

## **DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE: EFETIVIDADE, ETICIDADE E JURIDICIDADE**

Adirson Antônio Glório de Ramos\*

### **RESUMO**

O artigo oferece uma breve visão a respeito da efetivação do direito à saúde como direito fundamental, num contexto onde se vivifica política voltada para o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais, no sentido de que devem ser reconhecidos e efetivados a todos os indivíduos, formal, concreta e materialmente, constituindo, portanto, a limitação imposta pela soberania popular aos poderes do Estado. No Direito Constitucional contemporâneo, percebe-se, de forma bem definida e delineada, a corrente doutrinária da dogmática da razão do Estado, de cunho positivista e a corrente da dogmática constitucional emancipatória com discurso centrado na dignidade da pessoa humana, exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Assim, devem-se operacionalizar melhorias com políticas públicas voltadas para sua plena efetividade. Assim, há que se concluir que o direito fundamental social à saúde, direito de cidadania social indissociável do direito à vida deve receber total e plena proteção do Estado em razão do seu valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito; neoconstitucionalismo; dignidade da pessoa humana; direitos e garantias fundamentais; saúde humana.

### **ABSTRACT**

This article offers an overview about the realization of the right to health as a fundamental right in a context where it quickens policy for strengthening the rights and guarantees, in order to be recognized and made effective for all individuals, formal, concrete and material, thus constituting the limitation imposed by popular sovereignty the state powers. In contemporary Constitutional Law, it is clear, so well defined and delineated, the current dogmatic constitution with emancipatory discourse centered on human dignity, demanding physical wellbeing moral and psychological. Thus, one should operationalize improvements to public policies for their full effectiveness. Therefore, we must conclude that the right to life must receive full and complete protection of the State because of its supreme legal-ethical value in the Brazilian Legal System.

**KEYWORDS:** Democratic State of Law; Neo-constitutionalism; Dignity of the human person; Fundamental Rights and Guarantees; Human health.

---

\* Tenente-Coronel PMMG. Mestre em Direito Empresarial. Professor de Direito Constitucional. Faculdade de Direito Vale do Rio Doce – Fadivale.

## **SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO. 2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3 NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL OU NEOCONSTITUCIONALISMO: EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS. 4 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

### **1 INTRODUÇÃO**

A Carta Magna consagra a instituição do Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A sociedade brasileira, por muito tempo, vivenciou ditaduras, golpes de Estado e manobras políticas com o escopo de tomar, sustentar e garantir o poder, em processos que contribuía para o enfraquecimento do cidadão perante o Direito. Esse cidadão presencia, hoje, nova ordem constitucional, em que os direitos e garantias fundamentais, próprios do Estado de Direito, entraram em novo ciclo, passando a ter tratamento especial e fortalecendo o cidadão cada vez mais cômico de seus direitos.

A saúde é uma necessidade da pessoa humana e dos grupos humanos, direito inalienável do indivíduo e da coletividade. A palavra saúde apresenta, assim, em um mundo conturbado, valor extraordinário, sob qualquer prisma em que seja apreciada: religioso, filosófico, sociológico, jurídico, econômico ou humanitário.

A saúde humana, entre tantos, é um dos temas mais discutidos e que preocupa a sociedade, por não estar restrita a determinado segmento social e, por conseguinte, não há que se escolher raça, credo, sexo, idade ou condição social, pois é necessidade de todas as camadas sociais.

A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros e que impõe obrigações positivas ao Estado compelindo-o a cumprir o dever legal. Não há que se invocar o princípio da “reserva do possível como carta de alforria

para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar” (BRASIL, 2013, p. 304).

O Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 implantou nova ordem jurídica dinâmica e aberta, conforme seu artigo 5º, parágrafo 2º, fundada na valorização da pessoa humana e no reconhecimento dos direitos fundamentais. A Carta Maior, por meio de rol exemplificativo e ilimitado, tornou cristalino que toda relação jurídica deve ter função social.

Nesse cenário, verifica-se que o texto constitucional elencou a saúde na qualidade de direito social, inserido entre os direitos e garantias fundamentais, como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem tanto à redução do risco de doença e de outros agravos quanto ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Cabe ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. A execução deve ser feita diretamente pelo Estado ou por intermédio de terceiros e por pessoa física ou jurídica de direito privado. Ressalta-se que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e, conforme, preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

Há que se fazer uma abordagem a respeito da eficácia e a efetividade dos direitos sociais fundamentais sob o enfoque do Direito Constitucional contemporâneo, denominado hodiernamente como neoconstitucionalismo, cuja dogmática volta-se para a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Nessa perspectiva, o compromisso é com a dignidade da pessoa humana, de forma que a situação jurídica existencial deve sempre prevalecer frente à situação patrimonial.

Pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito não encontra sustentação sem o respeito à dignidade da pessoa humana e sem a supremacia dos direitos fundamentais sociais e civis. Nesse ambiente, a corrente do pensamento pós-positivista é enaltecida, fazendo surgir novas reflexões em torno do Direito, em que se procura ir além da legalidade escrita, em um movimento de reaproximação entre o Direito e a Filosofia, reconhecendo a Constituição da República Federativa

do Brasil de 1988 como o centro e o foco irradiador de todo o sistema, com total e plena força vinculante.

O presente estudo volta-se para a eficácia dos direitos fundamentais e a sua força irradiante na ordem jurídico-privada, em ambiente no qual não mais se tem a incomunicabilidade entre o público e o privado. A nova *summa divisio* está mirada nos direitos individuais e nos coletivos. Os direitos fundamentais, os quais envolvem todos os ramos do Direito, constitucionalizados, têm aplicabilidade, validade e eficácia direta e imediata sobre todo o sistema nesse processo evolutivo de constitucionalização do Direito Privado, humanizando e despatrimonializando a ordem jurídica.

Os direitos fundamentais adquirem força expansiva direta e imediata em todas as relações, sejam elas públicas ou privadas, haja vista que o Estado Democrático de Direito se assenta na democracia e na efetividade dos direitos fundamentais, indivisíveis e interdependentes, não podendo haver entendimento diverso daquele que doutrina no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o epicentro dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Nesse contexto está inserido o direito fundamental social à saúde, direito de cidadania social indissociável do direito à vida. Assim, o direito à saúde deve receber total e plena proteção do Estado.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em abordagem histórica, tomando como marco inicial o Direito da Grécia e de Roma, a lei surgiu, a princípio, como parte da religião, sendo os Códigos um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e de disposições legislativas. Em Roma, era reconhecido como fato que para ser um bom pontífice era necessário conhecer o Direito e que não se podia conhecer o Direito sem conhecer a religião, sendo os pontífices, por muito tempo, os únicos jurisconsultos, o que fazia com que Direito e religião se confundissem, formando uma só matéria (FUSTEL DE COULANGES, 1999, p. 130).

