

## RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE

Marília de Castro STURARO<sup>1</sup>  
Glauco Roberto Marques MOREIRA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O estudo trata da questão dos direitos fundamentais em relação ao seu surgimento, as diferentes denominações, à problemática direito fundamental e direito humano. Define também o que é saúde, a saúde como um direito social fundamental. Aos direitos sociais, de um ponto de vista de não fundamentais.

**Palavras-Chave:** Direitos fundamentais. Direitos humanos. Direitos sociais. Saúde. Prestação. Defesa.

### 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho foi realizado como objeto de avaliação do curso de direito do Centro Universitário, cujo tema é referente à reserva do possível no direito à saúde, tema extremamente relevante diante da situação enfrentada por milhares de brasileiros em relação à saúde, devido às demandas que o Estado não consegue suprir.

O presente trabalho teve como finalidade apresentar um estudo mais aprofundado sobre os direitos fundamentais, desde sua origem, analisando a emblemática de seu surgimento, ainda indefinido pela doutrina. Analisou-se também a questão dos direitos fundamentais e direitos humanos, algo que a doutrina também não é unânime. Através de uma pesquisa de caráter dedutivo, com base nas doutrinas, jurisprudência, o referido trabalho se aprofundou especificadamente nos direitos sociais, melhor dizendo, no direito social à saúde. Abrangeu a questão da saúde no Brasil, com uma análise histórica.

O direito à saúde, definido como direito social, é um tema de extrema importância, visto que a preservação deste direito garante ao homem viver com dignidade, princípio este protegido pela própria Constituição Federal, ainda que de maneira implícita. Vale ressaltar que se refletiu sobre os direitos fundamentais

---

<sup>1</sup> A autora é graduando no curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

<sup>2</sup> O autor é Doutorando e Mestre em Direito, com ênfase em Direito Constitucional, pela Instituição Toledo de Ensino - ITE de Bauru-SP, graduado em Direito pelas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente/SP, Delegado de Polícia do Estado de São Paulo e Professor de Ciências Políticas, Teoria Geral do Estado e Direito Penal na Toledo Prudente Centro Universitário.

sociais nas Constituições anteriores à de 1988, como foco ao direito social à saúde, definido como direito de segunda dimensão.

Por fim, apesar de o direito social à saúde, ser perfeitamente entendido como direito fundamental pela doutrina majoritária, há ainda os que entendem que o direito social não é fundamental, discussão esta, abordada neste artigo.

## **2 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

### **2.1 Surgimento Dos Direitos Fundamentais:**

Para que se possa entender como surgiram os direitos fundamentais, precisa-se saber o que é direito. Direito não é um termo tão simples de ser definido, mas Carlos Roberto Gonçalves o conceitua de uma maneira bem compreensível, no sentido de que direito é estabelecido por normas e o direito nasceu com o homem, já que ele é um ser que necessita viver em um meio social e, portanto, o direito assegura que se viva de maneira pacífica, equilibrada nesta relação social.<sup>3</sup>

Confere-se então que o direito, é algo que já nasceu com o indivíduo, sendo necessário para sua convivência com outros indivíduos e direitos fundamentais, são os direitos mínimos que o cidadão deve ter para que possa viver com dignidade em seu meio social. Vidal Serrano Nunes Junior diz que os direitos fundamentais são um sistema de princípios e regras que protegem o ser humano, sempre observando o meio ambiente em que vive o cidadão.<sup>4</sup> Previstos principalmente no artigo 5º da Constituição Federal, em um rol exemplificativo, que define que todos são iguais perante a lei, afirmando então que garante aos brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade etc. Com base nisto, é fácil evidenciar que qualquer atitude contrária ao caput deste artigo, constitui violação aos direitos fundamentais. Para Dalmo Dallari, “Cada pessoa deve ter a possibilidade de exigir que a sociedade e todas as demais pessoas respeitem sua dignidade e garantam os meios de atendimento daquelas necessidades básicas”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: volume 1 : parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.20

<sup>4</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p.22

<sup>5</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. O que são direitos da pessoa. 10. ed., rev. São Paulo: Brasiliense, 1994, p.7

Diante deste raciocínio, privar um cidadão de seu direito fundamental é privá-lo de conviver em um meio social. Os direitos fundamentais possuem a característica da incindibilidade, ou seja, não é possível que o Estado pense apenas em proteger um direito fundamental, sem que seja necessário proteger os demais. Compartilha deste pensamento Vidal Serrano Nunes Junior menciona em seu livro “A Cidadania Social Na Constituição de 1988” um exemplo sobre o que foi dito acima, sobre a incindibilidade, no sentido de “como se cogitar a proteção à vida, sem que se proteja a saúde ou que se proíba a tortura?”<sup>6</sup>.

Só se pode falar em direitos fundamentais na relação entre pessoas e entre pessoas e o Estado e em razão disto os direitos fundamentais são divididos em verticais ou horizontais. Os direitos fundamentais verticais possuem a finalidade de proteger o cidadão dos abusos cometidos pelo próprio Estado, que deveria proteger este cidadão. Já os direitos fundamentais horizontais possuem a finalidade de proteger o cidadão dos abusos cometidos pelo próprio cidadão.

Em outras palavras, os direitos fundamentais podem ser subjetivos, no âmbito de ser uma prerrogativa do que pode o cidadão exercer ou podem ser objetivos, no sentido de guiar o Estado para uma melhor atuação, ideia esta de Vidal Serrano Nunes Junior que também entende que “Com efeito, não há como se pensar em direitos fundamentais fora de um contexto generalizante, em que, de um lado, são concebidos como direito subjetivos e, de outro, como instituição sedimentada no tecido social e que devem condicionar ações individuais e coletivas<sup>7</sup>”.

Para Nestor Sampaio Penteado Filho, os direitos fundamentais são autoaplicáveis, não necessitando assim da intervenção do Estado, sob pena de desprezar a dignidade da pessoa humana, conforme normatiza ao dizer que os direitos fundamentais impõem uma não ingerência do Estado na esfera de intimidade da pessoa, como corolário do respeito à dignidade do ser humano, respeito este elevado à condição de normal Constitucional autoaplicável em diversos países<sup>8</sup>. Para completar o raciocínio, Dalmo Dallari, afirma ainda que:

---

<sup>6</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.19

<sup>7</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.13.

