



Flavia Bahia Martins

**O Direito Fundamental à Saúde
no Brasil sob a Perspectiva do
Pensamento Constitucional
Contemporâneo**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Maria Celina B. de Moraes

Rio de Janeiro,
Junho de 2008



Flavia Bahia Martins

**O Direito Fundamental à Saúde no
Brasil sob a Perspectiva do
Pensamento Constitucional
Contemporâneo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio como parte dos requisitos parciais para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof^a. Maria Celina B. de Moraes

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Eduardo Ribeiro Moreira

Co-orientador

UERJ

Prof^a. Caitlin Sampaio Mulholland

UERJ

Prof. Antonio Cavalcanti Maia

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Nizar Messari

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2008.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Flávia Bahia Martins

Graduou-se em Direito na Universidade Católica do Salvador em 2001. Professora de Direito Constitucional da Academia do Concurso Público e Professora de Direito Constitucional do Curso Iuris

Ficha catalográfica

Martins, Flavia Bahia

O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo / Flavia Bahia Martins; orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Co-orientador: Eduardo Ribeiro Moreira – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

150f.: 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Direitos Sociais. 3. Direito à Saúde; 4. Direito Constitucional. 5. princípios constitucionais. 6. Filosofia do Direito. 7. Neoconstitucionalismo I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

*À minha querida avó Margarida,
Que ilumina a minha vida,
Ainda que me olhando das estrelas...*

Agradecimentos

Tenho tanto a agradecer, que é difícil até começar...

Às duas raízes de minha vida: minha mãe Maria Lúcia, pelo amor incondicional e à minha irmã Andrea, pela presença de luz em minha existência.

À minha tia Angélica, pelo exemplo de luta e pela inspiração desse projeto. À Dalva e a Tita, pelo carinho com que sempre aqueceram o meu caminho. À Carol e a Renatinha, família querida, por toda a torcida. À Glaucinha, meu anjo da guarda, sem a qual, minha vida acadêmica não teria sequer iniciado.

A todos os professores do curso de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio, pelo incentivo à pesquisa e por toda a dedicação. Meus especiais agradecimentos ao professor Antônio Cavalcanti Maia, por ter aberto os meus horizontes, possibilitando a escolha do tema ora apresentado. Aos queridos professores Anna Lúcia de Lyra Tavares e a Carlos Plastino, pelas aulas inspiradoras que influenciaram na elaboração do presente trabalho e se encontram, de uma maneira ou de outra, aqui presentes.

À minha orientadora, Maria Celina Bodin, pela confiança, pelas aulas instigadoras e pelo apoio, minha admiração e carinhoso agradecimento.

Ao meu amigo e co-orientador, Eduardo Moreira, pelo exemplo de perseverança, pelo carinho e por toda a dedicação na concretização deste trabalho.

Aos funcionários da secretaria do departamento da PUC-Rio, Anderson e Carmem, pelo afeto e atenção inesgotáveis.

Aos meus queridos colegas de mestrado, pelos debates engrandecedores e, em especial, Teresa e Vivian, pela presença e pela amizade.

À CAPES e à PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, essenciais para a realização dessa dissertação.

Aos meus amados familiares e amigos, pelo colorido que emprestam à minha vida.

À Bel e à Juju, pelas colaborações valiosas que tornam mais fáceis os meus dias.

Aos meus alunos, fonte inesgotável de inspiração, alegria da minha vida, serei a eles eternamente grata!

A Deus, por todos os motivos.

Resumo

Martins, Flavia Bahia. Moraes, Maria Celina Bodin de. **O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2008. ???p Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A sociedade brasileira assiste com perplexidade e indignação o descuido do Poder Público com o direito mais precioso que é o da saúde. A vida humana, razão de ser do Estado, enfrenta desrespeitos diários com as filas nos hospitais, a falta de medicamentos, de leitos, de médicos e enfermeiros, enquanto o direito descansa, em seus cômodos preceitos teóricos clássicos que não atendem aos reclamos de uma sociedade que precisa de soluções urgentes. Levando em consideração este cenário de sofrimento, é cada vez mais vital a análise do Direito com base em pressupostos filosóficos e críticos. Decerto, não se pode mais compreender o conhecimento jurídico pautado em critérios unidimensionais, que vislumbrem apenas as contribuições teóricas e/ou práticas desta área de saber. A abertura das Constituições aos princípios, a realidade da ponderação, a pretensão de correção, a argumentação jurídica, alinhados à constitucionalização do Direito e ao reforço da jurisdição constitucional, apresentam um ordenamento jurídico mais arrojado e preparado para concretizar a vontade da Constituição e da sociedade brasileira. Com isso, o objetivo deste trabalho pretende trazer inovações para a efetivação do direito à saúde por meio dos postulados defendidos pelo pensamento constitucional contemporâneo que entendemos ser mais progressista e, para tanto, adotamos como referência teórica o neoconstitucionalismo proposto por Alfonso Figueroa, bem como as demais contribuições valiosas dos principais teóricos críticos atuais.