Poucos eram os atos da vida humana desvinculados do aspecto religioso. Praticamente tudo dependia das decisões dos sacerdotes, considerados os únicos juízes competentes para decidir e solucionar os processos pertinentes ao casamento, divórcio, direitos civis e religiosos, além da adoção e dos atos testamentários que dependiam da autorização ou consentimento do pontífice. Nesse sentido, os antigos afirmavam que suas leis vinham dos deuses. Os cretenses atribuíam sua legislação a Júpiter, os lacedemônios a Apolo e “os romanos afirmavam que Numa havia escrito as leis de Roma sob ditado de uma das divindades mais poderosas da antiga Itália, a deusa Egéria” (FUSTEL DE COULANGES, 1999, p. 130-131), de forma que o autêntico legislador jamais foi o ser humano, mas os deuses por intermédio dos humanos.

Entre os antigos, o Direito era imutável. A religião imperava como soberana absoluta na vida privada e na vida pública, fazendo do Estado uma comunidade religiosa em que “a liberdade era desconhecida e o homem estava sujeito ao Estado por alma, corpo e bens materiais” (FUSTEL DE COULANGES, 1999, p. 262).

São várias as teorias que buscam explicação para a origem do Estado. Em razão das contradições reinantes, a ciência ainda não chegou a um denominador comum. Ressalta-se que o ser humano surgiu na terra há cerca de cem mil anos e os registros históricos mais antigos são de seis mil anos. Assim, as teorias que tentam explicar a origem do Estado têm cunho hipotético.

Os tipos de Estado surgidos e existentes não obedecem a uma ordem cronológica ou sequencial, não havendo um tipo específico de Estado para determinado período da história da humanidade. Afirma Doehring (2008, p. 11) que “um tipo ideal simplesmente não existe, dado que o Estado está a serviço do homem e às suas concepções subjetivas de valor”.

Traços ou características básicas são identificados nos tipos de Estados estruturados ao longo da história. O Estado Oriental, posto em funcionamento na Idade Antiga (egípcios, mesopotâmicos, hebraicos, persas, judeus etc.), era baseado na teocracia, explicado pelas teorias do direito divino sobrenatural, em que o poder político é expressão do poder religioso. Os monarcas eram adorados como deuses, constituindo forma monárquica absoluta, em que os direitos e as garantias individuais eram bastante reduzidos.

A onipotência e o poder de mandar e organizar de forma absoluta que a cidade antiga exercia sobre seus membros ocorriam em face dela ter sido fundada

como religião e constituída como igreja, princípios que tornavam inexistente a liberdade individual, ficando o cidadão, sem nenhuma reserva, submetido à cidade. A partir do entendimento de que a religião deu origem ao Estado e o Estado se tornou a força de sustentação da religião, Estado e religião apoiam mutuamente, formando um só corpo, em fusão e associação de poderes que detinham a supremacia do uso da força em todas as suas variáveis, “constituíam um poder quase sobre-humano, ao qual a alma e o corpo se acham igualmente submetidos” (FUSTEL DE COULANGES, 1999, p. 158).

Portanto, “a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente”, no qual não se distinguia “o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou das doutrinas econômicas” (DALLARI, 2009, p. 62-63).

Nesse sentido, Fustel de Coulanges (1999, p. 158) afirma que:

Nada no homem havia de independência. Seu corpo pertencia ao Estado e destinava-se à sua defesa; em Roma, o serviço militar era obrigatório até os quarenta e seis anos, e, em Atenas e Esparta, por toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade precisasse de dinheiro, podia ordenar as mulheres que entregassem suas jóias, aos credores que se privassem de seus créditos, aos proprietários de olivais que lhes cedessem gratuitamente o óleo que tinham fabricado.

Os antigos não conheciam a liberdade, sequer tinham o direito de escolher suas crenças, em razão da onipotência da autoridade santa e quase divina do Estado, inexistindo o direito de justiça em relação aos cidadãos. Era-lhe dado o direito de punir, mesmo sem culpa, “bastando que o interesse do Estado estivesse em jogo” (FUSTEL DE COULANGES, 1999, p. 159). O ser humano não era visto como cidadão ou pessoa capaz de direitos, em face da cidade e dos deuses.

Nessa seara, Numa Denis Fustel de Coulanges (1999, p. 160) afirma que:

[...] O governo muitas vezes mudou de forma; mas a natureza do Estado permaneceu mais ou menos na mesma, e sua onipotência quase em nada diminuída. O sistema de governo tomou vários nomes, sendo uma vez monarquia, outra vez aristocracia, ou ainda democracia, mas com nenhuma destas revoluções ganhou o homem a sua verdadeira liberdade, a liberdade individual. Ter direitos políticos, poder votar e nomear magistrados, poder ser arconte, a isto se chamou liberdade; mas o homem, no fundo, jamais

deixou de ser escravo do Estado. Os antigos, sobretudo os gregos, exageravam muito sobre a importância e os direitos da sociedade, e isto, sem dúvida alguma, devido ao caráter sagrado e religioso de que a sociedade se revestiu na origem.

O Estado grego possuía como característica fundamental a cidade-Estado ou *polis*. A democracia grega concebia a liberdade como a prerrogativa dos cidadãos de participar das decisões políticas. Contudo, o absolutismo da *polis* absorvia a liberdade individual e não havia independência ou autonomia da vontade do indivíduo em face do Estado. Na Antiguidade romana, a base do Estado era o agrupamento da família em que se concediam privilégios aos membros das famílias descendentes dos fundadores do Estado. A ideia de “povo” era restrita a apenas uma parte da população (DALLARI, 2009, p. 63-65).

O Estado Medieval teve como um dos seus elementos caracterizadores o Cristianismo, o qual serviu de base para a universalidade, valendo-se de conceitos de igualdade. Por razões de crença religiosa, concluiu-se que os cristãos deveriam integrar uma única sociedade política, em uma humanidade cristã, o que levaria “à ideia de Estado universal, que incluísse todos os homens, guiados pelos mesmos princípios e adotando as mesmas normas de comportamento público e particular” (DALLARI, 2009, p. 66-67).

Formalmente, a unidade política medieval era o Império. Ressalta-se que o Período Medieval foi fortemente marcado pela inexistência de coesão do poder estatal em razão da pluralidade de centros de poder, sem hierarquia definida e com multiplicidade de ordens jurídicas, somada à “permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e autoridade” (DALLARI, 2009, p. 67-70). A multiplicidade de centros ou a concepção fragmentária do poder constituiu-se em entraves aos planos da Igreja: reinos, senhorios, comunas, instituições eclesiásticas e as corporações de ofício, todos buscando autoridade e independência, não se submetendo à autoridade e à vontade do Imperador, e, ainda, o próprio Imperador recusando-se a se sujeitar ao poder supra-estatal do Papa.

A necessidade e a consciência da unidade territorial dotada de poder soberano despertadas pela concepção patrimonial e fragmentária do poder no Estado Medieval e pela intolerância dos senhores feudais à tributação imposta pelo

monarca, bem como a manutenção de um estado de guerra constante, causador de prejuízos sociais fez despertar o Estado Moderno, dotado de soberania, território, povo e finalidade (DALLARI, 2009, p. 70-71).