<sup>8</sup> PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p.40

A simples declaração da existência dos direitos é insuficiente. Para que esses direitos tenham significação prática é necessário que as pessoas possam exercê-los. Em sentido mais amplo, é necessário que as condições políticas, econômicas e sociais garantam a todas as pessoas as mesmas possibilidades de ter e de usar os direitos.<sup>9</sup>

Pois bem, diante disto verifica-se o uso do princípio da igualdade, para que todas as pessoas tenham as mesmas condições de utilizar esses direitos. Como a igualdade é um princípio que aponta qual é o objetivo, quer seja que todos tenham as mesmas condições políticas, econômicas e sociais, por ser um princípio, não norteia como atingir esses objetivos e eis que surge a desigualdade, pois o Estado segue um caminho que acha ideal, mas não tem uma base jurídica para tanto.

O surgimento destes direitos é muito impreciso e gera uma discussão na doutrina. De um lado, temos o entendimento que os direitos fundamentais surgiram com o Cristianismo, visto que se o homem é filho de Deus, este necessita viver com dignidade e para tanto, é o que entende Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>10</sup> utiliza-se de direitos fundamentais. Para um segundo pensando da doutrina, os direitos fundamentais surgiram com a carta Magna, no ano de 1215, momento em que o Rei, João sem Terra, assinou a carta com o intuito que os barões parassem de cobrar abusivos impostos de seus trabalhadores, permitindo então, que estes possuíssem condições para viver com mais dignidade. Em relação a isto, a independência dos Estados Unidos da América e Revolução Francesa, positivaram tais direitos, fazendo com que estes ganhassem mais força.

Ainda que seja conturbado o momento que surgiu efetivamente os direitos fundamentais, há um fato muito importante que foi "Declaração de Direitos de Virgínia", que prevê os direitos a vida, liberdade etc. e segundo José Afonso da Silva "a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia"<sup>11</sup>.

Independente de como surgiram os direitos fundamentais, o que precisa ser levado em conta é que os direitos fundamentais representaram um grande avanço para o ordenamento jurídico e por isto tais direitos são universais, irrenunciáveis, intransferíveis, invioláveis, imprescritíveis e limitados. Estes direitos

<sup>9</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. O que são direitos da pessoa. 10. ed., rev. São Paulo: Brasiliense, 1994, p.63

<sup>10</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.36.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Con São Paulo: Malheiros, 2004, p. 153

são universais, pois são válidos em qualquer lugar do mundo, são irrenunciáveis, pois cada pessoa terá estes direitos, não podendo o indivíduo não querer ter. Estes direitos também são intransferíveis, visto que não poderão ser transferidos para outras pessoas. São invioláveis, devendo haver total respeito perante tais direitos, sob pena de responsabilidade no âmbito penal, cível e administrativo. São também imprescritíveis, mesmo que não sejam utilizados, eles não prescreverão. E por fim, são direitos limitados, pois eventualmente um direito pode colidir com outro e aí faz-se necessário saber qual prevalece, limitando então um dos dois direitos. Traz a constituição em seu artigo 5º, o direito à vida não pode ser violado, mas ao refletir sobre milhões de pessoas que se encontram em uma situação grave, onde corpo físico e a mente não possuem mais condições de lutar para sobreviver, não seria lícito o ordenamento jurídico permitir que esse bem tão valioso, que é a vida, fosse renunciado?

## 2.2 Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Os direitos humanos e direitos fundamentais se aproximam muito em relação ao conceito. Há doutrinadores que não diferenciam estes dois institutos, visto que na doutrina direitos fundamentais recebe muitas denominações, como direitos civis subjetivos, direitos individuais, direitos humanos fundamentais etc. De maneira genérica, como entende uma grande parcela da doutrina, direitos fundamentais são os direitos positivados na Constituição Federal e direitos humanos são os direitos positivados em tratados internacionais, por exemplo. Ingo Wolfgang conclui que:

O termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional(internacional) <sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

Esta não é a única definição, visto que Alexandre Moraes, em seu livro sobre direitos humanos fundamentais, nos demonstra a evolução dos direitos na própria Constituição Federal, ao afirmar que “a existência de um rol onde os direitos humanos fundamentais fossem expressamente declarados foi novamente repetida pela 1ª Constituição republicana, de 24-2-1891”<sup>13</sup> Com base nisto, a ideia é que os direitos humanos fundamentais já existiam e estavam sendo declarados novamente. Assim se deu até a Constituição atual. Diante disto, cabe concluir que direitos humanos fundamentais estão previstos também no ordenamento jurídico e não apenas nos tratados internacionais.

Nesta mesma linha de raciocínio, Alexandre de Moraes é claro ao dizer que com a necessidade de uma proteção efetiva aos direitos humanos, estes ganham um poder a nível internacional, conforme afirma ao mencionar:

O surgimento de uma disciplina autônoma ao direito internacional público, denominada direito internacional dos direitos humanos, cuja finalidade precípua consiste na concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais tuteladoras de bens da vida primordiais<sup>14</sup>.

Surgiu então a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que orienta os países a seguir com o plano de garantir a dignidade da pessoa humana. Mesmo sem a ideia de coação, esta declaração é muito bem aceita em todo o mundo. “A partir disso, a proteção internacional dos Direitos Humanos passou a intensificar-se, com a aprovação de inúmeras declarações e tratados internacionais”<sup>15</sup>. A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º – Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Diante deste artigo, entende-se que a Constituição admite também os direitos fundamentais em um plano externo, nos tratados internacionais. Esta ideia

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19.

era que se um tratado fosse melhor que a constituição, o tratado seria aplicado. Esta questão era consequência do Pacto de San José da Costa Rica, que surgiu em 1969, mas só fez parte do ordenamento jurídico em 1992, visto que na época anterior o Brasil estava em regime militar.

