, que quando da promulgação da Carta Magna vigente, tal disposição internacional poderia ser equiparada a norma constitucional, visto que após a extensa Declaração de Direitos contida no artigo 5º, o legislador previa que os

Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:” - Grifos nossos. << BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017 >>.

¹⁹⁰ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais* - Vol. 1. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2016. Pag. 271.

¹⁹¹ Em referência à análise feita no item 2. 6. 5. do presente estudo.

¹⁹² “Artigo 29º- 1. *O indivíduo tem deveres para com a comunidade*, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. 2. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito *senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática*” - Grifos nossos. << ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: < <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017 >>.

direitos e garantias ali expressos não excluiriam “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Desse modo, depreende-se que havia uma vontade legislativa em incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais firmados pelo Brasil, e atribuir a eles força constitucional.

Contudo, em dezembro de 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 349703¹⁹³ e nº 466343¹⁹⁴ e o *Habeas Corpus* nº 87585¹⁹⁵, decidiu que “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O ‘status’ normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior

¹⁹³ PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (...) (STF - RE: 349703 RS, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

¹⁹⁴ PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

¹⁹⁵ DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (STF - HC: 87585 TO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237)

ao ato de adesão”. Nesse contexto, ainda que se considere a Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁹⁶, o entendimento atual da Corte Constitucional brasileira é no sentido de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, têm caráter supralegal.

Ainda assim, ao fim, consideramos ser possível falar em um dever fundamental de proteção e promoção da saúde, no âmbito brasileiro, cujo destinatário é o indivíduo, em moldes semelhantes ao delineado pela Constituição Portuguesa, ainda que não expressamente positivado na Carta Magna Brasileira, mas que se apresenta de forma implícita. Todavia, percebe-se que a ausência de *status de dever fundamental evidente*, juntamente com a não democratização dos estudos dos deveres fundamentais, e com a cultura de demandas egoístas e de *subsídiodependência*¹⁹⁷, dos indivíduos frente ao Estado, tiveram importante influencia direta e negativamente no enfrentamento da pandemia do novo coronavírus, situação que será abordada adiante.

¹⁹⁶ Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou, entre outros, o artigo 5º, § 3º, da Constituição brasileira, passou a vigorar o seguinte enunciado condicionante: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” << BRASIL. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2017 >>.

¹⁹⁷ Em alusão a terminologia utilizada pelo Sr. Prof. Dr. Jorge Miranda em: MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 42.

4. O exercício de direitos e deveres fundamentais no âmbito da proteção e promoção da saúde: algumas reflexões

Apesar do debate sobre as liberdades individuais versus o direito à saúde ter mais popularidade e espaço na esfera acadêmica, do que o próprio dever fundamenta da saúde, em tempos de pandemia, o tema ganhou especial repercussão pela extraordinária situação vivenciada em todo o mundo.

São tempos difíceis para a área da saúde, assim como para a economia, haja vista os esforços para a manutenção dos empregos, das empresas e dos próprios recursos públicos¹⁹⁸. Diante da crise pandêmica instalada, os estudos recentes demonstraram que as medidas de distanciamento social e do denominado “isolamento social”, são fundamentais para controlar o avanço da pandemia, e evitar um colapso nos sistemas de saúde, pois a ciência mostrou que estamos a lidar com um vírus altamente contagioso, cuja infecção apresentou expressivo número de mortes entre as pessoas contaminadas, especialmente no período pré-vacina – como, infelizmente ocorreu na China e na Itália, por exemplo.

Pode-se afirmar que estamos diante de um dos maiores desafios enfrentado pela humanidade. A pandemia, causada pelo vírus SARS-CoV-2, provocou o fortalecimento da ideia de importância da figura do Estado como garantidor do bem comum para a toda a sociedade, em face da essencialidade da adoção de políticas públicas para o enfrentamento da crise sanitária.

Como resposta a esse evento global inédito, que infelizmente ainda se vive, os especialistas da área da saúde sugeriram as autoridades, algumas providências que impunham, aos cidadãos, diversas obrigações e limitações às atividades cotidianas, interferindo e causando alterações bruscas na rotina de grande parte da população mundial. Em que pesem as recomendações da Organização Mundial da Saúde – OMS, e possivelmente por efeito das incertezas, as políticas públicas variam ao redor do mundo. Cada governo

¹⁹⁸ MOESCH, Francisco José. *A justiça e a pandemia*. Disponível em <<https://www.iargs.com.br/a-justica-e-a-pandemia/>>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

estabeleceu seu próprio protocolo¹⁹⁹ e, muitas vezes, dentro de um mesmo país, esse protocolo sofria alterações para se adequar as necessidades e situações de cada região ou cidade, avaliadas pelas autoridades competentes. Dentre as diversas medidas adotadas, ao longo do ano de 2020, podemos citar desde as mais sutis²⁰⁰, como a obrigatoriedade do uso de máscara em espaços públicos e locais acessíveis ao público, proibição de eventos, cerimônias religiosas e aglomerações em geral, até as mais restritivas como o fechamento total ou parcial do comércio, a proibição de circulação em determinados horários (“toque de recolher”), e o *lockdown*.

Por conseguinte, as notórias alterações na rotina de expressiva parcela da população terrestre causaram extremo desconforto, porém trouxeram a discussão acerca das liberdades individuais versus direito à saúde coletiva para um patamar popular, tornando-se corriqueira, transcendendo a área acadêmica e litigiosa, e impondo sua reflexão em todas as classes e áreas da sociedade. Nesse contexto, diante do movimento da sociedade para resgate do sentimento de solidariedade²⁰¹, ainda que imperioso, observa-se uma valiosa janela de oportunidades para democratização dos deveres fundamentais.

4. 1. Os custos da proteção e promoção da saúde e os limites das obrigações do Estado

Retomando alguns pontos analisados, vimos que os deveres fundamentais são, de certo modo, deveres para com a comunidade, visto que “são a expressão da estadualidade em seu mais alto nível”²⁰². Trabalhamos brevemente, também, as tarefas constitucionais do Estado, e nos vinculamos ao

¹⁹⁹ Cabe esclarecer que, quando ao ponto, entendo que a opção governamental pela não adoção de medidas para conter a pandemia também pode ser considerada como um protocolo, pois se trata de alternativa elegida pela administração de determinado país/região/cidade para lidar com a situação.

²⁰⁰ A opção governamental pela não adoção de medidas para conter a pandemia foi desconsiderada pelo tópico, visto que não configura alteração na vida cotidiana de uma população.

²⁰¹ MOESCH, Francisco José. *A justiça e a pandemia*. Disponível em < <https://www.iargs.com.br/a-justica-e-a-pandemia/> >. Acesso em: 18 de julho de 2020.

²⁰² NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015. p. 101.

entendimento que não visualiza tais tarefas como dever fundamental (do Estado).

Em pensamento decorrente, portanto, uma comunidade organizada está necessariamente amparada em deveres fundamentais, tendo em vista que são suportes para a existência e manutenção de uma comunidade, num estado de direito democrático²⁰³. Esse suporte é traduzido em custo *lato sensu*²⁰⁴, do qual destaco principalmente o dever de pagar impostos, em razão da natureza fiscal do estado contemporâneo, onde todos os direitos têm por base fundamentalmente a figura dos impostos²⁰⁵.

A atenção especial decorre da verificação de que todos os direitos têm um custo, e os relacionados a saúde podem ser demasiado expressivos. Em outras palavras, “os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual”²⁰⁶.

Nesse contexto, apesar do título deste tópico utilizar os termos “obrigações do Estado”, deve ser percebido também sob a ótica dos custos financeiros públicos e de que “todos os direitos têm custos comunitários”²⁰⁷. Isso porque o direito à saúde, como direito social, tem seus custos concretizados em

²⁰³ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 175.

²⁰⁴ NABAIS propõe, no que é acompanhado por OTERO, basicamente três tipos de custos *lato sensu*, compatíveis com a ideia de um estado democrático de direito: 1 - os “custos ligados à própria existência e sobrevivência do estado, que se apresentam materializados no dever de defesa da pátria, integre este ou não um específico dever de defesa militar”; 2 - os “custos ligados ao funcionamento democrático do estado, que estão consubstanciados nos deveres de votar, seja de votar na eleição de representantes, seja de votar directamente questões submetidas a referendo”; e 3 - os “custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos concretizados portanto no dever de pagar impostos”. << NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 175 e ss >> e << OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais – I*. Coimbra : Almedina, 2007. pp. 539 e ss>>.

²⁰⁵ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 179.

²⁰⁶ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 176.

²⁰⁷ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 176.

despesas públicas, o que, conseqüentemente, reflete na esfera de cada um dos seus titulares, que por sua vez pode vir a sofrer alterações proporcionalmente ao aumento dessas despesas.

Esse exercício de individualização, proposto por NABAIS²⁰⁸, tem extrema importância para tornar mais visíveis os custos, “tanto do ponto de vista de quem os suporta, isto é, do ponto de vista do estado, ou melhor dos contribuintes, como do ponto de vista de quem deles beneficia, isto é, do ponto de vista dos titulares dos direitos sociais.” Nessa perspectiva, tratar dos custos das obrigações do Estado é também tratar dos deveres fundamentais de cada indivíduo que integra uma sociedade organizada nos moldes aqui expostos.

Percebe-se que há crescentes dificuldades na busca por possibilidades e critérios seguros para orientar os limites razoáveis de uma obrigação do Estado no âmbito da saúde. Crescentes são os números de casos nos quais o judiciário brasileiro é convocado a solucionar conflitos, no âmbito da saúde. Como consequência, as possibilidades de intervenção direta e de controle, inclusive sobre as políticas públicas, foram alargadas, acarretando no que Ingo Sarlet chamou de uma *hipertrofia jurisdicional* neste campo – “o que hoje vem sendo substituído pela busca de critérios práticos e objetivos para a aferição das pretensões formuladas, num claro resgate do sentido da noção de jurisprudência, com destaque para o diálogo interdisciplinar (princípios da Bioética, ‘medicina de evidências’, critérios para o uso racional de medicamentos)”²⁰⁹.

Passados mais de 30 anos desde a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, ainda não há um entendimento consolidado em torno dos limites e das possibilidades de exigibilidade do direito à saúde, seja em nível

²⁰⁸ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 177.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In. Keinert, Tânia Margarete Mezzomo; Paula, Silvia Helena Bastos de; Bonfim, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo, Instituto de Saúde, 2009. Pag. 45.

administrativo ou judicial, mas “especialmente na condição de direito subjetivo oponível, individual e coletivamente, ao Estado e aos particulares”²¹⁰.

Isso se dá em decorrência de diversas circunstâncias, dentre elas, o caráter aberto, e, em certa medida, programático, dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal brasileira²¹¹, que permite a permanente atualização de seu conteúdo e, logo, das tutelas oferecidas pelas normas constitucionais e legais, gerando, conseqüentemente, lides nesse processo de integração prática e tópica, em especial, quanto a definição concreta do objeto abrangido pela proteção ou pelo dever de prestação jusfundamental²¹².