Conforme assevera Soares (2008, p. 75), o fato social mais notável no decorrer dos séculos XIV e XV, período em que ocorreu a conformação do Estado Moderno, foi “o surgimento de uma nova classe social, gestada desde a Baixa Idade Média: a burguesia”.

No período absolutista do Estado Moderno, a vontade do monarca passou a ser lei e o seu poder era limitado por regras vagas e imprecisas. O domínio e a vontade do rei não sofriam qualquer limitação, com exceção das impostas pelas leis divinas e naturais, sob as quais o poder soberano deveria se curvar (DALLARI, 2009, p. 76-77). Pode-se afirmar que a monarquia absoluta contribuiu para a unidade jurídica e o poder de Estado na Europa (SOARES, 2008, p. 79).

No Estado absoluto, podem ser identificadas duas fases. Na primeira, o poder do rei é de origem divina, governando pela graça de Deus, com fundamento religioso. Na segunda fase, do despotismo esclarecido, sob a influência das ideias iluministas, o Estado tomou característica mais racional. O Iluminismo, crente na razão humana, desalojou “a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem” (BARCELLOS, 2008, p. 123). Nesse contexto, o humanismo contribuiu para o desenvolvimento da ideia de dignidade humana (direitos individuais do ser humano e exercício democrático do poder). Entretanto, o monarca continuou “com atuação ilimitada e irresponsável juridicamente” (SILVA, 2005, p. 218).

A ideia e o conceito de Estado de direito eram opostas ao Estado de polícia, o Estado administrativo. Assim, o sistema passava a limitar o poder do príncipe, em um contexto em que não mais se aceitava a prática de injustiças por parte do Estado. Surgiu a monarquia constitucional e, na sequência, o Estado de direito burguês, no qual as leis deveriam regular o ordenamento jurídico e não mais o império da vontade soberana do monarca (DOEHRING, 2008, p. 305-306).

No final do século XVII, com o liberalismo econômico e político, surgiu o Estado Constitucional da França e o Estado de Direito na Alemanha. Nesse período, surgiram as constituições escritas e, sob o pálio das “ideias iluministas no sentido de proteção dos indivíduos contra a ingerência e interferência absolutista do Estado” (ALMEIDA, 2003, p. 48), nasceu o Estado Liberal de Direito inspirado na teoria

econômica do *laissez-faire*, “corolário do apogeu político de uma classe social que se afirma, sobretudo após a Revolução Francesa – a burguesia” (BARROSO, 2006, p. 33).

Nesse sentido, “o Estado Liberal, resultante da ascensão política da burguesia, organizou-se de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-se como o *Estado mínimo ou o Estado polícia*” (DALLARI, 2009, p. 280, grifo do autor), restringindo-se à vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas.

O Estado Liberal colocou os governantes sob a vontade da lei, mantendo o poder público passivo, de forma a respeitar as liberdades fundamentais do indivíduo (liberdades públicas ou liberdades negativas), subordinando o Estado ao Direito, com a igualdade tornando-se o princípio norteador do conceito de lei. Assim, tem-se “a absolutização da lei, caracterizadora do chamado Estado Legal” (SILVA, 2005, p. 218-221). Conclui-se que, nesse modelo, o Estado estava alicerçado no Direito (BARROSO, 2006, p. 34.).

O liberalismo, movimento político-econômico socialmente baseado na burguesia, propugnou o abstencionismo estatal na economia e, politicamente, o sufrágio, as câmaras representativas, o respeito à oposição e a separação de poderes. “O termo liberalismo abrange o liberalismo político, peculiar às doutrinas dos direitos humanos e da separação de poderes, e o liberalismo econômico, centrado na economia de livre mercado” (SOARES, 2008, p. 80).

Independente da forma, seja monarquia constitucional seja república, os ideais do Estado Liberal trouxeram benefícios tais como o progresso econômico, a valorização do indivíduo, os ideais de liberdade, a sujeição do poder estatal aos ditames da lei (poder legal) e criou condições e ambiente favorável para a Revolução Industrial.

Por outro lado, o comportamento egoísta do ser humano e a concepção individualista da liberdade impediram o Estado de proteger os menos favorecidos, além de darem azo à concentração da riqueza nas mãos de poucos, a formação do proletariado e dos grandes aglomerados urbanos, além de péssimas condições de trabalho com remuneração pífia. Tais consequências, aliadas ao caráter conservador da burguesia, que incentivava a manutenção da situação e não permitia que o Estado corrigisse as injustiças sociais, estimularam os movimentos socialistas do início do século XIX, tornando necessária a ação intervencionista. Esses movimentos contribuíram para o colapso do Estado Liberal, fazendo surgir o Estado

Social, no qual predominava a vontade do Estado, o qual “não se limita à polícia e à administração da justiça: financia, fabrica, comercia, gira a economia” (DALLARI, 2009, p. 280-283).

O Estado Liberal de direito era um Estado a serviço da burguesia, dificultando o direito de associação, abandonando o mercado aos economicamente poderosos e reconhecendo a liberdade e a igualdade apenas no plano formal, tornando-se incapaz de superar as injustiças sociais, conforme se “constata no Manifesto Comunista, marco das declarações de direitos dos excluídos” (SOARES, 2008, p. 194-195).

As mutações sócio-econômicas e políticas verificadas após a Primeira Grande Guerra, em ambiente político no qual a doutrina social da Igreja e a ideologia marxista exerciam forte influência no que tange às questões sociais, fizeram com que o Estado Liberal entrasse em colapso, revelando-se insuficiente para o atendimento do clamor social, em especial o dos trabalhadores. Observa-se que os direitos de primeira dimensão surgiram, justamente, da oposição dos liberais ao absolutismo. Entretanto, o Estado Liberal tutelava somente os direitos fundamentais individuais.

Ao criticar o Estado Liberal, é relevante mencionar que o acúmulo da riqueza nas mãos dos detentores do poder econômico acarretou, após a Revolução Industrial, os conflitos sociais. Esses, provocados pela desigualdade e desequilíbrio social, levaram à forte reação com vistas ao combate dessas injustiças, colocando em conflito patrão e operário, dominantes e dominados. Nesse ambiente, o modelo liberal entrou em crise, exigindo a construção de novo paradigma constitucional.

Britto (2006, p. 82) afirma que o constitucionalismo social significou a manutenção das conquistas liberais dos indivíduos e dos cidadãos contra o Estado e a “*desmanietação* desse mesmo Estado frente aos proprietários dos bens de produção”, detentores do poder econômico, fazendo com que o Estado “assumisse postura intervencionista e dirigente em favor dos trabalhadores em particular e dos consumidores em geral” (BRITTO, 2006, p. 82, grifo do autor).