Mas não foi tudo tão simples assim. Havia uma grande problemática no sentido de o tratado ser contrário à Constituição, qual iria vigorar? Pois se o tratado trouxesse uma condição pior do que a Constituição, este seria considerado inconstitucional, mas e se a condição fosse melhor, qual iria prevalecer? Eis que surgiu o grupo dos internacionalistas, que defendiam que se o tratado trouxesse uma situação melhor, iria prevalecer o tratado. Mas a doutrina geral não manteve este pensamento e afirmou que a Constituição, de acordo com a hierarquia das normas, está acima de todas as outras, e caso fosse aceito o que o tratado previa, estaríamos diante de uma Constituição flexível, o que não é o caso da Constituição de 1988. Segundo Flavia Piovesan:

Em relação ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. ((O direito enunciado no tratado poderá: a) Coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) Integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do Direito interno <sup>16</sup>.

O Supremo Tribunal Federal se mostrou totalmente contra os internacionalistas, julgando que não seria possível uma norma infraconstitucional ser suprema do que a própria Constituição. Por outro lado, os internacionalistas, atuando como se fosse de maneira recursal, através da emenda nº 45, incluiu o Art. 5º §3º CF – 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.

Pois bem, diante disto, cabe ressaltar que os tratados de direitos humanos, aprovados como emenda à Constituição, serão equivalentes às emendas, e como tem força de emenda, caso contrarie à Constituição, prevalecerá o que for

---

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 93.

mais benéfico. Por outro lado, os tratados aprovados sem o rito de emendas, caso contrarie à Constituição e mesmo sendo mais benéfico, prevalecerá a Constituição.

Discorda deste assunto o professor Valério Mazzuoli, afirmando que “Quanto aos tratados de direitos humanos, como se observará no momento oportuno, entendemos que os mesmos ostentam o status de norma constitucional, independente do seu eventual quórum qualificado de aprovação”<sup>17</sup>. Após esta longa discussão, analisa-se a relação do Brasil com os tratados internacionais. Flavia Piovesan afirma que “Desde o processo de democratização do País e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos”<sup>18</sup>. Com esta afirmação, é nítido ver o esforço do Brasil em participar de cada avanço em relação aos Direitos Humanos, onde demonstra um Estado Democrático e uma população que se beneficia, ao menos na teoria, de tais proteções. Em 1992 o Brasil se aderiu a Convenção Americana e dois Tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas e por esta razão teve que tomar medidas adicionais, para que pudesse estar completamente alinhado aos direitos humanos, conforme afirma Flavia Piovesan como, por exemplo, a revisão de reservas e declarações restritivas feitas pelo Estado Brasileiro quando da ratificação de Convenções voltadas à proteção dos direitos humanos”<sup>19</sup>.

Com outra visão sobre o assunto, Vidal Serrano Nunes Junior nos leva a entender que pouco importa se tais direitos estão previstos ou não na Constituição ou nas Declarações de direito humanos e sim a consequência que o não cumprimento destes direitos acarreta.

Previsto pela ordem interna, consagrará um direito, uma prerrogativa ou uma liberdade, podendo inclusive, ser judicializado. Hospedado em uma declaração ou em uma convenção internacional, caso se evidencie o desrespeito a seu conteúdo, o Estado cuja Constituição o reconhece poderá ser condenado pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> DE OLIVEIRA MAZZUOLI, VALÉRIO. Curso de direito internacional público. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.416.

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 280.

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 286.

<sup>20</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.24.

Por fim, resta concluir que segundo a citação acima, que a grande diferença está nas consequências que podem ocorrer, caso um direito seja definido como fundamental ou como direitos humanos. Diante disto, parece mais gravosa a consequência ao desrespeitar um direito classificado como direitos humanos.

### **2.3 A Saúde Como Direito Social De Segunda Dimensão**

Os direitos fundamentais são divididos em cinco dimensões. A primeira dimensão, diz respeito à liberdade, que configura em um aspecto negativo, visto que para que alguém possa ter a liberdade, o estado não pode realizar uma ação. Este direito que foi o pontapé inicial para que todos os outros direitos fossem conquistados, encontrou muita dificuldade para ser efetivado, visto que ao voltarmos um pouco na história, encontramos os escravos, ao ganhar a liberdade e não ter como se sustentar, acabar voltando às condições de escravos, agora de uma maneira implícita.

A segunda dimensão fala sobre os direitos sociais. Estes direitos que começaram a ser buscados após a Revolução Industrial, pois os trabalhadores buscavam melhores condições de trabalho, para conseqüentemente ter melhores condições de vida. “Cogitando desta segunda geração de direitos, falamos dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, tendentes, como apontado, a resgatar a noção de igualdade entre os seres humanos”<sup>21</sup>. Ingo afirma que a expressão direitos sociais, é justificada pelo fato de ser considerada uma densificação do princípio da justiça social.<sup>22</sup> Os direitos de terceira dimensão, relacionados à fraternidade e de acordo com Vidal Serrano Nunes Junior, os direitos de terceira dimensão não estão voltados exatamente no homem e seu convívio social, mas sim no homem como parte da humanidade.<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.45.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.48

<sup>23</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.46-47.

Como foco deste subitem, iremos analisar o direito de segunda dimensão, que são os direitos sociais. Os direitos sociais surgiram após um grande período de liberdade estatal, melhor chamado de liberalismo. Para Vidal Serrano Nunes Junior, “o chamado liberalismo original, implicava, portanto, uma fuga do direito”<sup>24</sup>. Nesta época, as pessoas possuíam tanta liberdade, que acabam se escravizando por essa razão, visto que não havia um Estado para impor limites. O primeiro documento a constar com grande importância sobre os direitos sociais foi a Constituição Francesa de 1848. Após este fato, a Constituição do México, em 1917 também trouxe grandes significados em relação aos direitos sociais. Conforme o tempo passava, o mundo estava ingerindo cada vez mais os direitos sociais, que tiveram grande ápice com a Constituição de Weimar, em 1919, pois esta constituição inovou em muitos pontos, ressaltando, inclusive, a importância das relações de saúde <sup>25</sup>.