Nesses termos, é primordial que o Estado transforme, ainda que minimamente, os elementos puramente formais e abstratos, em base material que se realize na vida concreta, o que importa reconhecer, também, a existência de um plano economicamente importante dos direitos fundamentais, que se torna ainda mais evidente nos direitos sociais e se acentua quando pleiteados sob a forma de direitos a prestações materiais. Faz-se necessária a discussão dos critérios das decisões sobre a alocação dos recursos públicos, uma vez que são fundados em recursos finitos e escassos, geralmente exigem uma tomada de decisão quanto aos valores e bens que serão distribuídos ou sacrificados²¹³. Em palavras ainda mais simples, a decisão não envolve apenas quem irá receber

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa : RIDB, Ano 2 (2013), nº 4. p. 3232.

²¹¹ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...) Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” << BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017 >>.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In. Keinert, Tânia Margarete Mezzomo; Paula, Silvia Helena Bastos de; Bonfim, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo : Instituto de Saúde, 2009. p. 44.

²¹³ CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental à Educação na Lupa dos Tribunais (para além) de Contas*. Ebook, Porto Alegre : Editora Simplíssimo Livros, 2013. p. 481.

a *fatia do bolo dos serviços*, custeados pelo Estado – e indiretamente pela sociedade, mas sim uma equação, muito mais complexa, qual seja: *quem ganha e quem perde*.

Desse modo, se faz necessária a discussão dos possíveis critérios das decisões sobre a alocação dos recursos públicos, “seja porque são diversos os direitos, interesses e bens a serem tutelados, seja porque disso resulta a ponderação entre diferentes princípios constitucionais, explícitos e implícitos, notadamente aqueles”²¹⁴.

4. 1. 1. A necessária observância da realidade econômico-financeira do Estado

Não obstante as tarefas constitucionais do Estado para a efetivação de direitos sociais, não se deve ignorar a existência de outros itens que influenciam na implementação de tais direitos. As necessidades são as mais diversas e miríades, porém - como se sabe - os recursos públicos não o são infinitos. Nessas hipóteses fáticas, o confronto entre as figuras da reserva do possível e do mínimo existencial ganha protagonismo.

Diante dessas situações, questiona-se, por um lado, se há um limite (ou qual o limite) do Estado para a concretização de um direito social, e por outro, qual seria a medida do direito do indivíduo. Entretanto, cumpre esclarecer que não pretendemos, nestas poucas linhas, resolver essa complexa questão, tampouco propor um protocolo para eventual impossibilidade econômica de atendimento de uma demanda prestacional fundamental de saúde, ainda que para manutenção do *status quo*. Tão somente se ambiciona apresentar a dinâmica gerada pelos custos dos direitos fundamentais, que recai sobre a coletividade, e refletir sobre a imprescindível revisão de construções sociais e tradições que não funcionam a contento, visando uma *gestão pública sustentável*²¹⁵.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa : RIDB, Ano 2 (2013), nº 4. p. 3233.

²¹⁵ Cf. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Como refere MIRANDA²¹⁶, sobre este tema, a doutrina fala no ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível²¹⁷, na subordinação da efetivação concreta a uma reserva do possível²¹⁸, na raridade material do objeto da pretensão como limite real²¹⁹, na reserva financeira do possível ou do financiamento possível^{220 221}, num princípio de sustentabilidade²²² ou no caráter de direitos quantitativos como direitos de medida²²³.

Diante de dessas e outras opções doutrinárias, o problema está em saber “o que é possível e o que não é possível efetivar em certo momento ou em certa circunstância; o que é obrigatório e o que não é obrigatório. Quem o fixa ou prescreve?”²²⁴. Nessa perspectiva, tendemos a nos filiar, em certa medida, a teoria da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) ou *reserva do necessário*.

A teoria da reserva do possível surgiu no Direito como uma ideia de fundamentar e ponderar a obrigação do Estado em face de um direito fundamental, no campo da efetivação de direitos sociais, numa tentativa de o direito constitucional de interesse privado e prezando pelo direito da maioria.

²¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 532.

²¹⁷ RIVERO, Jean, *Les droits de l'homme, catégorie juridique In: Perspectives del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo xx*. Obra coletiva, III, pág. 32. Citado em: MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 532.

²¹⁸ Em referência ao entendimento de J. J. Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet e Ana Carolina Lopes Olsen. Todavia, MIRANDA observa que a última, antes de tratar da inexistência de recurso, condiciona a investigação da atividade orçamentaria do Estado, para verificação de conformidade com as normas constitucionais. O autor ressalta ainda, o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade, em paralelo, sobre uma “reserva do necessário”, onde os direitos sociais não estão apenas sujeitos à reserva do possível, mas igualmente ao pressuposto da autonomia e possível e auto-responsabilidade de cada um para se sustentar. << MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 532 >>.

²¹⁹ MIRANDA, em referência ao entendimento de Christian Starck. << MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 532 >>.

²²⁰ MIRANDA, em ao entendimento de Jorge Reis Novais. << MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 532 >>.

²²¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, 2006, págs. 99 e segs. Citado em: MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 532.

²²² MIRANDA, em referência ao entendimento de João Carlos Loureiro. << MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 532 >>.

²²³ MIRANDA, em referência ao entendimento de Cristina Queiroz. << MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 532 >>.

²²⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 533.

Proveniente do Direito Alemão, o princípio da reserva do possível remonta a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre o número de vagas nas universidades de medicina de Hamburgo e Munique²²⁵, onde um grupo de candidatos às vagas nas faculdades públicas de Medicina, dessas cidades, não obteve sucesso ao ingressar nas instituições de ensino superior, devido aos critérios de admissão que limitavam o número de vagas. Segundo Fernando MÂNICA²²⁶, “a pretensão dos estudantes baseou-se no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual ‘todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação’”²²⁷.

Diante do embaraço, o judiciário alemão inovou a teoria da reserva do possível, gerando a necessidade da razoabilidade nos pleitos em desfavor do Estado. Nas palavras de Ingo Sarlet, o Tribunal Alemão entendeu que:

“[...]A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”²²⁸

Cumprido salientar que a Corte não reconheceu a ausência orçamentária²²⁹, mas ponderou quanto a razoabilidade – de alocar grande parte dos recursos para atender aquele pleito específico – e a possibilidade de eventual ofensa a proteção do bem-comum, da maioria e da sociedade bem

²²⁵ DOS SANTOS, Rebecca Mazzuchell. *O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais*. Cadernos de iniciação científica. São Bernardo do Campo : Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2010, p. 79.

²²⁶ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, 2007, p. 169.

²²⁷ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Belo Horizonte : Revista Brasileira de Direito Público, 2007, p. 169.

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 265.

²²⁹ A título de curiosidade, cabe referir que o ponto orçamentário é o principal tópico de distorção dessa teoria, quando aplicada no Brasil. “No Brasil, portanto [a reserva do possível], passou a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro somente na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias”. << TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 110 >>.

como, a “responsabilidade do destinatário em prover seu próprio acesso a um direito”²³⁰.

Em outras palavras, o conceito de reserva do possível não guarda necessária relação com a disponibilidade orçamentária, mas com o que se pode exigir para a realização de uma prestação. Entretanto, é importante que se perceba a existência de um limitador fático à efetivação do direito a saúde, principalmente no plano individual, no que diz respeito aos cofres públicos do Estado, bem como quanto a possibilidade de o Ente Público dispor de determinado valor. Ainda que o Estado gozasse de todos utensílios e mecanismos, de ordem material, financeira e humana, ou até mesmo que a Administração Pública executasse suas tarefas de forma irretocável, não se pode afirmar com certeza - inclusive, acreditamos ser pouco provável - que o resultado seria o de atendimento integral e universal das necessidades da população, através de políticas públicas. Portanto, em que pese a *perfeição administrativa* constitua uma configuração inalcançável, da *boa administração*²³¹ se extrai aquele teor que apresenta maior proximidade com o dito inatingível²³². Assim, necessária a reflexão acerca do que é razoável que o indivíduo exija da sociedade.

O direito a proteção e promoção da saúde, segundo a lição de ESTORNINHO e MACIEIRINHA²³³, apresenta uma estrutura complexa, onde temos de um lado a dimensão tipicamente positiva (ou prestadora) - o direito de exigir determinadas ações, do poder público, visando à proteção e promoção da

²³⁰ CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. p. 195 - 207. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008. p. 196.

²³¹ O princípio da Boa Administração se mostra útil para a efetivação dos Direitos Fundamentais, tendo em vista que sua essência passa pela eficiência na satisfação dos objetivos, utilizando os meios disponível. Importa frisar que este conceito não está associado apenas ao interesse público, mas também a diversos outros princípios administrativos públicos, e tem efeito de viabilizar os Direitos Fundamentais, em especial os que decorrem de prestações positivas por parte do Estado, visto que políticas públicas eficientes são basilares na promoção e concretização desses direitos essenciais.

²³² MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. *A Boa Administração como Elemento de Efetivação de Direitos Fundamentais*, in *Atualidades na Ciência Jurídica: Intercâmbio Ibero-americano*, ANJOS, Maria do Rosário; AZEVEDO, Patrícia; GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (editores), IPMAIA, 2018, pp. 191-201.

²³³ ESTORNINHO, Maria João. MACIEIRINHA, Thiago. *Direito da saúde*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014. pp. 45 e ss.

saúde -, e de outro uma dimensão negativa, que possui “estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias, beneficiando, assim, do regime de proteção que lhe é dispensado pela Constituição [*maxime*, artigo 18.º]²³⁴”.

Independentemente de a realização dos direitos sociais estar, em grande medida, vinculada as condições fáticas, económicas e sociais, as quais o legislador nem sempre tem ao seu inteiro dispor, a densidade do conteúdo destes direitos não prescinde a realização de escolhas, as quais cabem ao legislador democraticamente eleito²³⁵. Nesse contexto, quando detectado uma situação de escassez de recursos, é a este que compete a alocação dos recursos disponíveis, de forma mais eficiente²³⁶.

Todavia, os autores lusitanos ressalvam, que em sendo possível extrair o conteúdo do direito à proteção e promoção da saúde, a aplicabilidade deve ser imediata, ainda que a realização destes direitos dependa de fatores de natureza financeira, pois entendem que “a chamada reserva do possível apenas é operativa para lá do conteúdo constitucionalmente determinado dos direitos sociais”²³⁷.

SARLET²³⁸ apresenta um enfoque tríplice da reserva do possível: (a) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (b) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; (c) razoabilidade do que está sendo pedido. Em complemento à essa ideia, MIRAGEM²³⁹ ressalta a necessidade de haver o reconhecimento de

²³⁴ Neste caso, os autores lusitanos se referem, por óbvio, a legislação portuguesa (anteriormente colacionada).

²³⁵ ESTORNINHO, Maria João. MACIEIRINHA, Thiago. *Direito da saúde*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014. p. 46.

²³⁶ ESTORNINHO, Maria João. MACIEIRINHA, Thiago. *Direito da saúde*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014. p. 46.

²³⁷ ESTORNINHO, Maria João. MACIEIRINHA, Thiago. *Direito da saúde*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014. pp. 45 e ss.

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

²³⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado: a nova administração pública e o direito administrativo*. 1 ed. em e-book baseada na 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

que “ao Estado-Administração, como efeito do princípio constitucional da eficiência, a existência de um dever de planejamento, que se projeta tanto no tocante ao dever de planejar, quanto no de que este planejamento seja eficiente”. Essa constatação, no entanto, não implica no atendimento integral as demandas específicas, mas na otimização dos meios disponíveis em atenção aos resultados alcançados. Em outras palavras, o máximo de resultado com os recursos financeiros acessíveis.