Todo o Estado Liberal se presta aos anseios do poder econômico formando “a mais desumana das parcerias (a opressão política a *atar o seu corpo* à exploração econômica)”, em um ambiente no qual “as liberdades fundamentais não passam de ornamento gráfico na tessitura formal dos dispositivos constitucionais” (BRITTO, 2006, p. 82, grifo do autor).

Diante da crise que se instalara, o Estado deixa de ser mero árbitro da ordem pública e passa a envolver-se na questão social, haja vista que “o individualismo e o abstencionismo (neutralismo) e também o tecnicismo do Estado Liberal geraram muitas injustiças que foram demonstradas pelos movimentos sociais” (ALMEIDA, 2003, p. 49-50). Nesse cenário, o liberalismo entrou em crise, nascendo o Estado Social de Direito ou *Welfare State*, passando o Estado a atuar por meio de prestações positivas nas questões sociais.

O surgimento do paradigma do Estado Social ocorre justamente a partir da inefetividade da liberdade e da igualdade, as quais pressupõem garantias materiais por meio do Direito Público, em que se busca a conquista dos direitos coletivos e sociais de segunda dimensão e a redefinição dos direitos de primeira dimensão.

Dentro desse paradigma, “todo o direito torna-se público, na medida em que o Estado passa a ser o responsável pela sociedade, tendo as suas funções extraordinariamente ampliadas e complexificadas” (THEODORO FILHO, 2005, p. 234), passando-se a reconhecer a função social da propriedade.

Adilson de Oliveira Nascimento, citado por Barroso (2006, p. 37), elenca como elementos configuradores do Estado Social de Direito o fato de que “além de reconhecer os direitos sociais (trabalhistas e previdenciários) passa a se preocupar com os direitos coletivos (consumidor, criança e adolescente, meio ambiente, patrimônio público e cultural, entre outros)”.

Cabe relevar que o Estado Social de Direito não pode ser confundido com o Socialismo, o qual tem por fim combater o capitalismo selvagem, mudando o eixo político do Estado para resolver a questão social, afastando o uso exacerbado da propriedade privada sob a proposta de que a distribuição impositiva seria a solução (SILVA, 2005, p. 222). Portanto, o Estado Social continua aderido ao capitalismo, contudo, preocupado com a conquista dos direitos econômicos e sociais.

Historicamente, as revoluções liberais buscaram maximizar os direitos individuais e supervalorizar a liberdade pessoal, ao passo que o Estado Social, por intermédio de sua corrente moderada, busca o convívio com o capitalismo por meio da introdução de elementos do socialismo. Nesse diapasão, o Estado Social procura a distribuição mais justa de riquezas e socorre os mais necessitados, acarretando certa “restrição aos direitos fundamentais do indivíduo, numa concepção bastante inovadora a ser adotada por um diferente tipo de Estado” (SILVA, 2005, p. 224).

Em consequência da “crítica originada por força do socialismo ao liberalismo”

(SILVA, 2005, p. 224) surgem os chamados direitos humanos de segunda dimensão, de cunho social, em que o Estado tutela os direitos individuais e alguns direitos coletivos, contudo em um sistema taxativo. São nos direitos políticos que se busca a definição das relações entre Estado e sociedade, governo e governados, dominantes e dominados, caracterizando-se pela limitação do poder estatal.

O colapso do Estado Social teve início após o fim da Segunda Grande Guerra, período em que se aprofundou “a crise econômica, a falência da racionalidade tecnocrata e dos planejamentos econômicos”, que deram causa “ao surgimento de um novo paradigma constitucional apto a satisfazer as novas demandas e problemas que surgem no seio das sociedades modernas” (THEODORO FILHO, 2005, p. 235).

Assim, o Estado Social se torna insuficiente para atender ao elemento democrático do poder, o que poderia causar, em curto espaço de tempo, a crise do Estado, motivo pelo qual urgia agregar a ele outro elemento, denominado Estado Democrático de Direito, fundado no binômio liberdade e igualdade política.

Eduardo García de Enterría, citado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, enumera como fatores preponderantes na mudança do constitucionalismo após a Segunda Guerra Mundial a inexistência de alternativa ao princípio democrático, o princípio norte-americano e a “combinação dos *valores do regime democrático* com os dos *direitos fundamentais*, assim capazes de resistir, graças à normatividade superior da Constituição, a pressões de eventuais maiorias”<sup>1</sup>, em um processo de constitucionalização do Direito.

Tem-se que os direitos humanos são universais, pois são direitos inerentes a todo ser humano; são morais, pois não dependem de positividade jurídica; preferenciais, a partir do entendimento de que têm por fim respeitar, proteger e fomentar os direitos do ser humano; fundamentais, em face da sua prioridade ou supremacia, sujeitando e vinculando o legislador em razão da sua restrição ou limitação quando na rota de colisão com outros direitos fundamentais, admitindo-se, tão somente, a ponderação entre os interesses em conflito.<sup>2</sup>

O Estado Democrático de Direito relaciona-se ou é envolvido por princípios,

---

1 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madrid, INAP, 2003. p. 5 citado por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 338, grifo do autor.

de forma que se teria um Estado fundado na soberania popular e dotado de Constituição. Esta última, material, legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia, vinculando todos os poderes e atos dela provenientes e conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre com uma democracia participativa efetiva.

Ressalta-se, ainda, como característica do Estado Democrático de Direito, a existência de órgão ou Poder com atuação livre e desimpedida, com o fim de ser o guardião da Constituição e dos direitos e valores fundamentais da sociedade, realizando a democracia política, social, econômica e cultural, com vistas à promoção da justiça social. Incluem-se, entre os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito: o da igualdade e o da legalidade, em que a lei surge ou é formada pela legítima vontade popular, segundo princípios de justiça; a existência de órgãos judiciais livres e independentes; e, a “observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica” (SILVA, 2005, p. 228-229).

Almeida (2003, p. 57-58, grifo do autor) aponta como princípios do Estado Democrático de Direito:

a) *constitucionalidade*, que se expressa pela vinculação do Estado a uma Constituição; b) *organização democrática da sociedade*, consistente na preservação da liberdade de participação social e política dos cidadãos e das entidades sociais emergentes; c) *sistema garantista de direitos fundamentais individuais e coletivos*; d) *justiça social*; e) *igualdade*, não apenas formal, mas, necessariamente, material; f) *divisão de poderes ou de funções*; g) *legalidade*, especialmente para a exclusão do arbítrio e da prepotência; h) *segurança e certeza jurídicas*. Pode, ainda, ser acrescentado: i) *o princípio da máxima prioridade na proteção e efetivação dos direitos transindividuais*, no sentido de que o Estado, em todos os níveis, deve dar prioridade aos direitos sociais fundamentais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, cultural, cuja violação e falta de proteção, pelas consequências sociais produzidas, retiram o verdadeiro valor substancial da democracia e deslegitima, pela omissão, a atuação estatal.

---

2 ALEX, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático (para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional). In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, 1999. (Tradução Luís Afonso Heck), p. 206ss, citado por FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 28-29.