Vale ressaltar que as constituições do Brasil sempre apresentaram a defesa aos direitos social, claro que, umas com mais ou menos intensidade do que outras. Atualmente, tais direitos estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal e são ele 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. Para Magalhães

Os direitos sociais são, portanto, aqueles que devem ser garantidos pelo Estado, para que, com apoio no Direito Econômico, possam ser oferecidos a toda a população os meios dos quais cada pessoa necessita para ser realmente livre, usufruindo, assim, dos seus direitos individuais<sup>26</sup>.

Ao verificar tais ponderações, podemos entender que o Estado deve se esforçar para garantir uma vida digna à sua população. Cabe ressaltar que ao dizer que os direitos devem ser oferecidos a toda população para que cada pessoa possa viver de maneira livre, José Luiz Quadros de nos remete novamente ao direito de primeira dimensão, que é o de liberdade. Sabe-se que muito se foi utilizado o termo

---

<sup>24</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positavação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.49.

<sup>25</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positavação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.51-53.

<sup>26</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000, p. 221.

geração, ao realizar esta divisão dos direitos fundamentais, mas atualmente o termo dimensão é o mais apropriado, visto que nos remete a ideia de evolução dos direitos. Pois bem, após esta breve conclusão, cabe ressaltar então que ao aplicar os direitos de segunda dimensão, o Estado está a garantir também os direitos de primeira geração.

Menciona-se ainda, que os direitos sociais ao atenderem às necessidades individuais do ser humano contemplam seu caráter social, pois, uma vez não atendidas às necessidades de cada um, seus efeitos/causa recaem sobre toda a sociedade<sup>27</sup>. Diante deste ótimo raciocínio de Maliska, é nítido observar que é dever do Estado, garantir a cada um, sem exceções, o cumprimento dos direitos sociais, para que não prejudique toda uma sociedade, que voluntariamente ou involuntariamente deposita sua confiança e esperança em um Estado digno<sup>28</sup>. O artigo 6º da CF, ao definir o que são direitos sociais, define também de maneira explícita, o que vem a ser viver com dignidade, pois se torna impossível afirmar que o Estado deve garantir que toda pessoa viva com dignidade, sem que garanta, através de recursos, o mínimo necessário. O artigo 5 § 1º diz que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Significa dizer que:

Desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto<sup>29</sup>.

Isto se dá ao fato da relevância dos direitos fundamentais e, a necessidade de eficácia destes. Em relação à saúde, a Constituição normatiza em seu artigo 196. A saúde como direito fundamental e segundo o artigo, é essencial, é o mínimo que o cidadão necessita para viver com dignidade e é um dever do Estado. Mas ao dizer sobre saúde, é necessário saber que não apenas a saúde física deve estar em pauta, mas também a saúde psíquica. Havia o entendimento que saúde era ausência de doença, mas conforme demonstra Alan Vendrame e Jamile Coelho Moreno, afirma que;

---

<sup>27</sup> MALISKA, Marcos Augusto. O direito à educação e a constituição. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 46-58.

<sup>28</sup> MALISKA, Marcos Augusto. O direito à educação e a constituição. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 58.

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

Conceituar saúde como ausência de doença era um bom modelo para abordar as infecções, mas não se mostrou um bom modelo com o aparecimento de doenças crônicas e no período pós-guerra, quando buscou-se qualidade de vida e bem-estar<sup>30</sup>

Após esta reflexão, pode-se notar que o conceito saúde, não é apenas o indivíduo não ter literalmente nenhum problema de saúde, pois se fosse isso, seria um conceito muito superficial e errôneo, visto que limitaria muito a visão do Estado sobre a população ter ou não boas condições de saúde. Partindo de uma visão mais ampla, deve-se analisar o modo como o indivíduo vive e as circunstâncias que decorrem para que ele tenha uma boa saúde. Compartilha desta opinião, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Junior ao afirmar que “parece evidente, entretanto, que a ausência de doença, embora expresse um fator importante do estado de saúde, não o esgota, pois diversos outros aspectos devem ser considerados”<sup>31</sup>.

Bem se sabe que a realidade no Brasil não é tão plana assim, há muitos altos e baixos em relação à saúde. Milhares de pessoas sofrem com a falta de recursos para seus tratamentos e outros milhares de pessoas trabalham para que seus tratamentos possam ser pagos. Se esta situação ocorre no Brasil é por que algo está sendo desrespeitado na Constituição Federal, aja vista que o dever é do Estado e não da população, como diz o artigo 196 da Constituição Federal.

### **3 PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Voltando um pouco ao passado, conclui-se que nem todas as Constituições brasileiras trataram dos direitos sociais. Na história do país encontram-se apenas três Constituições com características de Estado Social.

Ainda de modo bem precário, pois a escravidão era prevista, Constituição de 1824, Constituição do império, trata em artigo 179 (XXIV) sobre direitos sociais e ainda afirmava que era permitida a proibição de certas atividades

<sup>30</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui, SP: Boreal, 2011, p. 5.

<sup>31</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito sanitário. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 7.

se estas fossem contra a segurança, a saúde. Enfim, desde aquela época, mesmo se tratando de um período monarquista, a Constituição previa o exercício de direitos sociais, como estes que retratam o artigo. Era ainda declarada que todos eram iguais perante a lei, trazendo a ideia de que todos mereciam especial atenção, propondo então que o estado tomasse medidas que visassem uma garantia de cumprimento de tais direitos. Com enfoque à saúde, estabelecia em seu artigo 179 (XXXI), que todo cidadão era digno de socorros públicos, ou seja, digno de uma saúde em que o Estado deveria era o responsável por proporcionar isto. Estabelecia alguns direitos e garantias, como trata a seguir;

Por forte influencia das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), configurando a ideia de constitucionalismo liberal”. Afirma Celso Bastos que “o liberalismo tem por ponto central colocar o homem, individualmente considerado, como alicerce de todo o sistema social.<sup>32</sup>