Nesse alinhamento, no Brasil, a Lei nº 13.655, publicada em 25 de abril de 2018, alterou o Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, incluiu *disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*²⁴⁰. Destacam-se entre os acréscimos, as disposições sobre a proibição de decisões baseadas em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas, a obrigatoriedade de indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas do *decisum*, devendo, inclusive, quando couber, apontar *as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos*, bem como que sejam considerados os *obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo*²⁴¹.

²⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>.

²⁴¹ Art. 1º O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo exposto suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

Observa-se também, que a alteração do artigo 22, do mesmo diploma legal, trouxe a valorização da primazia da realidade²⁴². Passou-se a ponderar os fatos a partir de um quadro realista da situação estatal, exigindo que o controle desenvolva seus atos pautados na razoabilidade e no respeito para com as circunstâncias e dificuldades da vida, enfrentadas pelo gestor público.

Assim, a supramencionada inovação legislativa trouxe a necessária observância de condições mundanas para a satisfação das decisões proferidas pelas esferas administrativa, controladora e judicial. Observa-se também que com o advento da nova regra, a esfera decisória passa a ter certo grau de incumbência sobre os possíveis meios concretos e razoáveis de cumprimento de suas ordens. A metamorfose normativa brasileira primou pelo consequencialíssimo - que deveria ser pressuposto na ação administrativa pública - podendo ser vista, inclusive, como a positivação da teoria da reserva do possível, pois vincula a deliberação também à Análise Econômica do Direito²⁴³, e induz as reflexões e ponderações acerca do Mínimo Existencial²⁴⁴ e

“ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

²⁴² Sobre o tema, DI PIETRO afirma que “As alterações reforçam e complementam a exigência de determinados princípios já previstos na Constituição e em leis infraconstitucionais, em especial os da (i) segurança jurídica, (ii) motivação, (iii) proporcionalidade, (iv) consensualidade, (v) transparência, (vi) participação, (vii) eficiência, (viii) interesse público. Além disso, prevê a responsabilização do agente público pelas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. (...) O dispositivo, de certa forma está a exigir razoabilidade na interpretação das normas, de tal modo que as imposições ao agente público levem em consideração as dificuldades e os obstáculos que enfrenta na execução das políticas públicas. Por exemplo, devem ser levadas em conta as limitações financeiras e orçamentárias, inclusive a exigência das normas da lei de responsabilidade fiscal.” << DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 87 >>.

²⁴³ Cf. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil - como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

²⁴⁴ Cf. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil - como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

do Utilitarismo²⁴⁵. Desse modo, na área da saúde, a mudança reflete diretamente no aspecto temporal (para o cumprimento) e, principalmente, econômico das decisões.

A previsão constitucional brasileira do direito a saúde estabelece que este direito deve ser garantido mediante políticas sociais e econômica. Assim, é necessário que se atente, também, para o princípio da eficiência, previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal. Tal observância pode ser materializada sob perspectivas diversas, sendo relacionado tanto ao modo de exercício da função administrativa pelo agente público, uma vez que lhe incumbe a melhor execução possível de suas tarefas, como com a forma de estruturação e organização da Administração Pública, considerando a melhor solução para se alcançar o objetivo pretendido²⁴⁶, e portanto, a executar a prestação de serviços e políticas pública de forma a atender eficientemente as demandas coletivas.

Luciano Benetti TIMM vai além, afirmando que “não é a essencialidade da necessidade (e do direito social positivado) que dever ser o ponto de partida para o problema, ela deve ser sim o ponto de chegada. Por isso os direitos sociais são consagrados em normas programáticas, que estabelecem justamente metas, resultados a serem obtidos pela sociedade e pelo seu governo em um determinado espaço de tempo”²⁴⁷. O planejamento dos gastos públicos, no orçamento do Estado, é um contributo da Economia que, dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não serão satisfeitas em sua totalidade pelo governo, possibilita eleger de gastos sociais prioritários²⁴⁸.

²⁴⁵ Cf. SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é a coisa certa* / Michael J. Sandel, [tradução 6ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - 6ª Edição - Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2012.

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 110.

²⁴⁷ TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 59.

²⁴⁸ O Pós-doutor pela University of California Berkeley, se propôs a rejeitar (parcialmente) o contra-argumento da escassez de recursos, que se apresenta no “senso comum contra fático do brasileiro de que o país é rico e o grande problema é a corrupção e ou a má distribuição de renda” ou ainda de que bastaria que um juiz dê uma ordem e o membro do Poder Executivo ‘*dará um jeito*’ de conseguir as verbas sob o risco iminente de ser preso já que ‘*dinheiro há, o problema é que ele é mal administrado*’”. Isso porque, apesar de admitir o descabimento da análise, no meio acadêmico-científico, julgou necessária face a constatação da frequência nas

Ainda que soe “trágico” fazer eleições²⁴⁹, tal atitude se torna vital para a manutenção do ideal de liberdade do Estado (moderno), visto que este não se caracteriza apenas pelo ideal de solidariedade²⁵⁰. Há que se estabelecer um preço que equilibre os valores constitucionais de liberdade e solidariedade. Isto é, “não pode ser um preço qualquer, mormente um preço de montante muito elevado, pois, a ser assim, não vemos como possa ser preservada a liberdade que um tal preço é suposto servir. Nem pode ser um preço que se pretenda equivalente ao preço dos serviços públicos de que cada contribuinte usufrui. Pois, numa tal hipótese, ficaria arredada a ideia de solidariedade que está na base de um tal estado”²⁵¹.

Posto isso, entendemos que os custos dos direitos fundamentais e a realidade econômico-financeira do Estado, não podem ser ignorados face ao direito fundamental à saúde, pois a observância desses custos e realidade possibilitam atender aos gastos eleitos, através das políticas públicas²⁵² (e seus respectivos planejamentos), como prioridade social. Outrossim, ousamos dizer que tal observância tem importância fundamental na concretização de um Estado sustentável²⁵³, que, ao respeitar suas políticas públicas, possibilita maximizar a eficácia das prestações sociais que lhe foram atribuídas.

salas de aula de Direito. - Cf. TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 59 e ss.

²⁴⁹ TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008. p. 59.

²⁵⁰ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 181.

²⁵¹ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 181 e ss.

²⁵² Em referência ao conceito proposto por DWORKIN, no sentido de que as políticas públicas (*policies*), no âmbito da Teoria do Direito, são “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político, ou social da comunidade”. << DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. / Título original: *Taking rights seriously*. / Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36 >>.

²⁵³ Em referência a um Estado cuja gestão pública é sustentável, e que interpreta a constituição de forma à equilibra-la com as visões deontológicas (voltadas para o dever) e consequencialistas (voltadas para os efeitos futuros).

Em termos práticos, as demandas individuais²⁵⁴ possuem efeitos ou reflexo coletivos, tanto em relação a equação complexa de “quem ganha e quem perde ou deixa de ganhar”, no tocante às prestações custeadas pelo Estado (e suportados pela coletividade), quanto em relação aos custos financeiros públicos desse direito fundamental que se pretende ver exercido, pois se materializa através do dever fundamental de pagar impostos. Assim, o que se propõe é uma interpretação jurídica à luz do princípio da sustentabilidade²⁵⁵, bem como que se pondere, de forma adequada, os deveres fundamentais e os custos dos direitos fundamentais, a fim de evitar que os ideais de liberdade e solidariedade colidam e se anulem, e objetivando a complementação destes.

4. 2. As liberdades individuais versus o dever de proteção e promoção da saúde e o direito à saúde coletiva

A premissa de que nenhum direito fundamental é absoluto, ainda que se considere básico, na medida em que podem ser relativizados e/ou objeto de limitações, constitui verdadeiro axioma. Há que se concordar com José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, quando sustenta que as liberdades individuais não devem ser “caoticamente ou anarquicamente entendidas, pois actuam num contexto social e político organizado, onde procuram a segurança coletiva em contrapartida da qual aceitam limitar-se ("contrato social")²⁵⁶.

Em sendo as liberdades um conjunto de direitos individuais que integram o catálogo de direitos fundamentais, estes são assegurados, por força constitucional, a todos os membros de uma sociedade, assim como se presume a observância e respeito dos mesmos, por parte da população e, especialmente, do Estado²⁵⁷. Nessa perspectiva, importa ponderar que o conteúdo das liberdades individuais não comporta um desempenho ilimitado, irrestrito, e

²⁵⁴ Em referência ao exercício de um direito fundamental,

²⁵⁵ Cf. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3ª. Ed. Belo Horizonte : Fórum, 2016.

²⁵⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. - 5ª ed. Coimbra, Almedina, 2017, p. 51.

²⁵⁷ MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. As liberdades e o agir caótico. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/suzana-mendonca-liberdades-agir-caotico>>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

apartado da estrutura política e social na qual se inserem. Isso porque o exercício de liberdades não deve ser utilizado como justificativa para o agir caótico²⁵⁸.

No que se refere à Constituição brasileira vigente, não é possível verificar qualquer previsão que verse acerca da questão dos limites e das restrições a direitos fundamentais²⁵⁹. Entretanto, há uma tradição no meio jurídico, a respeito da aceitação da validade de normas infraconstitucionais que restrinjam direitos fundamentais, assim como do caráter não necessariamente inconstitucional das restrições estabelecidas²⁶⁰.

Em terras lusitanas, a Constituição da República Portuguesa²⁶¹ em seu artigo 18, n.º 2, dispõe que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Contudo, ainda que prevista a autorização de restrição por norma inferior, não há consenso - tanto na doutrina, quanto na jurisprudência - quanto aos limites dos direitos fundamentais, face a ausência de previsão, além da disposta no artigo 29, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁶².

²⁵⁸ MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. As liberdades e o agir caótico. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/suzana-mendonca-liberdades-agir-caotico>>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

²⁵⁹ FREITAS ainda pontua serem incontáveis os críticos à Lei Fundamental brasileira vigente, principalmente em razão da prolixidade. Ainda, que a dizem excessivamente extensa na previsão de direitos, sem a correspondente estipulações de deveres” << FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos fundamentais: limites e restrições. Porto Alegre : Livraria do Advogado. Ed. 2007. p. 15 >>.

²⁶⁰ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos fundamentais: limites e restrições. Porto Alegre : Livraria do Advogado. Ed. 2007. p. 16.

²⁶¹ “Artigo 18.º Força jurídica 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. *A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.* 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” – Grifos meus <<PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 1976. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 03 de agosto de 2018>>.

²⁶² “Artigo 29º (...) 2- No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente e aos fins e aos

Em que pese estejamos novamente na situação em que, de um lado temos Portugal com previsão constitucional expressa, e, de outro, o Brasil sem positivação clara, ambos os caminhos, ainda que na ex-colônia portuguesa de forma mais gravosa e turbulenta, nos direcionam para a problemática de quais seriam os limites e os critérios legítimos e seguros, de eventuais restrições à direitos fundamentais.

A clássica afirmação “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, que paira sobre o senso comum brasileiro, ainda que não aborde expressamente o tema das limitações e restrições à direitos fundamentais, traduz a estreita relação entre liberdade e lei, bem como remonta o constitucionalismo liberal, e foi novamente²⁶³ adotada pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, indicando uma preocupação em limitar o poder estatal, através da positivação do princípio da legalidade no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna brasileira²⁶⁴. Em que pese a Lei Fundamental portuguesa de 1976 não reproduza essa fórmula, de forma literal, é possível verificar no artigo 18, números 2 e 3, com clareza, ainda que indiretamente, a consignação de preceito semelhante²⁶⁵.

princípios das Nações Unidas.” – Grifos meus. <<ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 12 de fevereiro de 2017>>.