Não se pode admitir o convívio passivo do Estado com as desigualdades e injustiças sociais. O Estado deve ter a sua atuação voltada para a comunidade, e não para o indivíduo ou determinado grupo,

além de ter de preservar a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos da vida – econômico, político, jurídico, moral e biológico – e abrir igualmente as portas para a participação popular, como fator de sua legitimação político-democrática (ALMEIDA, 2003, p. 55-56).

No paradigma do Estado Democrático de Direito se tem a consagração dos direitos de terceira dimensão, o qual se diferencia dos demais por ter ordem jurídica aberta e dinâmica, proporcionando a transformação e mudança da realidade social, tutelando os direitos coletivos e individuais de forma ampla e irrestrita. Incluem-se os direitos cuja responsabilidade direta pertence ao Estado, ou seja, aqueles direitos que não podem ser compensados, mas apenas protegidos, tais como o meio ambiente, a proteção ao consumidor e à saúde. Nesse sentido, no Estado Democrático de Direito, a democracia “não tem um sentido simplesmente formal, como no Estado Liberal, mas precisamente substancial e se pauta pela efetivação dos direitos fundamentais e pela preservação da dignidade da pessoa humana” (ALMEIDA, 2003, p. 55), harmonizando os valores humanos, individuais e coletivos e os valores sócio-culturais e econômicos, segundo princípios humanitários e de solidariedade.

Conforme acentua Britto (2006, p. 88-89), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se tornou definitivo ponto de encontro entre o postulado positivista da ordem e o axioma jusnaturalista da “justiça que advém da reta razão”. Nesse sentido, a Constituição mescla valores jusnaturalistas e valores positivistas, sedimentando a justiça como ideal de convivência humana.

Assim, o Estado Democrático de Direito consiste em uma “arquitetura constitucional estabelecida sobre os valores da legalidade, cidadania, participação popular e igualdade (isonomia) de tratamento pelo Estado como fontes primárias de legitimidade do Poder Público” (LOPES, 2005, p. 22), fazendo do Direito o principal instrumento da democracia.

No atual contexto, vivifica-se política voltada para o fortalecimento dos direitos

e garantias fundamentais, no sentido de que devem ser reconhecidos e efetivados a todos os indivíduos, formal, concreta e materialmente, constituindo, portanto, a limitação imposta pela soberania popular aos poderes do Estado. Cabe ressaltar que o Estado de Direito pode ser compreendido a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais, tutelados de forma ampla e irrestrita.

### **3 NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL OU NEOCONSTITUCIONALISMO: EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS**

No Direito Constitucional contemporâneo, percebe-se, de forma bem definida e delineada, a corrente doutrinária da dogmática da razão do Estado e a corrente da dogmática constitucional emancipatória.

A dogmática da razão do Estado, de cunho positivista, mantém-se indiferente e insensível às transformações operadas no Direito Constitucional, focando teoricamente na ideia ou conceito de Estado, no sentido de legitimar a atuação do Poder Público, tendo a Constituição o papel principal de organizar e normatizar o espaço político, “negligenciando o espaço societário extra estatal”. A corrente dogmática constitucional emancipatória tem o seu discurso centrado na dignidade da pessoa humana e, em oposição à dogmática da razão do Estado, tem o seu foco na “pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico” (CLÈVE, 2006. p.29), de forma que as garantias e direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atinjam eficácia plena na sociedade.

Nesse sentido, Clève (2006, p. 30) afirma que:

Os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloquente significação.

As constituições contemporâneas têm reconhecido à pessoa humana, além dos direitos individuais, pertinentes à esfera de proteção em face do poder estatal, os direitos sociais, os quais têm por fim elevar as condições materiais e espirituais, mirados na justiça social e outros valores transcendentais e os direitos difusos, indivisíveis quanto ao objeto e pertinentes aos direitos titularizados pela coletividade (BARROSO, 2001, p. 147). Nesse ambiente ocorreu a aproximação das idéias do constitucionalismo e da democracia, dando forma ou origem ao Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático (BARROSO, 2007. p. 131-132).

O neoconstitucionalismo é definido pela doutrina como o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir das constituições contemporâneas, de conteúdo garantista e com pretensão à efetividade imediata e direta dos direitos e garantias fundamentais (MARTINS, 2007. p. 266). Conforme muito bem definiu Gregório Assagra de Almeida, o neoconstitucionalismo é “uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e democratizado”( ALMEIDA, 2008, p. 135).

Martins (2007, p. 301-302), ao abordar o tema, afirma que:

O Neoconstitucionalismo representa a consagração da força normativa da Constituição, com a aplicabilidade direta e imediata de suas normas, cujo grau de eficácia estará sujeito, tão-somente, aos limites reconhecidos pela própria Constituição (normas programáticas e normas de eficácia contida) e aos limites imanentes da harmonia entre normas constitucionais (que exige a convivência de normas conflitantes, ainda que o alcance de uma norma seja reduzido em prol do alcance de outra norma).

[...]

O Neoconstitucionalismo apresenta como subprodutos a Constitucionalização dos diversos ramos do Direito (Civil, Processual civil, Penal, Processual penal, Administrativo, Trabalhista etc.).

No Brasil, o marco do neoconstitucionalismo foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o processo de redemocratização, após mais de vinte anos sob o forte regime da ditadura militar, iniciando a ascensão do Direito Constitucional, quando a Constituição deixou de ser considerada somente técnica e passou a significar “a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços” (BARROSO, 2007, p. 132), tutelando a

vulnerabilidade humana.

É nesse sentido que Moraes (2006, p. 145.) afirma que:

O atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, garante tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema.

Conclui-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito não encontra sustentação sem o respeito à dignidade da pessoa humana e sem a supremacia dos direitos fundamentais sociais e civis.

Conforme Barroso (2007, p. 132), “o marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo”. O jusnaturalismo e o positivismo são as duas grandes correntes do pensamento que ofertam paradigmas opostos para o Direito, que, entretanto, são complementares. A partir do século XVI, o jusnaturalismo moderno, cuja crença está centrada em princípios de justiça universalmente válidos, aproximou a lei da razão, transformando-se na filosofia natural do Direito. Contudo, foi considerado metafísico e anticientífico. Tal se deu, principalmente, em face da dessacralização do mundo da vida, de forma que a sociedade não mais se justifica em Deus, mas se enxerga construindo a si mesma, diferentemente da sociedade medieval, em que a justificativa para as questões sociais era baseada na religião, a partir do direito natural divino, ou seja, universal, eterno, imutável e inquestionável (CHAMON JÚNIOR, 2005, p. 230).

Nesse contexto, o direito natural assistiu a ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX, corrente de pensamento que equiparou o Direito à Lei, afastando-o da Filosofia e de critérios de legitimidade e justiça, dominando o pensamento jurídico até meados do século XX, período em que, sob o pálio da legalidade, ocorreram grandes barbáries, como o testemunham o fascismo e o nazismo (BARROSO, 2007, p. 132-133).