Palavras-chave

Direitos Sociais, Direito à Saúde, Direito Constitucional, princípios constitucionais, Filosofia do Direito, Neoconstitucionalismo.

Abstract

Martins, Flavia Bahia. Moraes, Maria Celina Bodin de **The fundamental right to health in Brazil in light of the contemporary constitutional line of thought.** Rio de Janeiro, junho de 2008. ???p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Brazilian society observes with perplexity and indignation the recklessness of the government with society's most precious right – public health. Human life – the government's main concern – is disrespected on a daily basis by the long cues in public hospitals, lack of medication, beds, doctors and nurses. Meanwhile, the right to public health lies still on one of its founding principles and does not meet the urgent needs of the people. Taking into consideration this suffering scenario, it is increasingly vital to analyze the Law with basis on the philosophical and critical premises. Surely, one cannot understand legal knowledge as set in a single dimensional criterion that only takes into consideration the theoretical and/or practical contributions of this area of knowledge. The inclusion of principles, pondering, intention of correction, legal argumentation in the Constitution aligned to the constitutionalization of the Law and of the strengthening of the constitutional jurisdiction, present a bolder legal system duly prepared to materialize the will of the Constitution and that of Brazilian society. All in all, the main goal of this study is to bring innovative ideas to the concretion of the right to health through the postulates which are defined as contemporary constitutional thinking. These thoughts are known to be more progressive and for this reason we end up using Alfonso's Figueroa's neoconstitutionalism proposal as a theoretical reference, as well as further valuable contributions of main and most recent theoretical critics.

Keywords

Social rights, Right to health, constitutional right, constitutional principles, legal philosophy, Neoconstitutionalism.

Sumário

1. Introdução	10
2. O Pensamento Constitucional Contemporâneo	13
2.1. A crise do positivismo – o rito de passagem pós-positivista – a chegada ao neoconstitucionalismo?	13
2.2. A Teoria dos Princípios, a ponderação e a necessária releitura da teoria das fontes.	21
2.3. A constitucionalização do ordenamento jurídico e o neoconstitucionalismo.	33
2.3.1. A rigidez constitucional	36
2.3.2. A garantia jurisdicional da Constituição	36
2.3.3. A força vinculante do texto constitucional	38
2.3.4. A sobreinterpretação	39
2.3.5. A interpretação conforme a Constituição	40
2.3.6. Influência da constituição sobre as relações políticas	41
2.4. A Crítica ao neoconstitucionalismo: governo de juízes?	45
2.4.1. Social	47
2.4.2. Técnica	50
2.4.3. Administrativa	51
2.4.4. Política	53
3. O Direito Fundamental à Saúde	55
3.1. Direitos Humanos, Dignidade da Pessoa Humana e Cidadania.	55
3.2. As gerações de direitos fundamentais, seu desserviço aos direitos sociais e o “equilíbrio existencial”	64
3.3. Informações sobre a saúde no Brasil: amparo legal, princípios informadores do Sistema Único de Saúde e dados estatísticos.	72
3.3.1. Definições e esboço histórico sobre a saúde	72

3.3.2. Natureza jurídica do direito à saúde e avanço legislativo no Brasil	75
3.3.3. Dos princípios norteadores do SUS	82
3.3.4. Dados estatísticos: o Brasil de muitos “Brasis” – uma triste realidade	85
3.4. O controle judicial das políticas públicas à luz dos postulados neoconstitucionalistas.	89
4. O direito fundamental à saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo	101
4.1. O Neoconstitucionalismo está comprometido com a força vinculante das normas constitucionais. Eficácia Direta do direito à saúde.	101
4.2. Densidade normativa de todas as normas constitucionais. Fim das normas programáticas. Caráter jurídico do direito à saúde.	104
4.3. Princípios da nova interpretação constitucional que tutelam o direito à saúde.	106
4.4. Vinculação de todos os poderes na implementação da saúde. O reforço à jurisdição constitucional associada à teoria da argumentação. Controle Judicial do Orçamento.	109
5. Conclusão	117
6. Referências bibliográficas	120