²⁶³ Na verdade, a afirmação tem se perpetuado ao longo das constituições brasileiras, podendo ser verificada no artigo 179, inciso I, da Constituição de 1824 (Brasil Império); no artigo 72, parágrafo 1º, da Constituição de 1891 (Brasil República); no artigo 113, n.º 2, da Constituição de 1934 (Segunda República); artigo 141, parágrafo 2º, da Constituição de 1946; e no artigo 150, parágrafo 2º, da Constituição de 1967 (Regime Militar). Portanto, a frase esteve presente em seis das sete constituições brasileira, isto é, inclusive na constituição imposta por Dom Pedro I (Pedro IV de Portugal) e na aprovada pelo Congresso Nacional sob pressão do Regime Militar, sendo excluída apenas da Constituição de 1937 (Ditadura do Estado Novo).

²⁶⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*,” – Grifos meus. << BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil - 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>>.

²⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. pag. 455. Idem em: MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais - Vol. 1*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2016. p. 304.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶⁶, “enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”. Decorrente da natureza do homem e descoberto pela razão, a ideia do direito natural está na base da concepção clássica do Estado de Direito, que substituiu a ideia da vontade do rei como fonte de todo o Direito, pela ideia de lei como resultado da vontade geral do povo, materializada pelo Parlamento²⁶⁷.

Nesse contexto, percebe-se o entrelace do princípio da legalidade com o princípio da separação dos poderes: retira-se a capacidade de ditar leis gerais do Poder Executivo, haja vista que estas representam a expressão da vontade do povo, sendo permitido apenas a edição de atos singulares previamente disciplinados em lei. Assim, a legitimidade do exercício do poder resulta de lei²⁶⁸.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶⁹, o princípio da legalidade pode ser entendido em sentido estrito, sendo correspondente a dita reserva de lei²⁷⁰, “para

²⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. pp. 102 e ss.

²⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio de Legalidade*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 06. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-legalidade_58edc7639c0a9.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

²⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio de Legalidade*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico) : direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 06. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-legalidade_58edc7639c0a9.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

²⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio de Legalidade*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Pag. 21. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-legalidade_58edc7639c0a9.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

²⁷⁰ A autora ainda complementa: “O sentido estrito é reservado para as hipóteses em que a Constituição exige lei para a prática de determinado ato pela Administração Pública. Por isso também é conhecido como princípio da reserva de lei. É o caso, por exemplo, do art. 5º, II, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei; em decorrência desse princípio fica vedado à Administração impor deveres, aplicar penalidades ou conceder direitos sem previsão legal. É o sentido original do princípio, que vem desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e que foi adotado no direito brasileiro a partir da Constituição de 1824.” << DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio de Legalidade*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade

as matérias que só podem ser disciplinadas por lei”, e em sentido amplo, “que abrange princípios e valores, cujo principal papel é o de reduzir as opções do poder público, no exercício de sua competência discricionária”.

A distinção entre reserva de lei absoluta e relativa, também se faz substancial para que possamos assimilar as relações de hierarquia e equilíbrio de poderes, na estrutura de uma sociedade. A reserva de lei absoluta ou formal (por vezes chamada de “reserva de parlamento”) tem sentido estrito e pode ser definida como o conjunto de matérias ou de áreas de competências destinadas exclusivamente aos atos e deliberações do parlamento²⁷¹. Ou seja, se da quando a competência para disciplinar determinada matéria pertence a própria lei, não sendo permitida a complementação ou regulamentação através de atos normativos do Poder Executivo. Já a reserva de lei relativa ou material, se da quando a lei dita as diretrizes e parâmetros, para que o Poder Executivo edite a regulamentação da matéria. Possui sentido amplo e “envolve «outras manifestações de ‘criação’ de direito», melhor dizendo, de ‘direito originário’, confiadas ao Governo, nos termos constitucionais (portugueses) – os decretos-leis”²⁷². Entretanto, como bem ressalta Di Pietro²⁷³, no Brasil, a lei “tem sentido formal, pelo fato de que emana do Poder Legislativo (ressalvadas algumas hipóteses previstas na Constituição, como é o caso das leis delegadas e medidas provisórias) e sentido também material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição sob a forma de princípios fundamentais”.

Católica de São Paulo, 2017. Pag. 24. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-legalidade_58edc7639c0a9.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.>>

²⁷¹ MAGALHÃES, António Malheiro de. *Restrições aos direitos e liberdades fundamentais e reserva de lei – os “limites dos limites” aos direitos e liberdades fundamentais*. Administração. Revista da Administração Pública de Macau. Pag. 694. Disponível em: <https://www.macaudata.com/upload_files/pdf/2018/08/18/2018081534566330794.pdf>. Acesso em: 12 de outubro de 2020.

²⁷² MAGALHÃES, António Malheiro de. *Restrições aos direitos e liberdades fundamentais e reserva de lei – os “limites dos limites” aos direitos e liberdades fundamentais*. Administração. Revista da Administração Pública de Macau. Pag. 694. Disponível em: <https://www.macaudata.com/upload_files/pdf/2018/08/18/2018081534566330794.pdf>. Acesso em: 12 de outubro de 2020.

²⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio de Legalidade*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Pag. 19. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-legalidade_58edc7639c0a9.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

Ainda assim, veja-se que eventual intervenção administrativa, que tenha como objetivo restringir direitos e liberdades fundamentais, poderá operar somente com base em uma lei, haja vista que a legitimidade da ação administrativa está condicionada a previsão normativa do caso. Observa-se, portanto, que há uma subordinação das restrições aos direitos e liberdades fundamentais ao princípio da reserva de lei material²⁷⁴.

A vinculação da possibilidade administrativa de agir à uma lei autorizativa, socorre-se na ideia de segurança jurídica, que por sua vez, reconduz a proteção da confiança. Isso porque, como refere Jorge Miranda²⁷⁵, a proteção da confiança, no sentido de que “podem pôr (confiança) nos atos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas”, é um direito dos cidadãos, ficando o Estado vinculado a um dever de boa-fé “de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares”.

Todavia, cientes de que os direitos fundamentais, em sua maioria, não são absolutos, é importante atentar também para o caráter restritivo das restrições, sem esquecer que limites de exercício não devem ser entendidos como restrições, pois além das restrições explícitas, expressamente previstas, temos as restrições implícitas, que merecem especial olhar, pois são provenientes da necessidade de resguardar outros interesses constitucionalmente protegidos, respaldados em “princípios constitucionais paralelos aos que alicerçam as restrições expressas”²⁷⁶, e não assentadas em preceitos avulsos²⁷⁷.

²⁷⁴ MAGALHÃES, António Malheiro de. *Restrições aos direitos e liberdades fundamentais e reserva de lei – os “limites dos limites” aos direitos e liberdades fundamentais*. Administração. Revista da Administração Pública de Macau. Pag. 694. Disponível em: < https://www.macaadata.com/upload_files/pdf/2018/08/18/2018081534566330794.pdf>. Acesso em: 12 de outubro de 2020. – O autor ainda consigna, baseado nos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, a impossibilidade de que alguma restrição possa ser “definida ou concretizada a não ser por lei”, descartando a restrição por regulamento, visto que não pode a “lei delegar em regulamento ou diferir para ele qualquer aspecto desse regime”.

²⁷⁵ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais* - Vol. 1. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016. Pag. 304 e ss.

²⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina, 2016. pag. 462.

²⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina, 2016. pag. 462.

As restrições implícitas são complexas, em razão da estrutura profunda dos direitos fundamentais. Como ensina Jorge Miranda²⁷⁸, essa natureza se manifesta tanto no caráter dos direitos fundamentais, como trunfo (Dworkin) ou armaduras (Schauer), “contra a decisão das maiorias políticas que garantem aos bens jusfundamentalmente tutelados uma proteção qualificada e privilegiada”, como também “no condicionamento dos direitos fundamentais por uma reserva geral de ponderação ou de compatibilização com todos os bens que mereçam, em Estado de Direito, proteção jurídica”.

Para Jorge Reis NOVAIS, esses bens (suscetíveis de justificar uma restrição à direitos fundamentais), não necessariamente precisam ter hierarquia constitucional²⁷⁹. Eventuais restrições aos direitos fundamentais decorrem e se justificam quando em decorrência da necessidade de proteção dos direitos e liberdades dos outros, da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática²⁸⁰.

Quando um direito comum está em risco, o interesse coletivo passa a ter o que John Rawls chama de prioridade lexical em relação ao interesse individual. A expressão deriva do exemplo mais familiar que se tem de ordenação: um dicionário²⁸¹. O autor estabeleceu, como um dos fios condutores de suas análises, que “essa é uma ordem que exige que satisfaçamos o primeiro princípio ordenado antes que possamos avançar para o segundo, e o segundo antes de considerarmos o terceiro, e assim por diante. Desse modo, um princípio não poderia ser satisfeito sem que seus precedentes sejam cumpridos totalmente ou

²⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina, 2016. pag. 463.

²⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra editora, 2012. p. 117.

²⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 121.

²⁸¹ Sobre a terminologia, o autor explica: “The term ‘lexicographical’ derives from the fact that the most familiar example of such an ordering is that of words in a dictionary. To see this, substitute numerals for letters, putting “1” for “a” “2” for “b” and so on, and then rank the resulting strings of numerals from left to right, moving to the right only when necessary to break ties”. <<RAWLS, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Pag. 37.>>

não se apliquem”²⁸². O “primeiro: toda pessoa deve ter direito igual à mais ampla liberdade básica com uma liberdade similar para outros”²⁸³; já o “segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de modo que (a) se espere, razoavelmente, que o sejam para o benefício de todos e (b) estejam vinculadas a profissões e a cargos abertos a todos.”²⁸⁴. Portanto, “essas liberdades têm um âmbito central de aplicação dentro do qual podem ser limitadas e comprometidas apenas quando entram em conflito com outras liberdades básicas. Uma vez que podem ser limitadas quando colidem umas com as outras, nenhuma dessas liberdades é absoluta; mas, por mais que sejam ajustados para formar um sistema, este sistema deve ser o mesmo para todos”²⁸⁵.

Pelo exposto, as restrições aos direitos fundamentais por circunstâncias não expressas, podem vir a ser concretizadas quando for verificada a necessidade de proteção de direitos e liberdades de outras pessoas, da ordem pública ou do bem-estar da coletividade.