É justamente nesse ambiente que a nova corrente do pensamento,

denominada pós-positivismo, ganha força e faz surgir no mundo filosófico-jurídico reflexões em torno do Direito, sua função social e interpretação, buscando ir além da legalidade escrita, não desprezando o direito posto, contudo, empreendendo leitura moral do Direito sem abordagens ancoradas na metafísica, mas, sobretudo, atribuindo o caráter de “normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras”, reabilitando a razão prática e a argumentação jurídica, formando nova hermenêutica constitucional e o “desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana” (BARROSO, 2007, p. 133), em movimento de reaproximação entre o Direito e a Filosofia.

Sob o ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo contemporâneo reconhece o caráter normativo, imperativo e a superioridade das constituições rígidas sobre o ordenamento jurídico do país. Reconhece, também, que a Constituição é o centro e o foco irradiador de todo o sistema, fazendo com que todos os demais ramos do Direito sejam compreendidos, entendidos e interpretados segundo as suas regras e princípios.

Assim, tem-se que é papel do neoconstitucionalismo elaborar técnicas jurídicas capazes de “transformar as ideias de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica” (BARCELLOS, 2006, p. 32-33).

Sob o ponto de vista material, o neoconstitucionalismo é caracterizado pela incorporação, no texto constitucional, de elementos normativos vinculados a valores e, notadamente, associados à dignidade humana e aos direitos fundamentais, de forma a impedir ideias de minimização, afrontas ou retrocessos no que diz respeito às garantias e aos direitos fundamentais, esteios do Estado Democrático de Direito. A Constituição passa a ser a norma jurídica central no sistema, com total e plena força vinculante, incluindo-se os Poderes Públicos e, “de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente protegido” (BARCELLOS, 2006, p. 39).

Conforme assevera Moraes (2006, p. 110), nos Estados democráticos, é na esfera política que se reconhecem os valores e se inserem os princípios fundamentais, uma vez que “o Direito Constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto de convivência coletiva, função outrora exercida pelos Códigos Civis”. Nessa visão, a Constituição pós-

moderna ampliou a noção de responsabilidade governamental e social, incorporando em suas regras os sentimentos, dramas humanos e a dinâmica social, política e econômica, “assumindo um papel estruturante das relações individuais e coletivas” (CASTRO, 2006, p. 152).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deixa de ser considerada mera carta política e passa a ser considerada norma jurídica, dotada de supremacia, inclusive, constitucionalizando os direitos fundamentais, “marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade” (MARQUES, 2007, p. 40), tornando-se a garantia e o limite do Direito Privado, no qual coexistem, de forma coerente e em diálogo, várias fontes legislativas “sob a luz e orientação do sistema de valores da Constituição” (MARQUES, 2007, p. 44), centro do Direito Privado brasileiro com força irradiante sobre todo o sistema.

O fenômeno é tão abrangente que repercute na atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como nas relações entre particulares. A constitucionalização impõe ao Legislativo o dever de atuar com vistas à realização de direitos e programas constitucionais, impedindo a elaboração de leis que contenham dispositivos contrários à Constituição. O Poder Executivo, em especial a Administração Pública, deve agir segundo os ditames constitucionais, cabendo ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade e a aplicação das normas infraconstitucionais sob o pálio protetor da Constituição. Nas relações entre particulares, “estabelece limitações à sua autonomia de vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais” (BARROSO, 2007, p. 142).

Os direitos e garantias constitucionais fundamentais têm aplicabilidade imediata no plano dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, inadmissível qualquer interpretação de cunho restritivo. Assim, o ponto de discussão passa a ser a necessidade premente de se implantar novas formas e meios de solução de conflitos com o escopo de tornar o “Direito instrumento legítimo de transformação com justiça da realidade social” (ALMEIDA, 2008, p. 287).

Assim, conclui-se que a Constituição passou a ser a norma jurídica central no sistema, vinculando a todos, inclusive os Poderes públicos, fazendo com que haja o entendimento de que a Carta tem por objetivo garantir os direitos fundamentais das pessoas, afastando a ideia de mero instrumento organizador do Estado.

## 4 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

A medicina era, até pouco tempo, uma ciência própria dos ricos, àqueles que tinham disposição para pagar os honorários médicos, pertencendo, portanto, à iniciativa privada. O diagnóstico, a orientação e a cura ou não dos pacientes era sempre em troca de honorários, mesmo se considerando que os médicos podiam fazer muito pouco pelos pacientes “e a postura normal perante a doença (bem como perante a pobreza) era de fatalismo estóico” (WALZER, 2003, p. 115). É relevante o fato de que os remédios inventados pelo povo, caseiros ou populares, aliados à cura pela fé, às vezes, eram mais eficazes do que aqueles receitados pelos médicos diplomados (WALZER, 2003, p. 115).

A assistência à saúde, historicamente, sempre esteve nas mãos da profissão médica. E, remontando aos tempos de Hipócrates, no século V a.C, verifica-se que a assistência à saúde era prestada por meio de uma junta ou associação de médicos que excluía os que não lhe convinham e controlava o número de médicos da comunidade, evitando o mercado livre. Era do interesse de seus integrantes venderem os serviços prestados aos pacientes acarretando, por conseguinte, o bom tratamento ou, pelo menos, o melhor tratamento aos que integravam a classe dominante ou mais abastada e, praticamente, na exclusão dos pobres. Assim, “os médicos eram servos dos ricos, sempre vinculados às residências de nobres e às cortes palacianas” (WALZER, 2003, p. 115).

O primeiro marco em termos de definição de saúde pode ser atribuído aos gregos de Esparta: “*Mens sana in corpore sano*”. O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde como o completo bem-estar físico, mental e social, “princípio básico para felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos” (SCHWARTZ, 2001, p. 29). Portanto, a ausência de doença não significa higidez física, mental e social.

A saúde é um dever do Estado, cujo reconhecimento como direito social foi sedimentado ao longo da história, com ênfase a partir do constitucionalismo e das Revoluções Americana e Francesa, justamente com o advento do Estado Liberal, com a submissão do poder político-estatal ao Direito.

Tem-se que a saúde era entendida e pensada dentro do individualismo, cujas

atividades por parte do Estado refletiam os interesses da burguesia, voltada para a ausência de doenças e como forma de recompor a mão-de-obra operária. Nesse sentido, a saúde tinha por fim evitar perdas no processo de acumulação de riquezas do capitalismo, compreendendo a “doença como o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado” (DALLARI, 1988, p. 57-63,), fazendo com que a saúde tivesse, na concepção liberal, o escopo de repor o indivíduo ao trabalho, com papel meramente curativo.

A partir do Estado Social de Direito, o Estado passou a assumir determinadas prestações públicas, surgindo, assim, os direitos de segunda geração ou direitos positivos, com a atenção voltada para a pessoa e não aos interesses econômicos e à mera reposição de “peças humanas” no mercado de trabalho, sedimentando-se o caráter preventivo e coletivo da saúde (SCHWARTZ, 2001, p. 34).