A Constituição de 1891, primeira Constituição da República, vigorou até 1930, sofrendo algumas reformas em 1926. Foi somente após a Emenda Constitucional de 1926, que o artigo 72 passou a assegurar aos brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, a segurança individual e a propriedade. Observa-se que esta Constituição, pouco fala sobre o direito à saúde, diferentemente da constituição de 1824, como visto acima. É claro que se os direitos fundamentais forem pensados em um contexto de naturais, ou seja, direitos que todo cidadão deve ter, desde o nascimento, o direito à saúde está implícito neste artigo 72, mas ainda assim, a constituição não foi clara ao prever tais direitos. A título de compreensão, o artigo 72 em seu parágrafo 21, proíbe a pena de morte. Ao analisar este artigo, estamos diante de um princípio para a realização de todos os outros direitos sociais, que estão no artigo 72. Em relação aos direitos, “Houve prevalência de proteção às clássicas liberdades privadas, civis e políticas, não se percebendo a previsão de direitos dos trabalhadores nos termos do que vai ser sentido no texto de 1934”<sup>33</sup>.

A próxima Constituição é a de 1934, com Getúlio Vargas no poder, após o golpe, traz uma abrangência de direitos sociais. Foram pensados após o

<sup>32</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116.

<sup>33</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121.

movimento de 1929, momento de crise econômica para o Brasil e mundo, fazendo com que a população vivesse com dificuldades financeiras.

Vários direitos são mantidos. Inovando, em razão do caráter social da Constituição, são destacados novos títulos, como o da ordem econômica e social (título IV), da família, educação e cultura (título V) e da segurança nacional (título VI). Prestigiam-se, assim, a legislação trabalhista e a representação classista<sup>34</sup>.

A constituição de 1937, apenas para uma breve explanação, não possuiu qualquer tipo de direitos sociais, muito pelo contrário, os que já existiam foram barrados, permitindo até mesmo o uso da tortura para reprimir. “Foi declarado estado de emergência (art.186), que, suspendendo direitos e garantias individuais, só veio a ser revogado pela Lei n. 16, de 30.11.1945”<sup>35</sup>.

A Constituição de 1946, criada após a Ditadura Vargas, esta constituição buscou inspiração na constituição de 1934 e os direitos sociais voltaram ao texto constitucional. Vigorou por vinte e um anos, até o golpe militar, em 1964 e fora substituída pela Constituição de 1967. Esta constituição de 1967 não trouxe nada inovador para o país, apenas uma maior eficácia dos direitos dos trabalhadores, conforme<sup>36</sup>. Apenas para fins educativos, há quem entenda que a emenda constitucional de 1969 foi uma manifestação do Poder Constituinte Originário.

Finalmente, A Constituição de 1988 é caracterizada pelo Estado Social, onde ocorre a intervenção estatal nas relações particulares da sociedade com finalidade de garantir a igualdade material entre os indivíduos, não bastando apenas a igualdade formal, que é suficiente para satisfazer o Estado Liberal. Os direitos sociais estão previstos essencialmente no artigo 6º da Constituição Federal. Mas não está exclusivamente neste artigo. É válido ressaltar que texto, são literalmente a escrita, as palavras que formam frases, no caso, as palavras que formam o dispositivo da Constituição. Já a norma, é a ideia, o aprendizado que se extrai do texto. Além disto, uma norma pode ser retirada de vários textos. E é o que acontece com as normas

<sup>34</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 125.

<sup>35</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129.

<sup>36</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135.

que se referem aos direitos sociais. Não podemos nos basear apenas no artigo 6º da CF/88, mas devemos ampliar nossa visão ao buscar mais sobre os direitos sociais<sup>37</sup>.

Vê-se, então, que o direito fundamental à saúde está entre os mais importantes textos consagrados na Constituição Federal de 1988, pois propõe contemplar de forma direta o bem da vida, sendo corolário deste, representando no texto constitucional, não só do Brasil, mas dos demais estados também, por ser um bem de relevância extrema, embora muitas vezes vilipendiado pelo próprio poder estatal, afrontando a previsão constitucional e a necessidade da efetivação desse direito, deixando muitas vezes de atuar sob o efêmero argumento de limitações orçamentárias, argumento este predestinado ao insucesso.

Conforme afirma Pedro Lenza<sup>38</sup> a Constituição de 1988 traz uma grande e importante separação de ordem econômica e social. A ordem econômica está prevista no título VII e a ordem social foi deslocada para o título II.

A Constituição Federal de 1988 nos remete também aos conceitos de direitos fundamentais objetivos e subjetivos. Ou seja, os direitos fundamentais podem ser subjetivos, no âmbito de ser uma prerrogativa do que pode o cidadão exercer ou podem ser objetivos, no sentido de guiar o Estado para uma melhor atuação.<sup>39</sup>

Os direitos fundamentais evoluíram de acordo com o momento histórico em que se encontravam, visando a prevalência de uma vida humana digna. Com a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais novamente foram marcados historicamente, haja vista a incumbência agora atribuída ao Estado de zelar e proteger a vida de todos, sem distinção, já que era possuidor de aparelhagem para concretização dos direitos da sociedade<sup>40</sup>.

Conforme se observa, os direitos fundamentais são necessários para o indivíduo ter uma vida digna, visto que nem sempre isto foi possível. E observa-se também a extrema relevância da atuação do Estado, para concretizar os direitos fundamentais.

<sup>37</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui, SP: Boreal, 2011, p. 11.

<sup>38</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

<sup>39</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.13.

<sup>40</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui, SP: Boreal, 2011, p. 2.