Com efeitos, e alinhado ao que já foi dito, os deveres fundamentais, através de seus traços mais aparentes, nos reconduzem aos princípios estruturantes do Estado, posto que são a expressão de valores comunitários embasados nos princípios constitucionais²⁸⁶. Ocorre que os “princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos

²⁸² Tradução livre. “This is an order which requires us to satisfy the first principle in the ordering before we can move on to the second, the second before we consider the third, and so on. A principle does not come into play until those previous to it are either fully met or do not apply”. << RAWLS, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Pag. 38.>>

²⁸³ Tradução livre. “First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others.”. << RAWLS, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Pag. 53.>>

²⁸⁴ Tradução livre. “Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all”. << RAWLS, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Pag. 53.>>

²⁸⁵ Tradução livre. “These liberties have a central range of application within which they can be limited and compromised only when they conflict with other basic liberties. Since they may be limited when they clash with one another, none of these liberties is absolute; but however they are adjusted to form one system, this system is to be the same for all”. << RAWLS, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Pag. 53.>>

²⁸⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015. pp. 127 e ss.

a serem realizados por diferentes meios”²⁸⁷. Com natureza semelhante, os deveres fundamentais também não são, em geral, diretamente aplicáveis pelos operadores jurídicos concretos²⁸⁸. Porém, em sendo a proteção e promoção da saúde, um dever associado a um direito social, que implica em um comportamento de todos os indivíduos de uma sociedade, repousando sobre os valores de fraternidade²⁸⁹, e sendo exercido numa perspectiva de reciprocidade e solidariedade, seu conteúdo está definido em função do interesse comum, “ao menos em tudo aquilo que ultrapasse a lesão directa de bens individuais”²⁹⁰.

Assim, está em evidência que os deveres fundamentais possuem estreita relação com o *princípio da solidariedade*, ou seja, que toda a sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um²⁹¹. É o que CANOTILHO²⁹² denomina de responsabilidade compartilhada (*shared responsibility*), como já amplamente reconhecido na esfera do direito ambiental, cujos efeitos recaem tanto no presente, quanto para as gerações futuras.

Demonstrada a possibilidade de limitação de direitos fundamentais, bem como que as liberdades, enquanto direitos fundamentais, não são absolutas, passamos à análise que se aproxima da realidade prática do tema objeto deste estudo, para que possamos entender o significado normativo dos preceitos constitucionais relativos aos deveres fundamentais e, posteriormente, estudar

²⁸⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação constitucional como interpretação específica*. p. 95. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

²⁸⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015. p. 157.

²⁸⁹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 201.

²⁹⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). Coimbra : Almedina, 2015. p. 124.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. p. 2014. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

²⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra : Coimbra, 2004. p. 178.

uma situação concreta da vida, qual seja o dever de vacinação - dever instrumental do dever fundamental de promoção e proteção da saúde (dever primário).

4. 2. 1. O significado normativo dos deveres fundamentais

Como recém demonstrado, os preceitos relativos a deveres fundamentais, a rigor, não são diretamente aplicáveis pelos operadores jurídicos concretos (o juiz, a administração e os próprios particulares)²⁹³. Isto se deve ao fato de que, além de possuírem uma estrutura que, em certa medida, se assemelha a dos direitos sociais (direitos a prestações que foram atribuídas ao Estado), não revelam, ao legislador ou aos operadores jurídicos concretos, todo seu significado normativo²⁹⁴. Ademais, os preceitos constitucionais relativos aos deveres fundamentais não devem ser entendidos como meramente proclamatórios, tampouco como simples noras programáticas²⁹⁵, pois, com efeito, tratam-se de normas jurídico-constitucionais com específica eficácia jurídica para além daquelas normas programáticas, uma vez que consagram jurídicas subjetivas dos indivíduos, ainda que passivas²⁹⁶. Ainda, para NABAIS, os preceitos constitucionais dos deveres fundamentais, “sempre contêm, para além das imposições ou ordens constitucionais ao legislador, uma autorização a este para fixar com grande margem de liberdade a sancionação pelo seu não cumprimento”²⁹⁷.

²⁹³ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 358 e ss.

²⁹⁴ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 358.

²⁹⁵ Segundo PIMENTA, “As normas constitucionais programáticas podem ser definidas, de maneira sintética, como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir”. Por terem conteúdo diversificado e serem formuladas por meio de diferentes tipos de enunciados prescritivos, podem ser classificadas como normas programáticas em sentido estrito, normas programáticas meramente definidoras de programas, normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, e normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado. << PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível*. Revista de informação legislativa : vol. 49, nº. 193 (jan./mar. 2012). pp. 9 e ss.

²⁹⁶ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 358 e ss.

²⁹⁷ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 358 e ss.

Na medida em que cada dever fundamental constitui um instituto jurídico fundado em um valor essencial para a coletividade e para os indivíduos e é formalmente reconhecido e normativamente valorado pela constituição, deve ser entendido como “uma unidade do respectivo preceito constitucional com a correspondente conformação legal necessária à sua concretização conteudística e/ou à sua sanção”²⁹⁸.

O significado normativo dos deveres fundamentais perante os operadores jurídicos concretos, quais sejam o juiz, a administração e os próprios particulares, deve ser abordado de forma individualizada, para melhor elucidação.

4. 2. 1. 1. O significado normativo dos deveres fundamentais perante os operadores jurídicos concretos: o juiz

Quanto ao juiz, em razão de sua função de guardião da ordem jurídica, este pode ser convocado a interpretar e a aplicar diretamente a constituição face as questões de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. NABAIS ainda adverte que “o significado em causa deriva assim do carácter paramétrico do direito constitucional face ao direito ordinário e do sistema de controlo em que o mesmo se concretiza, e não do sistema de deveres fundamentais ou do sistema de direitos fundamentais entendido como uma matéria aglutinadora de todo o estatuto constitucional do indivíduo e do cidadão”²⁹⁹.

Nesse compasso, a título exemplificativo do exposto, cabe referir que recentemente a Corte Constitucional brasileira foi provocada a se manifestar sobre dois temas de extrema relevância, no âmbito do dever fundamental de proteção e promoção da saúde, que serão abordados na frente. Nas Ações

²⁹⁸ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 361

²⁹⁹ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 363.

Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6.586 e n.º 6.587³⁰⁰, a referida Corte foi provocada tanto a interpretar conforme à Constituição a questão da vacinação compulsória e outras medidas profiláticas no combate à pandemia causada pela “volatilidade” do *novo Coronavírus*, bem como a analisar a constitucionalidade de determinado dispositivo de lei federal, sobre o mesmo tema.

³⁰⁰ Ementa: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV - A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (ADI 6586, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021)

Para além dessa Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, através do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.267.879, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.103³⁰¹), debateu acerca da possibilidade dos pais (ou responsáveis / tutores) deixarem de vacinar os seus filhos (ou tutelados), em desacordo com Programa Nacional de Imunizações (PNI), tendo como fundamento suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais.

³⁰¹ Ementa: Direito constitucional. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Vacinação obrigatória de crianças e adolescentes. Ilegitimidade da recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica. 1. Recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que determinou que pais veganos submetessem o filho menor às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, a despeito de suas convicções filosóficas. 2. A luta contra epidemias é um capítulo antigo da história. Não obstante o Brasil e o mundo estejam vivendo neste momento a maior pandemia dos últimos cem anos, a da Covid-19, outras doenças altamente contagiosas já haviam desafiado a ciência e as autoridades públicas. Em inúmeros cenários, a vacinação revelou-se um método preventivo eficaz. E, em determinados casos, foi a responsável pela erradicação da moléstia (como a varíola e a poliomielite). As vacinas comprovaram ser uma grande invenção da medicina em prol da humanidade. 3. A liberdade de consciência é protegida constitucionalmente (art. 5º, VI e VIII) e se expressa no direito que toda pessoa tem de fazer suas escolhas existenciais e de viver o seu próprio ideal de vida boa. É senso comum, porém, que nenhum direito é absoluto, encontrando seus limites em outros direitos e valores constitucionais. No caso em exame, a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos (arts. 5º e 196), bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227). 4. De longa data, o Direito brasileiro prevê a obrigatoriedade da vacinação. Atualmente, ela está prevista em diversas leis vigentes, como, por exemplo, a Lei nº 6.259/1975 (Programa Nacional de Imunizações) e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tal previsão jamais foi reputada inconstitucional. Mais recentemente, a Lei nº 13.979/2020 (referente às medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19), de iniciativa do Poder Executivo, instituiu comando na mesma linha. 5. É legítimo impor o caráter compulsório de vacinas que tenha registro em órgão de vigilância sanitária e em relação à qual exista consenso médico-científico. Diversos fundamentos justificam a medida, entre os quais: a) o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); b) a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança). 6. Desprovimento do recurso extraordinário, com a fixação da seguinte tese: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar” (ARE 1267879, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-064 DIVULG 07-04-2021 PUBLIC 08-04-2021)

4. 2. 1. 2. O significado normativo dos deveres fundamentais perante os operadores jurídicos concretos: a administração

No que diz respeito a administração, em razão de sua natureza executora e, portanto, subordinada à lei ordinária, cabe a observância desta, inclusive por atenção ao princípio constitucional da legalidade. Contudo cabe pontuar a exceção da situação em que determinado preceito constitucional relativo a direitos, garantias e liberdade, tinha aplicabilidade direta pela administração, oportunidade em que cabe a esta aplicar preceitos constitucionais nos termos e medidas da lei³⁰². Como exemplo, podemos citar os deveres fundamentais de pagar impostos, de defesa da pátria e de voto, onde a administração presta o principal suporte de organização e realização desses valores coletivos constitucionais.

Assim, os deveres fundamentais, na forma aqui entendida, não se apresentam para a administração como deveres constitucionais, mas sim deveres legais³⁰³.

4. 2. 1. 1. O significado normativo dos deveres fundamentais perante os operadores jurídicos concretos: os particulares

Por seu turno, significado normativo dos deveres fundamentais face aos particulares, revela que esses não são diretamente aplicáveis por estes, haja vista que seu conteúdo pende de mediação do legislador ordinário. Importa ressaltar, conforme assevera NABAIS, que mesmo na hipótese de haver conteúdo com concretização constitucional (diretos-deveres, como a escolaridade básica obrigatória) “não estamos perante deveres fundamentais directamente aplicáveis, mas antes perante direitos fundamentais directamente

³⁰² NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 364 e ss

³⁰³ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 365.

aplicáveis: por força do princípio da liberdade, só o segmento direito, e já não o segmento dever, é diretamente aplicável”³⁰⁴.

Desse modo, da mesma forma que para a administração, os deveres fundamentais são para os particulares essencialmente deveres legais, e não deveres constitucionais³⁰⁵.

4. 2. 2. O legislador como “destinatário de passagem” dos deveres fundamentais

Os preceitos constitucionais referentes aos deveres fundamentais, dirigem-se sobretudo ao legislador ordinário. Logo, há que se compreender que papel deste, na disciplina e efetivação dos deveres fundamentais, podendo ser percebido sob três perspectivas: a do significado normativo de tais preceitos constitucionais para o legislador seu primeiro e necessário destinatário; a das modalidades ou formas de atuação normativa do legislador ou de outros órgãos normativos convocados pelos mesmos; e a dos termos ou condições em que essa atuação normativa pode ser realizada³⁰⁶.

Em primeiro lugar, ainda que o indivíduo seja o destinatário principal e final dos deveres fundamentais, o legislador se apresenta como “destinatário de passagem” de tais normas³⁰⁷. Desse modo, quando os preceitos dos deveres fundamentais possuírem caráter indireto ou incidental sempre que esses preceitos não se limitarem a habilitações ou autorizações constitucionais ao legislador, a atividade do legislador está em regulamentar os modos de cumprimento, contudo, em havendo conteúdo definido, vinculam o legislador nos termos e na medida em que concretizados na constituição³⁰⁸.

³⁰⁴ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 365.