Historicamente, no Brasil, a Constituição do Império de 1824, de forte conteúdo liberal, trouxe algumas inovações de cunho social, entretanto, em nenhum momento normatizou, regulamentou ou colocou como princípio o direito à saúde, cabendo ressaltar que em um Estado Liberal não cabe ao Estado interferir na questão. No âmbito internacional, o assunto também não estava regulamentado. A Constituição de 1891 também não tratou do assunto. A Constituição de 1934, de forma tímida, abordou o tema quando, no artigo 138, incumbiu à União, aos Estados e aos Municípios a adoção de medidas legislativas e administrativas com o fim de restringir a mortalidade e morbidade infantil e implantar modelos de higiene social que impedissem a propagação das doenças transmissíveis, bem como cuidar da higiene e incentivar a luta contra os “venenos sociais”. A Constituição outorgada de 1937 permaneceu silente a respeito do direito à saúde (SCHWARTZ, 2001, p. 43-45).

Com o advento da Constituição italiana de 1948 e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), “os fenômenos de saúde e doença passaram a ser tratados como processos biológicos e sociais”, concebidos os primeiros como um direito do cidadão, alçado à categoria de direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade. Várias Constituições receberam o tema, entre as quais a espanhola e a guatemalteca, contudo, a Constituição brasileira de 1967 não apresentou nenhum avanço em termos de proteção sanitária. Somente com o advento da Constituição de 1988, em claro atraso constitucional, o tema foi positivado no Brasil e colocado “como princípio constitucional e elemento de

cidadania dos brasileiros” (SCHWARTZ, 2001, p. 45-48.).

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saúde é um dos direitos humanos do povo brasileiro. O Estado tem a obrigação de oferecer serviços acessíveis, eficazes e eficientes e que resolvam o problema. Conforme Luís Roberto Barroso, “o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” (BARROSO, 2001, p. 110).

A saúde é um direito de cidadania social em que se obrigam os indivíduos a se submeterem às normas jurídicas com vistas ao atendimento das necessidades coletivas, tais como vacinação, tratamento, isolamento em casos de algumas doenças infectocontagiosas, destruição de produtos impróprios para o consumo, controle do meio ambiente e do ambiente de trabalho. Ao mesmo tempo, garante ao indivíduo a “oferta de cuidados da saúde a todos que deles necessitam, o que corresponde ao ideal de igualdade, e que, por sua vez, se submete ao pleno desenvolvimento do Estado Democrático de Direito” (NOGUEIRA, 2004, p. 756.).

Carlos Ayres Britto acentua que “a ideologia da igualdade social é a mais estratégica das ideologias, por ser a igualdade social a necessária ponte entre a liberdade e a fraternidade” (BRITTO, 2006, p. 217).

A saúde é garantida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito de todos os brasileiros, estendido aos estrangeiros residentes no País, conforme preconiza o seu 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.

Observa-se que o legislador constitucional utilizou as expressões “recuperação”, dando à saúde um cunho curativo; com as expressões “redução do risco de doença” e “proteção”, indica medidas de caráter preventivo e com o termo “promoção” implica a qualidade de vida (SCHWARTZ, 2001, p. 27).

Assim, em razão do alto custo das pesquisas médicas e do fato que o tratamento de muitas doenças está além dos recursos da maioria dos cidadãos, é

papel do Estado subsidiar pesquisas, formar médicos, fornecer hospitais e equipamentos, financiar tratamentos e regular o setor, de forma a atender os anseios humanos (WALZER, 2003, p. 118).

Tem-se que no sistema privado de assistência médica ainda prevalece o poder econômico, fazendo com que a riqueza tenha “supremacia na esfera da segurança e do bem-estar social” (WALZER, 2003, p. 118), pois o indivíduo receberá o atendimento proporcional à sua disposição e capacidade para pagar e, não, em razão da sua necessidade de tratamento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu amplo, abrangente e heterogêneo conjunto de direitos sociais, considerados fundamentais. Nesse rol, inserem-se os direitos de natureza prestacional ou positivos e os de natureza defensiva ou negativa.

Os direitos de natureza defensiva ou negativa, segundo a natureza jurídico-subjetiva, reconhecida ao titular do direito, e à circunstância de que há direitos negativos, ou seja, há direito a não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esses, ainda, apresentam dimensão positiva, uma vez que a sua efetivação carece da atuação positiva do Estado e da sociedade. Nesse mesmo diapasão, os direitos prestacionais ou positivos fundamentam posições subjetivas negativas, uma vez que devem ser protegidos contra a ação indevida do Estado e de particulares (SARLET, 2007, p. 95-96).

Cabe ressaltar que a saúde é um dos principais componentes da vida, conectada ao direito à vida, assumindo o caráter de direito absoluto, podendo, portanto, ser classificada como direito de primeira dimensão, ligado à concepção liberal.

Seguindo esse raciocínio, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme preconiza o seu artigo 6º, reconhece o direito à saúde como um direito social, seara em se pode classificá-lo como um direito de segunda geração, o qual exige prestações positivas por parte do Estado com vistas à garantia e à efetividade da saúde (SCHWARTZ, 2007, p. 51-54).

No Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujos esteios são justamente os direitos fundamentais e a democracia, estando fundado na cidadania e no princípio da dignidade da pessoa humana, caracteriza-se o direito à saúde como direito

fundamental. A saúde é um bem jurídico indivisível, não existindo determinação de seus titulares, integrando a terceira geração de direitos, os chamados direitos de solidariedade, transindividuais ou difusos, tornando o tratamento da doença direito fundamental do cidadão, independente da sua capacidade ou disposição para pagar. Assim, “a saúde é elemento de cidadania” (SCHWARTZ, 2007, p. 54-55).

Conforme afirma Schwartz (2007, p. 42), para efeitos de aplicação do artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, saúde pode ser definida como:

Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e como pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado e de bem-estar.

Sarlet (2007, p. 98) afirma que, no âmbito do Direito Constitucional Positivo, todos os direitos sociais, expressa ou implicitamente positivados, são fundamentais, independente de estarem elencados no título destinado especificamente aos direitos e garantias fundamentais ou dispersos no texto constitucional.

Nesse extenso rol, encontra-se o direito social fundamental à saúde, o qual adquire máxima eficácia e efetividade no Estado Democrático de Direito, comprometido com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais de todas as pessoas, de modo a prever mecanismos eficientes para evitar afrontas a tais direitos e, em não sendo possível evitá-las, agir para que sejam inibidas e reparadas (SARLET, 2007, p. 107).

No patamar constitucional, as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, cabendo ao poder público regulamentar, fiscalizar e controlar a sua execução, a qual pode ser feita de forma direta ou através de terceiros, bem como por pessoa física ou jurídica de direito privado, sendo livre à iniciativa privada a prestação de serviços de assistência à saúde. As instituições privadas poderão atuar de forma a complementar o Sistema Único de Saúde da União, mediante contrato de direito público ou convênio conforme artigos 197, 198 e 199, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, saúde não significa apenas a ausência de doenças, mas a

interação de todo um sistema com vistas ao bem-estar da pessoa humana.