### 3.1 O Direito à Saúde e Seu Aspecto Positivo e Negativo de Fundamentalidade.

Em um breve levantamento histórico sobre a evolução do direito à saúde, é válido ressaltar que na idade média, a doença era tida como um castigo divino e já que Ele castigou a pessoa, nada poderia ser feito. Cabia aos padres, que eram responsáveis por realizarem os milagres, curar os doentes. Este é o entendimento<sup>41</sup>. Continua ainda com este entendimento, que pouco antes da época industrial, os enfermos eram mantidos em hospitais, mas não para se curarem e sim para ficarem isolados, visto que dessa forma não haveria necessidade de cuidados de outras pessoas. Com a revolução industrial, tudo foi alterado, e ocorre a mudança do trabalho artesanal pelo assalariado e uso de máquinas. Todavia, o que mais motiva esta revolução, eram as péssimas condições que viviam os trabalhadores, sendo obrigados a trabalharem por muitas horas e ganhando um salário extremamente baixo. Com a revolta dos trabalhadores diante destas péssimas condições de trabalho, iniciaram-se assim as diversas manifestações. Afirma, em seu livro de direitos sociais, “Portanto, a Revolução industrial deve ser considerada marco histórico no tocante do desenvolvimento do direito à saúde, o que perdura até os dias atuais, sempre em busca da efetividade e reconhecimento desse direito”<sup>42</sup>. Após a Revolução, os trabalhadores passaram a ter melhores condições de vida, se preocupando então com a saúde e diante disto ocorreu o desenvolvimento dos hospitais, retirando a ideia de que hospital era para isolar os doentes e não trata-los.

O direito à saúde, positivado principalmente no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, como direitos sociais, gera uma divergência no tocante a fundamentalização ou não de tais direitos. Isto se deve ao fato de alguns doutrinadores entenderem que estes direitos são fundamentais e outros entenderem não serem fundamentais. Em razão disto, deve-se primeiramente analisar os direitos fundamentais em seu aspecto formal e material e após isto

#### 3.1.1 Dignidade da pessoa humana

<sup>41</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui, SP: Boreal, 2011, p. 4.

<sup>42</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui, SP: Boreal, 2011.p.5

Após esta análise, cabe também uma breve análise sobre o que vem a ser dignidade da pessoa humana, visto que há uma relação muito tênue do que vem a ser direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, partindo da premissa que tais direitos fundamentais existem para que possa ser celebrada a dignidade da pessoa humana. Dignidade da pessoa humana é uma assunto que todos conhecem, que todos justificam como base de discussão para se obter algum direito, mas é uma questão de profunda complexidade pela doutrina, podendo ser vista de várias ópticas, a depender da questão discutida.

Em relação ao que significa a dignidade da pessoa humano, a Cf/88 em seu artigo 1º, inciso III diz que um dos fundamentos da Constituição é a proteção à dignidade da pessoa humana. É realmente garantir à vida digna a pessoa humana, e Fredie Didier Jr. diz ainda que não somente a pessoa humana, mas também a pessoa jurídica, ao nascituro etc. Este princípio é tão necessário para os outros princípios, visto que a proteção à dignidade da pessoa humana deve estar acima no momento da construção de um princípio<sup>43</sup>.

Com base nisto, Cibele Galha Matheus entende que:

Ora, se a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, como objetivos da República Federativa do Brasil, são todos princípios fundamentais no âmbito brasileiro, não é crível admitir-se, com algum grau de fidelidade aos ditames constitucionais brasileiros, que os direitos sociais não sejam materialmente fundamentais. Assim sendo, tanto formal como materialmente, os direitos sociais merecem a qualificação de fundamentais<sup>44</sup>.

Conclui ainda Cibele Galha Matheus, que tanto formalmente, quando materialmente, os direitos sociais são fundamentais, pois como a própria autora citou, se a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, como dizer o contrário sobre os direitos sociais, que visam a aplicabilidade, de certo modo, do principio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>43</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: volume 1 : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed., rev., ampl. e atual, p.79

<sup>44</sup> MATEUS, Cibele Galha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 57-58.

Em relação à negativa, Cibele Gralha Matheus<sup>45</sup> nos remete a ideia do grande jurista Hayek, que afirma que os direitos sociais não são fundamentais, pois priva a ideia de Estado Liberal, sendo necessário que o estado interviesse nas relações de direitos sociais, sendo totalmente contrário ao que é defendido pelo autor, a respeito do estado liberal, que prioriza as liberdades individuais. Cibele ainda completa, com a mesma teoria de Hayek, visto que é um entendimento estritamente minoritário, que os direitos sociais confrontariam com a materialidade da Constituição, pois materialmente, a constituição assegura a liberdade individual, dentro da ideia de Estado Liberal. Robert Alexy, cita em seu livro, “Teoria dos Direitos Fundamentais” que o status negativo, de Jellinek, em relação aos direitos fundamentais, devem ser protegidos através do direito de defesa, ou como o próprio autor diz, “por meio de direitos ao não-embaraço em face do Estado”<sup>46</sup>

### **3.2 O Direito à Saúde Como Direito Social de Defesa e Direito de Prestação em Relação a Sua Fundamentação.**

No capítulo anterior, foi dito que os direitos sociais correspondem a uma ação positiva do Estado, mas não é correto afirmar que isto é absoluto. Entende-se que os direitos sociais, como a saúde, correspondem também em um aspecto negativo ou de defesa.

Os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os próprios direitos de defesa podem, consoante já ressaltado, reclamar uma conduta positiva por parte do Estado<sup>47</sup>.

Ingo, com base na proposta feita pelo germânico Dieter Murswiek, dividiu as prestações estatais em quatro grupos:

a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino. B) subvenções

<sup>45</sup> MATEUS, Cibele Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. P.259

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 283.

materiais em geral. C) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social, como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água... d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido da quota-parte), em recursos naturais de domínio público<sup>48</sup>.

Partiremos do Estado com base nesta divisão. Conclui-se então que o direito a saúde é classificado como prestações sociais em sentido estrito. E isto quer dizer que o Estado deve se programar para que traga melhorias, que apresente boas condições que garantam a população, viver com a dignidade necessária.