³⁰⁵ Nesse contexto, NABAIS rejeita a ideia de uma elevação constitucional proposta por algumas teses doutrinárias, a saber: a dos “deveres fundamentais derivados” e “direitos derivados a prestações” <<NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 365 e ss >>.

³⁰⁶ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 366.

³⁰⁷ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 361.

³⁰⁸ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 366.

Em segundo lugar, os preceitos constitucionais que consagram deveres fundamentais, em relação ao legislador, podem ser tanto imposições constitucionais de caráter permanente (ainda que indiretas), quanto autorizações ou habilitações para legislar³⁰⁹.

Por fim, em relação aos termos ou condições em que a atuação normativa pode ser realizada em matéria de deveres fundamentais, cabe destacar que, além da competência do legislador para concretizar os deveres e definir sanções, não há um regime específico e válido para todos os deveres (válido para as restrições aos direitos, liberdades e garantias) - o que leva à aplicação de princípios constitucionais gerais, como solução³¹⁰.

Todavia, o dever fundamental de promoção e proteção da saúde, por se tratar de um dever associado a um direito fundamental, tanto no sistema constitucional português, quanto no sistema constitucional brasileiro, tem sua concretização através da reserva absoluta de lei parlamentar. Tal afirmação se confirma na leitura do artigo 165, n.º 1, alínea “b”, da Lei Fundamental portuguesa³¹¹, que prevê a competência da Assembleia da República para legislar sobre Direitos, liberdades e garantias, assim como, no artigo 24, inciso XII, da Carta Magna brasileira³¹², que prevê a competência concorrente entre os parlamentos federal, estadual e municipal, para legislar sobre proteção e defesa da saúde.

³⁰⁹ Cf. NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 367 e ss.

³¹⁰ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. pp. 371 e ss.

³¹¹ “Artigo 165.º Reserva relativa de competência legislativa 1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) b) Direitos, liberdades e garantias;” << PORTUGAL. ASSEMBLEIA CONSTITUINTE (1976), Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/legislacao/documents/constpt2005.pdf> >>.

³¹² “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

4. 3. O dever de se vacinar

Em razão de nosso contato pessoal e intenso com o Rotary³¹³ Club Porto Alegre – São João há mais de 25 anos, acompanhamos os dilemas da tentativa de erradicação da Poliomielite (também chamada de *pólio* ou paralisia infantil), através da vacinação de crianças, que encontra resistência por parte dos pais, da comunidade, de entidades religiosas e governamentais, por motivos principalmente religiosos, mas também por informações errôneas e rumores de conspiração³¹⁴, em dois países Asiáticos: Paquistão e Afeganistão³¹⁵. Com certeza, essas vivências foram determinantes para a escolha da temática deste trabalho. Portanto, trataremos neste tópico da questão prática da vacinação, enquanto dever instrumental do dever fundamental de promoção e proteção da saúde (dever primário)³¹⁶.

Prima facie a prática da vacinação parece ser moralmente inquestionável, pois é considerada uma das maiores conquistas da humanidade no controle e erradicação de doenças infectocontagiosas³¹⁷. Outrossim, seu uso deve ser feito em um contexto de credibilidade, que deve considerar as variações geográficas, sociais, educacionais, morais, individuais e culturais existentes. Tendo em vista tratar-se de uma das técnicas e políticas de segurança médica

³¹³ “O Rotary é uma rede global de líderes comunitários, amigos e vizinhos que veem um mundo onde as pessoas se unem e entram em ação para causar mudanças duradouras em si mesmas, nas suas comunidades e no mundo todo. (...) A Missão do Rotary International é servir ao próximo, difundir a integridade e promover a boa vontade, paz e compreensão mundial por meio da consolidação de boas relações entre líderes profissionais, empresariais e comunitários.” Disponível em: < <https://www.rotary.org/pt/about-rotary> >. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

³¹⁴ PRICE, Sallyann Price; HYLAND, Ryan. *Missão humanitária*. 2013. Disponível em: < <https://www.rotary.org/pt/mission-repair-lives> >. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

³¹⁵ A título de curiosidade, este ponto do trabalho teve de ser retomado antes da entrega final, pois em agosto de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) certificou que a região africana já está livre da Poliomielite, após quatro anos sem nenhum caso na Nigéria. Disponível em: <<https://www.who.int/es/news-room/detail/25-08-2020-global-polio-eradication-initiative-applauds-who-african-region-for-wild-polio-free-certification>>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

³¹⁶ Em referência à análise feita no item 2. 6. 5. do presente estudo.

³¹⁷ SCHRAMM, Joyce; OLIVEIRA, Andreia; LEITE, Iuri; VALENTE, Joaquim; GADELHA, Angela; PORTELA, Margareth; CAMPOS, Monica. *Transição epidemiológica e o estudo de carga de doença no Brasil*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 9 - nº 4. p. 897 - 908. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Out. 2004. p. 897 e ss.

mais difundida e globalizada³¹⁸, parece difícil eliminar a atração moral exercida pela vacinação em todas as idades, ambos os sexos e todas as populações³¹⁹.

De fato, os programas de vacinação ganharam credibilidade e obtiveram sucesso na eliminação, por exemplo, da varíola, a quase erradicação da poliomielite, principalmente com os esforços e investimentos rotários, como já mencionado anteriormente, e com a diminuição da incidência de doenças tais como caxumba, sarampo e catapora³²⁰.

Independentemente deste êxito ser corriqueiramente interpretado como reflexo do princípio da imunidade coletiva - “o qual assume que os benefícios das vacinas são maiores quanto mais indivíduos de uma comunidade são imunizados”³²¹ - o controle das doenças nos ditos países desenvolvidos se deu em razão da melhoria da condição sanitária, associando higiene e vacinação, e, nos países mais pobres, devido essencialmente à vacinação em massa³²². No entanto, um dos grandes desafios destes países, no âmbito da saúde pública, tem sido manter altas taxas de cobertura vacinal para o controle e a prevenção de epidemias ou para evitar o ressurgimento daquelas já controladas, ampliando, cada vez mais, a noção de responsabilidade do indivíduo pela proteção e manutenção de sua saúde para a proteção coletiva e, conseqüentemente, a melhoria da saúde da comunidade³²³.

³¹⁸ SCHRAMM, Joyce; OLIVEIRA, Andreia; LEITE, Iuri; VALENTE, Joaquim; GADELHA, Angela; PORTELA, Margareth; CAMPOS, Monica. *Transição epidemiológica e o estudo de carga de doença no Brasil*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 9 - nº 4. p. 897 - 908. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Out. 2004.p. 897 e ss.

³¹⁹ MOULIN, Anne Marie. *A hipótese vacinal: por uma abordagem crítica e antropológica de um fenômeno histórico*. História, Ciências, Saúde - Manguinhos 2003, 499 e ss.

³²⁰ PLOTKIN, Susan L. PLOTKIN, Stanley A. *A Short history of vaccination*. In: Plotkin SA, Orenstein WA, organizadores. *Vaccines*. Philadelphia: Saunders; 2004. p. 1 e ss.

³²¹ SCHRAMM, Joyce; OLIVEIRA, Andreia; LEITE, Iuri; VALENTE, Joaquim; GADELHA, Angela; PORTELA, Margareth; CAMPOS, Monica. *Transição epidemiológica e o estudo de carga de doença no Brasil*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 9 - nº 4. p. 897 - 908. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Out. 2004.p. 897 e ss.

³²² RITVO, Paul; WILSON, Kumanan; WILLMS, Dennis; UPSHUR, Ross; GOLDMAN, Adam; KELVIN, David; ROSENTHAL, Kenneth L; RINFRET, Aline; KAUL, Rupert; KRAHN, Murray. *Vaccines in the public eye*. Nat Med 2005, p. 20 e ss.

³²³ Dernier Y. *On personal responsibility and the human right to healthcare*. Camb Q Health Ethics, 2005, p. 224 e ss.

Neste contexto, Schramm afirma que "a saúde não é mais, em última instância, um direito do cidadão e um dever do Estado, mas, ao contrário, [tornou-se] um dever do cidadão e um direito do Estado"³²⁴, pois se estaria frente ao "princípio da proteção do 'corpo social' contra as ameaças de indivíduos e grupos que possam prejudicá-lo"³²⁵. Contudo, não percebemos essa metamorfose como, ao fim, um direito do Estado, mas sim como um dever fundamental do indivíduo e, portanto, para com a coletividade. Assim, a limitação das liberdades individuais poderia vir a ser legítima, atendendo ao valor constitucional da proteção e promoção da saúde.

O conflito moral a ser resolvido é, portanto, saber como contrabalançar as liberdades individuais face ao dever fundamental de proteção e promoção da saúde, no âmbito da vacinação - considerando sempre os princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça - em relação aos da responsabilidade, solidariedade e justiça social, no âmbito coletivo.

Com efeito, os atuais programas de vacinação passam à boa parcela da população leiga, uma impressão positiva associada às vacinas entendidas como realidade empiricamente observável, especificamente naquelas circunstâncias em que seu uso é amplamente disseminado em todas as populações³²⁶. Isso leva a uma distinção da percepção social e da importância dispensada às doenças entre as populações mais pobres e menos esclarecidas em relação às mais favorecidas financeiramente, pois nesta camada social a maior preocupação diz respeito aos efeitos adversos das vacinas, como Souza e Teixeira³²⁷ demonstram, por exemplo, ao analisarem os motivos da recusa à

³²⁴ SCHRAMM, Fermin Roland. *A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública*. Revista Brasileira de Bioética, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 187 -200, 2006. p. 187 e ss.

³²⁵ SCHRAMM, Fermin Roland. *Bioética da proteção em Saúde Pública*. Bioética e saúde pública. São Paulo, Loyola, 2003. p. 71-84.

³²⁶ Outrossim, em países menos desenvolvidos como o Brasil, a transição epidemiológica não tem ocorrido de acordo com o modelo experimentado pela maioria dos países desenvolvidos, pois ainda convivemos com as "velhas" doenças negligenciadas e tendo que enfrentar as "novas" doenças crônico-degenerativas. << SCHRAMM, Joyce; OLIVEIRA, Andreia; LEITE, Iuri; VALENTE, Joaquim; GADELHA, Angela; PORTELA, Margareth; CAMPOS, Monica. *Transição epidemiológica e o estudo de carga de doença no Brasil*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 9 - nº 4. p. 897 - 908. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Out. 2004.p. 897 e ss >>.

³²⁷ Souza EP, Teixeira MS. *Pandemic influenza A/H1N1 vaccination coverage, adverse reactions and reasons for vaccine refusal among medical students in Brazil*. Rev. Inst. Med. Trop. São

vacinação contra H1N1 por estudantes de medicina de uma universidade pública do Rio de Janeiro, onde descobriu-se que o medo de reações adversas é a segunda maior causa da recusa à vacinação, atrás apenas do fator “falta de tempo”³²⁸. Assim sendo, surgem questões a serem discutidas que, até então, não faziam parte dos debates sociais e acadêmicos, como a relação às reações adversas, à obrigatoriedade de certas vacinas em determinados grupos ou faixa etárias e das ações judiciais indenizatórias contra o Estado ou contra a indústria farmacêutica.

