

Introdução

O pensamento constitucional contemporâneo que dá título ao nosso trabalho não é algo já definido e sentenciado. Pelo contrário, está em processo de construção e de reconstrução. Representa, na realidade, um momento de redefinições positivas dentro de Estados Constitucionais, impulsionado pela globalização, pela internacionalização dos direitos humanos e pela força irradiante que passa a ter a Constituição nesse novo contexto. Como referencial desse momento de efervescência acadêmica, escolhemos o neoconstitucionalismo como o pensamento constitucional contemporâneo para ser a linha teórica mestra de nossas singelas pretensões de lastrear uma maior efetividade ao direito à saúde no Brasil.

A proposta desse trabalho no que tange ao neoconstitucionalismo é apresentar algumas de suas premissas informadoras que nascem da constitucionalização do ordenamento jurídico, sem pretensão de esgotar o assunto, que ainda está em processo de construção. Posicionamo-nos pelo neoconstitucionalismo como teoria de direito, tese defendida, entre outros renomados doutrinadores, por Alfonso Figueroa. Separamos alguns dos postulados mais importantes da teoria neoconstitucionalista em subseções diferenciadas para evitar o excesso de informações em um único eixo do trabalho.

Para finalidade de desenvolvimento da seção 2, intitulada de Pensamento constitucional contemporâneo, iniciamos na subseção 2.1 breve análise sobre o positivismo (e suas vertentes exclusivo e inclusivo), o mundo pós-guerra e o reencontro do direito com a dignidade da pessoa humana. O enfoque crítico centralizará suas atenções no positivismo exclusivo defendido, entre outros, por Hans Kelsen. Abordaremos sinteticamente o que chamamos de “rito de passagem” pós-positivista e apresentaremos o pensamento teórico contemporâneo neoconstitucionalista adotado neste trabalho, que é desenvolvido com mais detalhes nas subseções posteriores.

Em seguida, realizamos um estudo sobre a importância da releitura da clássica teoria das fontes, que – com a sua diferenciação de graus entre a aplicação

dos preceitos – precisa ser analisada à luz do Estado Constitucional de Direito, que é essencialmente principiológico. Para tanto, apresentamos a abertura das normas constitucionais aos princípios, trazida por Ronald Dworkin, bem como o método de ponderação dos conflitos, que é tratado juntamente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Também reforçamos a importância do papel da doutrina nesse novo momento do Estado Constitucional de Direito, pois, sem a sua valiosa colaboração, a evolução não poderá ocorrer.

Na subseção 2.3 tratamos do processo de constitucionalização do ordenamento jurídico pós Segunda Grande Guerra, pressuposto teórico principal para o advento do neoconstitucionalismo. Nessa vertente, destacamos que o Estado Constitucional de Direito chegou tardiamente ao Brasil em razão dos anos de ditadura, mas que à luz das características do constitucionalismo apresentadas por Riccardo Guastini, conseguimos inserir o país nesse novo momento do direito. A partir daí, focalizamos a posição do neoconstitucionalismo como nova teoria do direito, com as colaborações de Alfonso Figueroa e demais filósofos críticos contemporâneos.

Em subseção seguinte, apresentamos uma “tentativa de solução” para minimizar a principal crítica dispensada ao neoconstitucionalismo pelos acadêmicos sobre o suposto decisionismo judicial trazido pelo reforço à jurisdição constitucional, que é inegavelmente forte postulado defendido pela nova linha teórica. Reunimos a anunciada proposta em quatro categorias distintas: social, técnica, administrativa e política.

Para efeito de desenvolvimento na seção 3, acerca do direito fundamental à saúde pública no Brasil, realizamos, na primeira subseção que o acompanha, simplificada abordagem histórica sobre os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e a sua relação com a cidadania. Traçamos um paralelo entre o cidadão de J. J. Rousseau e o cidadão brasileiro, apresentando o quadro da inconclusa cidadania brasileira.

Na subseção 3.2 analisamos o desserviço que a divisão dos direitos fundamentais em gerações propiciou aos direitos sociais, resultando, entre outras conseqüências, na sua estigmatização como norma de eficácia programática. À luz, mais uma vez, da dignidade da pessoa humana, também tratamos do princípio

do mínimo existencial, que recebe aqui a sugestão de ser denominado de equilíbrio existencial.

Na subseção seguinte trouxemos informações sobre a saúde no Brasil e demais destaques sobre o seu amparo legal na Constituição e nas normas infraconstitucionais. São analisados os princípios informadores do Sistema Único de Saúde (SUS) e apresentados demais dados estatísticos relacionados à complexidade do tema.

As políticas públicas são analisadas na subseção 3.4 sob olhar crítico do neoconstitucionalismo. Para tanto, serão desenvolvidos alguns dos postulados defendidos por essa teoria/ideologia progressista, tais como o reforço à jurisdição constitucional e a argumentação jurídica, que, alinhadas à técnica da ponderação, são ferramentas importantes de defesa do controle judicial das políticas públicas no que tange ao direito à saúde.

Ao final, numa perspectiva talvez ousada, mas, sobretudo, otimista, defendemos que o direito à saúde pode ser mais bem tutelado e efetivado no Brasil sob o signo do neoconstitucionalismo. Ressaltamos algumas das valiosas ferramentas presentes nesse pensamento constitucional contemporâneo que poderiam auxiliar aos juízes constitucionais (doravante citados como os membros da corte constitucional brasileira e demais participantes da organização judiciária do país) e ao poder público em geral, na tarefa complexa, porém possível, de oferecer uma vida mais digna ao povo brasileiro, com uma saúde de qualidade.