O direito à prestação pode ter várias classificações e uma delas é em relação ao seu objeto. Isto se deve ao fato de que os direitos a prestações podem ser materiais ou fáticas e podem ser normativas ou jurídicas. Em relação aos primeiros “são os direitos do cidadão frente ao Estado no sentido de que lhes forneça determinadas prestações materiais. Tal é o caso, por exemplo, quando se fala de direitos ao trabalho, habitação, cuidados médicos, intervenção policial”<sup>49</sup>. Partindo deste entendimento, presume-se que as prestações materiais são aquelas em que o Estado disponibiliza regulamentos para que o indivíduo possa alcançar a sua dignidade, através de cuidados médicos, por exemplo. Já em relação à segunda, “são direitos do cidadão frente ao Estado no sentido de que este elabore normas ou pratique atos jurídicos”<sup>50</sup>. Aqui podemos finalmente concluir o entendimento, no sentido de que não basta que esteja previsto que o cidadão possui direitos à cuidados médicos, é necessário que o cidadão tenha isso em suas mãos, que ele utilize este benefícios, através de normas, por exemplo.

Os direitos prestacionais são direitos dos titulares de direitos fundamentais frente ao Estado, para que este o proteja<sup>51</sup>. Alguns autores, como Ingo, trazem em suas doutrinas a expressão direito de prestação, que de qual modo se entende como direitos positivos. Antes de entendermos o que vem a ser direitos prestacionais, é necessário afirmar que esta não é a única terminologia, existindo quem a chame de direitos de partição ou direito de quota-parte, conforme afirma

---

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>49</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 89.

<sup>50</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 87.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 435.

Ingo<sup>52</sup>. Ainda na mesma linha de raciocínio, afirma que os direitos prestacionais são os direitos ao acesso e a utilização das prestações fornecidas pelo Estado e ao utilizar a terminologia de direitos de participação, amplia o seu conceito, pois além de serem direitos ao acesso e a utilização das prestações do Estado, são também direitos que incluem a participação na vontade Estatal.

Ao analisar este tema, parte para a terminologia em sentido amplo, pois acredita ser imprescindível a participação de particular para a efetivação do direito a saúde, visto que sozinho talvez o Estado não consiga controlar todas as demandas, que diariamente merecem atenção, pois vale ressaltar que o Estado precisa de muitos “olhos”.

A dimensão prestacional implica uma atitude positiva, por parte, em regra, do poder Estatal, que tem o dever de realizar prestações ou possibilitar que elas sejam realizadas com o intuito de proporcionar uma vida digna para a população. Nesse passo, é mister adentrarmos na questão de que muito embora o Estado seja, por assim dizer, sujeito passivo desta relação, os particulares e entidades privadas não ficam indiferentes a esta realização, podendo e, até mesmo devendo, colaborar para a efetividade do direito à saúde<sup>53</sup>.

A constituição é muito clara ao afirmar em seu artigo 5º, XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, que corresponde ao princípio da inafastabilidade do judiciário. Daniel Amorim afirma que o interessado em provocar o poder judiciário em razão de lesão ou ameaça de direito não é obrigado a procurar antes disso os possíveis mecanismos administrativos de solução de conflito.<sup>54</sup> Ainda que seja possível a instauração de um processo administrativo. Ademais, os direitos prestacionais, principalmente os direitos em sentido estrito, também possuem eficácia imediata, o que significa que;

Desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 186.

<sup>53</sup> MATEUS, Cibele Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988, p. 78.

<sup>54</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 9ªed. Salvador: JusPodium, 2017, p.89

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

Os direitos prestacionais em sentido estrito devem seguir a lógica do mínimo existencial, o que significa dizer que os direitos jamais podem ser concedidos abaixo do mínimo existencial. Se estes direitos não forem realizados no âmbito interno, ele poderá, em caráter subsidiário, serem requeridos através da Convenção Internacional, por exemplo<sup>56</sup>.

Em relação aos direitos de defesa, ou seja, direitos negativos. A doutrina não é muito pacífica ao concluir quais são estes direitos de defesa, já que de um lado temos que o direito à saúde é um direito de defesa<sup>57</sup> e, de outro lado temos, “que os direitos de defesa são os direitos de primeira dimensão, como é o caso da liberdade, da vida, da propriedade”<sup>58</sup>. Conclui ainda Ingo Wolfgang Sarlet:

Importa consignar que estes não se limitam apenas às liberdades e igualdades (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações), abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos<sup>59</sup>.

Analisa-se então o outro ponto de vista em relação ao direito de saúde, portanto, considera-se aqui que ele seja direito de defesa.

A dimensão negativa do direito à saúde pode ser verificada a partir do impedimento, abstenção de ações que possam resultar em algum prejuízo à mesma. Exemplificamos: no âmbito fático, iremos chamar assim, ou seja, no que diz com a conduta a ser adotada, pode-se considerar como manifestação da dimensão negativa do direito à saúde a proibição de tratamentos experimentais sem a expressa anuência do paciente<sup>60</sup>.

Pois bem, esta parcela da doutrina acredita que os direitos negativos são aqueles em que o Estado não pode agir, não pode realizar uma ação que possa por em risco o direito à saúde. os direitos de defesa são “derecho frente al estado

---

<sup>56</sup> MATEUS, Cibele Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988, p. 83.

<sup>57</sup> MATEUS, Cibele Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988, p. 72.

<sup>58</sup> O DIREITO público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 143.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 169.

<sup>60</sup> MATEUS, Cibele Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988, p. 72.

para que este se encargue de que terceiros omitam intervenções”<sup>61</sup>. “o Estado realiza prestações (processo judiciário, lei) no sentido de garantir a esfera negativa dos direitos, o que, conforme já foi tratada, a existência da dimensão negativa”<sup>62</sup>.

Com isso, cabe concluir que o direito negativo, de defesa, necessita da intervenção de um direito positivo, de prestação, para que possa obter eficácia.

### 3.3 Limites dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, por serem essencial à dignidade da pessoa humana, nos remete a ideia de que são absolutos. Mas não, os direitos fundamentais possuem limites. Por estes limites violarem os direitos essenciais ao ser humano, eles devem ser restringidos pela própria Constituição, em razão da Constituição, através de normas legais ou até mesmo o legislador restringir por força de colisão.<sup>63</sup> A colisão pode ser entre os próprios direitos fundamentais, entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Uma breve análise sobre como acontece à colisão e como a resolves.

A colisão entre os próprios direitos fundamentais está em analisarmos o direito à vida privada e o direito à imagem, como ocorre com os grandes artistas da televisão, por exemplo. Qual direito prevalece? Esta é uma pergunta que deve ser analisada posteriormente, pois não é possível responde-la de modo sumário<sup>64</sup>.