O fato é que o debate sobre a moralidade dos programas de imunização até pode se fazer necessário, considerando que as vacinas são, em sua maioria, administradas a milhões de pessoas saudáveis e, principalmente em crianças, havendo profissionais da área da saúde que questionam o risco epidêmico, ou a falta de uma percepção adequada desse risco³²⁹. Nesse sentido, a bioética em razão de sua multidisciplinariedade, vem analisando criticamente este tipo de conflito, para então fornecer argumentos cogentes de forma a orientar atitudes com legitimidade e respeito à alteridade, e contrabalanceando o valor moral da responsabilidade individual com o coletivo³³⁰.

Entretanto, nos restringiremos ao estudo do dever fundamental de proteção e promoção da saúde, partindo da premissa de que, se as vacinas

Paulo 2012; 54(2):77-82. Citado em: SCHRAMM, Fermin Roland. LESSA, Sérgio. *Proteção individual versus proteção coletiva: análise bioética do programa nacional de vacinação infantil em massa*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 20 - nº 1. p. 115 - 124. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Jan. 2015. p. 117.

³²⁸ SCHRAMM, Joyce; OLIVEIRA, Andreia; LEITE, Iuri; VALENTE, Joaquim; GADELHA, Angela; PORTELA, Margareth; CAMPOS, Monica. *Transição epidemiológica e o estudo de carga de doença no Brasil*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 9 - nº 4. p. 897 - 908. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Out. 2004. p. 897 e ss.

³²⁹ SCHRAMM, Fermin Roland. LESSA, Sérgio. *Proteção individual versus proteção coletiva: análise bioética do programa nacional de vacinação infantil em massa*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 20 - nº 1. p. 115 - 124. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Jan. 2015. p. 117.

³³⁰ SCHRAMM, Fermin Roland. LESSA, Sérgio. *Proteção individual versus proteção coletiva: análise bioética do programa nacional de vacinação infantil em massa*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 20 - nº 1. p. 115 - 124. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Jan. 2015. pp. 117 e ss. Os autores ainda afirmam que a saúde pública deve ser vista com enfoque bioético, considerando as questões de poder e de biopoder que estão estabelecidas nas ações sanitárias atuais, as quais implicam o controle de comportamentos individuais em prol do interesse da coletividade.

foram (avaliadas, testadas e) liberadas pela autoridade pública sanitária, temos um método que se revelou seguro e eficaz.

Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE³³¹, o dever de defesa e promoção da saúde “além de exprimir o valor da saúde pública, pode ser considerado um elemento de um direito de solidariedade, do direito a um ambiente saudável (e sustentável). De qualquer modo, o estabelecimento do dever não afecta o conteúdo do direito individual à proteção e promoção da saúde, podendo sim, justificar restrições da liberdade por via legislativa (proibição de fumar, obrigatoriedade de vacinação)”.

Entretanto, conforme analisado no tópico anterior, o dever fundamental de promoção e proteção da saúde, por se tratar de um dever associado a um direito fundamental, tem sua concretização como parte da reserva absoluta de lei parlamentar (tanto em Portugal³³², como no Brasil³³³). Assim, é inviável propor a utilização de princípios constitucionais de carácter geral como solução constitucional, na busca pela concretização de um dever instrumental ao dever fundamental de proteção da saúde, ainda que em nome de um valor constitucional.

Em Portugal, verifica-se que a vacinação antidiftérica e antitetânica é obrigatória, contudo, sua previsão se deu pelo Decreto-Lei n.º 44.198³³⁴ de 1962 (anterior a Constituição vigente). Portanto, há um dever fundamental de vacinação contra difteria e tétano, cujo descumprimento acarreta na impossibilidade de o indivíduo frequentar ou fazer exame em qualquer estabelecimento de ensino ou ser admitido em quaisquer funções públicas, dos corpos administrativos, dos organismos corporativos e de coordenação económica ou das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa. O não cumprimento voluntário, sem prejuízo das sanções aplicáveis, implica em convocação para comparecer, em dia e hora designados, em local marcado para

³³¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. - 6ª ed. Coimbra : Almedina, 2019, p. 153.

³³² Por previsão do artigo 165, n.º 1, alínea “b”, da Lei Fundamental portuguesa.

³³³ Por previsão do artigo 24, inciso XII, da Carta Magna brasileira.

³³⁴ Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/44198-1962-519028>>.

a vacinação. Cabe pontuar que eventual transgressão seria punida nos termos do artigo 28.º do Decreto n.º 13166, de 28 de janeiro de 1927³³⁵, contudo sobreveio o Decreto-Lei 569/76³³⁶ revogando o referido diploma de 1927. Assim, para além das restrições impostas (sanções indiretas), não se verifica sanções diretas atualmente vigentes.

No Brasil, a Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975³³⁷, determinou ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações³³⁸, onde deveria constar as vacinações, inclusive as de carácter obrigatório. Ainda, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020³³⁹, previa, em seu artigo 3º, letra “d”, a possibilidade de as autoridade adotarem a vacinação, como medida de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional (pandemia COVID-19), haja vista que, a época da publicação da norma, ainda não estava disponível. Assim, observa-se que há diversas vacinas que possuem carácter obrigatório para a sociedade brasileira, cuja sanção pelo dever fundamenta de vacinação, que constitui infração sanitária e sujeita o infrator às penalidades previstas em lei, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis. Nessa situação, as normas aplicáveis seriam as dispostas na Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que estabelecem as sanções para as infrações sanitárias, especialmente o disposto no artigo 10³⁴⁰. Portanto, há previsão de sanção direta para o caso de descumprimento do dever instrumental de vacinação.

³³⁵ “Art. 28. É estabelecida a sanção penal de multa de 300\$ para a inobservância das disposições legais contidas nos vários regulamentos, portarias, editais e leis relativas à saúde pública, assim como para a falta de cumprimento das instruções e determinações que para a aplicação das leis e regulamentos emanem da Direcção Geral de Saúde. § único. Exceptuam-se as infracções para as quais esteja estabelecida penalidade especial nas leis e regulamentos” Disponível em: < <https://files.dre.pt/1s/1927/02/03400/02370241.pdf>>.

³³⁶ “Art. 4.º É revogado o Decreto 13166, de 18 de Fevereiro de 1927.” Disponível em: < <https://dre.tretas.org/dre/62354/decreto-lei-569-76-de-19-de-julho>>.

³³⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm>.

³³⁸ Disponível em: <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt0597_08_04_2004.html>.

³³⁹ “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (...) d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>.

³⁴⁰ “Art. 10 - São infrações sanitárias: (...) VIII - reter atestado de vacinação obrigatória, deixar de executar, dificultar ou opor-se à execução de medidas sanitárias que visem à prevenção das doenças transmissíveis e sua disseminação, à preservação e à manutenção da saúde: pena - advertência, interdição, cancelamento de licença ou autorização, e/ou multa;” << Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>>.

Ainda assim, a vacinação obrigatória foi objeto de recente apreciação da Corte Constitucional brasileira, na última sessão de julgamento do ano de 2020. A primeira situação diz respeito à vacinação obrigatória de crianças, cujos pais não concordavam com a imunização – portando, em referência ao consolidado plano de vacinação nacional. O caso foi apreciado em sede de repercussão geral (Tema 1.103) restando fixada a tese de que "É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, *com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar*" (grifos nossos).

Já nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.586 e n.º 6.587, o Supremo Tribunal Federal foi provocado sobre a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, referida anteriormente, que implementou medidas em razão da pandemia que ainda se vive. Na oportunidade, aquela corte fixou tese no sentido de que "(I) *A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência*" (grifos nosso).

Portanto, não ignorando a importância da adesão voluntária de postura solidária e da concepção de uma visão comum e harmônica, por parte da

coletividade, verificou-se que o legislador possui essencial importância na medida em que concretiza o dever fundamental de proteção e promoção da saúde.

Considerações finais

Edgar MORIN já afirmava que “o enfraquecimento da percepção do global conduz ao enfraquecimento da responsabilidade (cada qual tende a ser responsável apenas por sua tarefa especializada), assim como ao enfraquecimento da solidariedade (cada qual não mais sente os vínculos com seus concidadãos)³⁴¹. Partindo dessa reflexão, procurou-se demonstrar a importância da democratização dos deveres fundamentais na edificação de uma sociedade (mais) sustentável.

Como demonstrou-se, os deveres fundamentais são um instituto jurídico-constitucional, autônomo aos direitos fundamentais, passíveis de sanção (direta ou indireta) em virtude do seu descumprimento, que se traduzem na responsabilidade comunitária do indivíduo para com a sua comunidade (organizada). Além de serem verdadeiros pressupostos de existência e funcionamento do Estado (moderno), encontram seu fundamento último no ser humano e na sua dignidade.

O dever fundamental de proteção e promoção da saúde, por sua vez, faz parte de um grupo de deveres que primam pelos valores compartilhados por toda comunidade humana, sendo cada vez mais imprescindível sua atenção e proteção, em vista da própria sobrevivência de nossa espécie. Todavia, ainda que se considere o dever de defesa e promoção da saúde como um elemento de um direito fundamental, para além da sua função de exprimir o valor (ou interesse) comunitário da saúde pública, tal configuração não afetaria o conteúdo do direito individual à proteção e promoção da saúde, razão pela qual pode vir a justificar restrições de liberdade

Ainda que não expressamente previsto na Constituição Brasileira vigente consideramos ser possível falar em um dever fundamental de proteção e promoção da saúde, em moldes semelhantes ao delineado pela Constituição

³⁴¹ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. / Título original: *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*. / Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; / Revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. - 2. ed. - São Paulo : Cortez ; Brasília, DF : UNESCO, 2000. p. 40.

Portuguesa, pois, ao analisarmos detalhadamente os preceitos constitucionais sociais, verificou-se que o dever fundamental de proteção e promoção da saúde se apresenta de forma implícita.

Quanto ao significado normativo dos deveres fundamentais, identificou-se que os preceitos relativos aos deveres fundamentais encontram força jurídica em si mesmos, e que tem no o legislador ordinário o seu “destinatário de passagem”, ainda que o destinatário principal e final seja o indivíduo. Isto é, compete ao legislador ordinário concretizar os preceitos constitucionais relativos a deveres fundamentais, além de sempre haver margem para que fixe sanções.

Na oportunidade em que foi abordado o dever fundamental de vacinação, aferiu-se que por se tratar de um dever associado a um direito fundamental, tem sua concretização como parte da reserva absoluta de lei parlamentar (tanto em Portugal, como no Brasil). Desse modo, demonstrou-se inviável a utilização de princípios constitucionais de caráter geral como solução constitucional, na busca pela concretização de um dever instrumental ao dever fundamental de proteção da saúde, ainda que em nome de um valor constitucional. Por tal razão, o legislador ordinário apresentou-se de forma essencial, na medida em que concretizar o dever fundamental de proteção e promoção da saúde.

Importa ressaltar que, no que se refere ao dever fundamental de proteção e promoção da saúde, no âmbito brasileiro, se percebeu, como “efeito colateral” da ausência de *status de dever fundamental evidente*, contribui com a cultura de demandas egoístas e de *subsídiodependência*³⁴², dos indivíduos frente ao Estado. Por outro lado, verificou-se, em diversas oportunidades, que o léxico jurídico do constitucionalismo contemporâneo brasileiro apresenta resistência em valorar outras categorias que não a de direitos, da mesma forma que parcela considerável da doutrina brasileira relutância em conceber que os deveres fundamentais integram a constituição da pessoa, ao passo que os deveres de proteção (tarefas constitucionais) integram a constituição do Estado.