Esse é o modelo brasileiro com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contempla a ampliação da dimensão dos direitos fundamentais, entre os quais se inserem os direitos sociais, núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, não podendo o ser humano, mesmo diante do paradigma da globalização econômica, de ideologia neoliberal, ser simplesmente colocado a serviço da economia, em nome da busca incessante pelo lucro empresarial. O modelo brasileiro opera em terreno propício para a efetividade dos direitos fundamentais sociais (GOMES, 2005, p. 41), em que o Estado está obrigado a efetivar e consolidar esses direitos “dotados de máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares” (ALMEIDA, 2008, p. 323), considerados esteios ou sustentáculos do próprio Estado Democrático de Direito.

## **5 CONCLUSÃO**

Arcaica aos olhos da ciência moderna, a atitude de buscar a cura junto a “curandeiros, raizeiros e crenças milagrosas”, entre outras fontes, era prática comum. Aliás, tal prática ainda é encontrada em escala considerável, apesar dos grandes avanços da ciência. Assim, tanto no passado quanto na atualidade, o ser humano busca a cura junto àquele que tem o conhecimento e os meios necessários para lhe restaurar a saúde, um sacerdote ou um mago no passado e, hoje, o médico.

Em face da influência da crença religiosa e do sagrado, a morte e a ausência de cura eram consideradas resultado da vontade divina para uns ou a vingança dos deuses para outros, não havendo que se falar em responsabilidade pela fatalidade, pelo destino ou pela sorte. As mãos humanas não poderiam evitar ou alterar o destino traçado por Deus para a pessoa humana. Essa forma de pensar e de agir ainda é seguida nos dias atuais, dependendo do estágio de modernidade em que se encontra determinado grupo social.

Hoje, mais do que nunca, acredita-se e busca-se a cura e a longevidade, mesmo sabendo, apesar dos avanços tecnológicos, que não se tem a cura para

todos os males.

Assim, como no passado, acometido por qualquer mal que possa afetar o seu bem-estar físico e psíquico, o ser humano, valendo-se da confiança ou não, procura por socorro junto à Medicina.

O ser humano, ao procurar pelos recursos da Medicina, almeja apenas a cura, ou melhor, qualidade de vida. É o que se deduz dos artigos 1º e 2º, da Resolução nº 1.246, de 08 de janeiro de 1988 (Código de Ética Médica), respectivamente: “a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer espécie” e “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 rompeu com a clássica *summa divisio* ou dicotomia do Direito Público e Privado ao consagrar a tutela dos direitos coletivos e individuais, caracterizados pela fraternidade e solidariedade, fazendo-se necessário proteger a sociedade como um todo, tornando tal dicotomia inadequada no atual contexto.

O direito à saúde está consagrado no rol aberto e dinâmico dos direitos coletivos, inseridos no plano dos direitos fundamentais, não podendo ser dada qualquer interpretação restritiva aos dispositivos garantidores desses direitos. O consumidor teve a sua tutela ampliada com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, em face da inserção no arcabouço jurídico brasileiro do conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, abrangendo todas as dimensões de direito coletivo, destacando-se os direitos ambiental, à saúde, de segurança, dos idosos, do índio, dos grupos vulneráveis e outros, que têm fundamento nos direitos de terceira geração, caracterizados pela fraternidade e solidariedade.

A partir do constitucionalismo e das Revoluções Americana e Francesa, a saúde passou a ser considerada dever do Estado, reconhecida como direito social, deixando de ter apenas o objetivo de repor o indivíduo à frente de trabalho. O processo de evolução do conceito e razão de ser da saúde humana, inicialmente entendida como “mente sã, corpo sã”, dos gregos de Esparta, passou pelo constitucionalismo e pelas Revoluções Americana e Francesa, na abordagem típica do Estado liberal, pelo Estado Social de Direito, no qual o Estado assumiu determinadas prestações públicas.

Mas, é no Estado Democrático de Direito, consagrado no Brasil pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a saúde foi colocada como princípio constitucional e elemento de cidadania. O Estado passa a ter a obrigação de oferecer serviços acessíveis, eficazes e eficientes e que realmente resolvam o problema, tornando-se direito de cidadania social, direito de todos e dever do Estado.

Assim, toda e qualquer interpretação a ser feita aos dispositivos constitucionais pertinentes ao direito social fundamental à saúde deve ser feita de forma a se ajustar ao princípio da máxima efetividade, devendo-se atribuir à norma constitucional o sentido que lhe dê maior eficácia.

No Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias constitucionais fundamentais formam o núcleo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possuindo eficácia irradiante para os poderes constituídos e para todas as outras pessoas individuais e coletivas. Nesse ambiente, a dignidade da pessoa humana é fator que irradia e ilumina a incidência de toda e qualquer norma civil.

Esse é o avanço que se espera em virtude do novo constitucionalismo, em que os direitos fundamentais sociais são vistos e compreendidos por dogmática constitucional emancipatória, na qual o centro do discurso é a dignidade da pessoa humana.

O neoconstitucionalismo consagra a força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujas normas devem ter aplicação direta e imediata, fazendo com que os direitos fundamentais irradiem todo o sistema, devendo o Poder Público proteger esses direitos, inclusive, em relação a terceiros na ordem jurídico-privada dos contratos. É a eficácia social e jurídica da norma estabelecida em um Estado Democrático de Direito assentado na democracia e na efetividade dos direitos fundamentais, indivisíveis e interdependentes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60.

BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da república federativa do Brasil anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 400.843/RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16/02/2005. *DJ*, Brasília, 18 abr. 2005. p. 304. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114579/recurso-especial-resp-400843-rs-2...>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 81.101/PR. (95/0063170-9). Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 12/04/1999. *DJ*, Brasília, 31 maio 1999. p. 140. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423776/recurso-especial-resp-81101-pr-1995-0063170-9-stj>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1068731/RS. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/02/2011. *DJ*, Brasília, 08 abr. 2012. p. 304. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2011-02-17;1068731-1168801> > .Acesso em: 29 maio 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-179.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CLÈVE, Clémerson Merlim. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 54, p. 29-39, jan./mar. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOEHRING, Karl. **Teoria do estado**. Tradução Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução Luís Carlos Borges e Eduardo Fonseca. 8. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 53, p. 40-54, 2005.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. Uma cidadania a inventar: a democracia missionária de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 165, p. 21-24, jan./mar. 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a Drittwirkung no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 61, p. 40-75, jan./mar. 2007.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 30, p. 265-304, abr./jun. 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.107-149.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 325-350.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PIRES, Denise Elvira Pires de. Direito à saúde: um convite à reflexão. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 753-760, maio/jun. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ênio Moraes da. O estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 167, p. 213-230, jul./set. 2005.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A crise da modernidade e o estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 165, p. 231-238, jan./mar. 2005.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade.  
Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.