Em relação à colisão dos direitos fundamentais com outros valores constitucionais, esses “outros valores” deve ser de tal modo valores expressamente protegidos pela própria Constituição, que decorrem muitas vezes dos direitos fundamentais, como traz em seu exemplo de colisão de tais direitos, o fato de o direito a propriedade pode colidir com o bem jurídico que é o patrimônio cultural<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 441.

Tradução: Direito frente ao estado para que este se encarregue de que terceiros omitam intervenções  
<sup>62</sup> MATEUS, Cibele Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988, p. 71.

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 392

<sup>64</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 93-94.

<sup>65</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 94.

Alexy, em seu livro, teoria dos direitos fundamentais, nos afirma que as restrições de hierarquias constitucionais são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais”<sup>66</sup>.

Em relação às restrições diretamente constitucionais, conclui-se que estas restrições estão internamente previstas em cada direito, sendo o caso da exceção, via de exemplo. Se pegar à título exemplificativo, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, mas em relação a liberdade, o individuo pode sim ser privado, como ocorre no caso da prisão temporária...

No campo das restrições indiretas, que são as restrições infraconstitucionais, estabelecidas por lei, há de enfrentar o problema das reservas legais.

As reservas legais por sua vez costumam ser classificadas em dois grupos, as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas. As reservas do primeiro grupo distinguem-se por autorizarem o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecer pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados, implicando, portanto, a atribuição de uma competência mais ampla de restrição [...] As reservas legais qualificadas têm como traço distintivo a fato de estabelecerem pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais<sup>67</sup>.

Ou seja, no caso das reservas legais simples, seria a hipótese de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Em relação às reservas qualificadas, seria a hipótese de que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Em relação à reserva de lei, Edilson Pereira de Farias conceitua que “os direitos fundamentais, que possuem pelo menos uma reserva de lei, podem ser tranquilamente comprimidos sobre outro direito, desde que claro, respeite os requisitos. Aos direitos fundamentais que não possuem reserva de lei, fica a critério dos juízes e tribunais resolverem tais questões”<sup>68</sup>. E para isto é necessário saber se

<sup>66</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 401.

<sup>68</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 95.

haverá uma colisão de princípios ou um conflito de regras. Há certa divergência se os direitos fundamentais são princípios ou regras, isto porque de um lado temos o entendimento que podemos ponderar os direitos fundamentais e ver qual prevalece de acordo com a situação e necessidade. Mas há o olhar de que são regras, em razão do tudo ou nada, no sentido de que ou existe o direito à liberdade ou não existe. “Los principios son normas de un grado de generalidade relativamente alto, y las reglas normas com um nível relativamente bajo de generalidade”<sup>69</sup>. Esta afirmação remete a uma análise muito precisa para analisar se os direitos fundamentais são classificados como regras ou princípios. Pois bem, para resolver um conflito de regras utilizam-se os critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade. Ao critério cronológico, deve ser utilizada a norma posterior, mas não há esta diferenciação em relação aos direitos fundamentais, visto que todos os direitos estão previstos na Constituição Federal em um mesmo momento. Em relação ao critério hierárquico, ou seja, hierarquia das normas, não existe um direito fundamental superior ao outro, todos estão no mesmo nível. Por fim, o critério da especialidade também não se enquadraria aqui, aja vista que a especialidade é definir qual a norma geral e qual a norma especial e aplicar a norma especial ao caso concreto, mas isto não é possível no caso dos direitos fundamentais, onde todos são definidos como gerais<sup>70</sup>.

Ao realizar esta reflexão, muito embora existam vários entendimentos contrários, segue-se a definição de que os direitos fundamentais são classificados como princípios, sendo assim, eles nos apontam o destino final, qual seja, a liberdade, por exemplo, mas não nos diz qual o caminho seguir, o que fazer para garantir o direito à liberdade.

#### **4 CONCLUSÃO:**

Após encerrada a pesquisa, já é possível chegar a alguns pontos importantes, tais como:

---

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

Os princípios são normas um grau relativamente elevado de Generalidade, e regras são normas com um grau relativamente baixo de Generalidade

<sup>70</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 97.

I- Em relação aos direitos fundamentais, entende-se que apesar de não se saber exatamente o momento em que surgiu, estes direitos sempre foram necessários, visto que são direitos extremamente importantes para o ser humano, ainda que eles tenham tomado forma, depois da Revolução Francesa.

II- Os direitos humanos, positivados no âmbito externo, geram também desconforto para a doutrina conceituá-los, pois como há entendimentos de que são direitos fundamentais e, muito se discute em relação a principal diferença, deixamos aqui uma cognição sumária sobre esta divergência. Os direitos humanos, positivados nos tratados, são direitos fundamentais, que podem ou não prevalecer diante da Constituição Federal, a depender da maneira em que foram votados no momento de sua criação.

III- A saúde, como direito social e segunda dimensão, visto que existem cinco dimensões, não se baseia apenas pela ausência de doença e sim, pela bem estar físico, psíquico.

IV- Os direitos sociais, de certa forma, sempre existiram em todas as Constituições, claro que, em algumas, de maneira muito mais explícita e impactante do que em outras. E sem dúvida a Constituição que mais guia, protege, mostra que caminho seguir é a atual Constituição.

V- Como visto, os direitos fundamentais podem ser prestacionais ou de defesa e como se observou, é imprescindível que exista apenas um direito de defesa ou um direito prestacional, sempre há, via de regra, um direito de defesa e um direito prestacional em relação ao mesmo direito fundamental.

VI- Por fim, cabe concluir que até os direitos fundamentais, de nível altíssimo de proteção constitucional, possuem limites, vigorando então a característica da limitabilidade.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. 10. ed., rev. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed., rev., ampl. e atual. v.1.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011..

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9ªed. Salvador: JusPodium, 2017.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

**O DIREITO público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Con São Paulo: Malheiros, 2004.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008..

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui, SP: Boreal, 2011.