³⁴² Em alusão a terminologia utilizada pelo Sr. Prof. Dr. Jorge Miranda em: MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra : Almedina, 2016. p. 42.

Todavia, ao fim, é justamente pela insuficiência de realização dos direitos fundamentais, especialmente na área da saúde, que se esforça os deveres fundamentais, mostrando-se capaz de cooperar para a consecução de nível superior de eficácia social. Aliada a essa perspectiva, julgamos oportuna e necessária a conscientização quanto aos custos dos direitos fundamentais e seus reflexos na coletividade, pois somente com a observância desses pontos (man)teremos um estado sustentável, em que os ideias de solidariedade e liberdade não se excluam. Nesse contexto, é vital a análise da realidade econômico-financeira do Estado e o respeito às políticas públicas e seus respectivos planejamentos, uma vez que elegem as prioridades sociais, possibilitando maximizar a eficácia das prestações sociais que foram atribuídas ao ente público.

Por fim, frisamos que a metodologia utilizada neste trabalho, consistiu em pesquisas bibliográficas, sendo utilizados livros, artigos de divulgação científica, assim como publicações periódicas, cujos temas guardavam relação com a temática dos deveres fundamentais e demais subtemas que foram desenvolvidos. Optou-se pela pesquisa qualitativa e exploratória, haja vista que, como se demonstrou, em que pese a relevância da temática, verifica-se a escassez de material doutrinário e abordagem em produções científicas.

Referências bibliográficas

- Agência de Notícias do Senado Federal. *Especialistas analisam abstenção recorde nas eleições de 2020*. 2020. <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/30/especialistas-analisam-abstencao-recorde-nas-eleicoes-de-2020>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2020.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. / Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo, Editora Nova Cultura. 1991.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes - Edição Bilíngüe - Lisboa, VEGA, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil - 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil - 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017.
- BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil - 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017.
- BRASIL. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.080/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 14ª reimpressão. Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (autores e coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. - 2. ed. - (Série IDP). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental à Educação na Lupa dos Tribunais (para além) de Contas*. Ebook, Porto Alegre: Editora Simplíssimo Livros, 2013.

DEMARCHI, Clovis. FONTANA, Douglas Cristian. Impactos das demandas judiciais no dever do Estado de prestar assistência farmacêutica. In: Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 113-130, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p113>. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio de Legalidade*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

- <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-legalidade_58edc7639c0a9.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.
- DOS SANTOS, Rebecca Mazzuchell. *O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais*. Cadernos de iniciação científica. Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. /Título original: *Taking rights seriously*. / Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTORNINHO, Maria João. MACIEIRINHA, Thiago. *Direito da saúde*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014.
- FERNANDES, Maria de Fátima Araújo. «*O Princípio Responsabilidade*» de Hans Jonas – *Em busca dos fundamentos éticos da educação contemporânea*. Dissertação de Mestrado. 2002. Universidade do Porto, Porto.
- FONTES, Grazielly Dos Anjos. HERCULANO, Eloísa Cunha. *Direitos fundamentais sociais: a efetividade a luz do dever fundamental*. p. 190. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix - Florianópolis : CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/3a01aj5a/3JHBSEB25Ovj7Np0.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2020.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 2007.
- GARCIA, Maria da Glória. *Despertar para o bem comum!*. In: Pato, João. Schmidt, Luisa. Gonçalves, Maria Eduarda. (orgs). *Bem comum: público e/ou privado?*. Lisboa: ICS. Imprensa de Ciências Sociais. 2013. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22896/1/ICS_JPato_LSchmidt_LEN.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2019.
- GOMES, Carla Amado. *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa, AAFDL, 1999.

- GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. / Título original: *Die Normative Kraft der Verfassung*. / Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. / Título original: *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten* / Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Edições 70, Lda.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* / Título original: *Reine rechtslehre*. - Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. 3ª tiragem. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. 16. ed. São Paul, Iglu, 2002.
- MAGALHÃES, António Malheiro de. *Restrições aos direitos e liberdades fundamentais e reserva de lei – os “limites dos limites” aos direitos e liberdades fundamentais*. Administração. Revista da Administração Pública de Macau. n.º 81, vol. XXI, 2008/3, 691-724. Macau, 2008. Disponível em: <https://www.macaudata.com/upload_files/pdf/2018/08/18/2018081534566330794.pdf>. Acesso em: 12 de outubro de 2020.
- MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.
- MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *O ensino obrigatório como dever fundamental no estado constitucional democrático*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.
- MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. *A Boa Administração como Elemento de Efetivação de Direitos Fundamentais*. In: *Atualidades na Ciência*

- Jurídica: Intercâmbio Ibero-americano.* ANJOS, Maria do Rosário. AZEVEDO, Patrícia. GONÇALVES, Rubén Miranda. VEIGA, Fábio da Silva. (editores). IPMAIA, 2018, pp. 191-201.
- MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. *As liberdades e o agir caótico.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/suzana-mendonca-liberdades-agir-caotico>>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado: a nova administração pública e o direito administrativo.* 1 ed. em e-book baseada na 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. BONAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988.* / coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho e Otávio Luiz Rodrigues Júnior. - Rio de Janeiro : Forense, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais - Vol. 1.* Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais.* Coimbra, Almedina, 2016.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Tomo IV. 3. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* / Coleção Fora de Série - 5. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2019.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MOESCH, Francisco José. *A justiça e a pandemia.* Disponível em <<https://www.iargs.com.br/a-justica-e-a-pandemia/>>. Acesso em: 18 de julho de 2020.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro.* / Título original: *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur.* / Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; / Revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. - 2. ed. - São Paulo : Cortez ; Brasília, DF : UNESCO, 2000.
- MOULIN, Anne Marie. *A hipótese vacinal: por uma abordagem crítica e antropológica de um fenômeno histórico.* História, Ciências, Saúde - Manguinhos 2003.

- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. - (Tese de doutoramento). – 4.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Obrigações*. - 1. ed - E-Book (não paginado) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra editora, 2012.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 12 de fevereiro de 2017.
- ONU. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017.
- Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017.
- Organização dos Estados Americanos. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de São Salvador"*. 1988. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017.
- Organização Mundial de Saúde; Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Relatório da Conferência internacional sobre Cuidados Primários de Saúde*. Alma-Ata, URSS, 6-12 de setembro de 1978. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39228/9241800011_por.pdf;jsessionid=A38022261EF9923ECF33B7144CE2C16F?sequence=5>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017.

- OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais – I*. Almedina. Coimbra, 2007.
- PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. - / . Ed. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método : 2011.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível*. Revista de informação legislativa : vol. 49, nº. 193 (jan./mar. 2012).
- PLOTKIN, Susan L. PLOTKIN, Stanley A. *A Short history of vaccination*. In: Plotkin SA, Orenstein WA, organizadores. *Vaccines*. Philadelphia: Saunders; 2004.
- PORTUGAL. Assembleia Constituinte. Constituição da República Portuguesa. 1976. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 03 de agosto de 2018.
- PRICE, Sallyann Price; HYLAND, Ryan. *Missão humanitária*. 2013. Disponível em: < <https://www.rotary.org/pt/mission-repair-lives>>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RITVO, Paul; WILSON, Kumanan; WILLMS, Dennis; UPSHUR, Ross; GOLDMAN, Adam; KELVIN, David; ROSENTHAL, Kenneth L; RINFRET, Aline; KAUL, Rupert; KRAHN, Murray. *Vaccines in the public eye*. Nat Med, 2005.
- ROTARY INTERNACIONAL. *Quem somos*. Disponível em: < <https://www.rotary.org/pt/about-rotary> >. Acesso em: 23 de outubro de 2020.
- ROVAN, JOSEPH. *Como tornar-se cidadão da Europa : primeiro os deveres, depois os direitos*. Tradução de por J. Freitas e Silva. Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1993.
- RUSCHEL, Caroline Vieira. *O dever fundamental de proteção ambiental*. In: Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 33, n. 2, 2007.

- SAMPAIO, Nelson de Souza. *ESTADO DE DIREITO - CONCEITO E CARACTERÍSTICAS*. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* | vol. 2 | p. 593 - 608 | Maio / 2011 | DTR\2012\1035.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é a coisa certa* / Michael J. Sandel, tradução 6ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – 6ª Edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, IngoWolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *Deveres fundamentais ambientais – a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental*. Revista de Direito Ambiental | vol. 67/2012 | p. 11 - 69 | Jul - Set / 2012 | DTR\2012\450452.
- SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In: Keinert, Tânia Margarete Mezzomo; Paula, Silvia Helena Bastos de; Bonfim, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo, Instituto de Saúde, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no brasil: principais aspectos e problemas*. p. 111 - 146. In: RÉ, Aluisio Lunes Monti Ruggeri, org. *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador : Jus PODVIM, 2014.

- SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa : RIDB, Ano 2 (2013), nº 4.
- SCHRAMM, Fermin Roland. *A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública*. Revista Brasileira de Bioética, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 187 - 200, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7969> >. Acesso em: 14 de novembro de 2018.
- SCHRAMM, Fermin Roland. *Bioética da proteção em Saúde Pública*. In: Fortes PAC, Zoboli ELCP, organizadores. Bioética e saúde pública. São Paulo, Loyola, 2003.
- SCHRAMM, Fermin Roland. LESSA, Sérgio. *Proteção individual versus proteção coletiva: análise bioética do programa nacional de vacinação infantil em massa*. p. 115 – 124. Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 20 - nº 1.. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Jan. 2015. Disponível em: <<http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/protecao-individual-versus-protecao-coletiva-analise-bioetica-do-programa-nacional-de-vacinacao-infantil-em-massa/14937> >. Acesso em: 14 de novembro de 2018.
- SCHRAMM, Joyce; OLIVEIRA, Andreia; LEITE, Iuri; VALENTE, Joaquim; GADELHA, Angela; PORTELA, Margareth; CAMPOS, Monica. *Transição epidemiológica e o estudo de carga de doença no Brasil* Revista Ciência & Saúde Coletiva. vol. 9 - nº 4. p. 897 - 908. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco: Rio de Janeiro, Out. 2004.
- SIERRA, Vânia Morales. REIS, Josélia Ferreira dos. *Poder judiciário e serviço social*. - 1. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2018
- SILVA, Marília Ferreira. *Dever fundamental de atuação do estado como elemento promotor da igualdade substancial e efetividade do sistema constitucional: desdobramentos da dignidade da pessoa humana*. Revista da Faculdade de Direito - RFD – UERJ. nº 31 - pp. 229-245. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: < <https://www.e->

- publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/issue/view/1530/showToc >.
Acesso em: 18 de dezembro de 2021.
- SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, n. 95, abr./jun. 2016.
- TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL – RO. Voto, Justicativa e Multa Eleitoral. 2020. Disponível em: <<https://www.tre-ro.jus.br/o-tre/ouvidoria/duvidas-frequentes/multa-eleitoral>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2020.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 1998.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. - 5ª ed. - Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. - 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. - 6ª ed. Coimbra : Almedina, 2019
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A desigualdade e a subversão do Estado de Direito*. Sur, Rev. int. direitos human. São Paulo, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil - como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.
- World Health Organization. *Global polio eradication initiative applauds WHO African region for wild polio-free certification*. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/detail/25-08-2020-global-polio->

eradication-initiative-applauds-who-african-region-for-wild-polio-free-certification>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.