

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO PÚBLICO

GIOVANNA CUNHA MELLO LAZARINI GADIA

**A SAÚDE PSÍQUICA ENQUANTO ELEMENTO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE: Um Estudo Sob a Ótica da Dignidade**

UBERLÂNDIA
2015

GIOVANNA CUNHA MELLO LAZARINI GADIA

**A SAÚDE PSÍQUICA ENQUANTO ELEMENTO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE: Um Estudo Sob a Ótica da Dignidade**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU), para fins de obtenção do grau de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

**UBERLÂNDIA
2015**

Para Bebela e Dadá, meu coração e meu sol.

Para o meu Rô, alegria da minha vida, meu melhor amigo.

Para minha mãe, esse e todos os outros que vierem.

AGRADECIMENTOS

“Diego não conhecia o mar. O pai, Santiago Kovakloff, levou-o para que descobrisse o mar. Viajaram para o Sul. Ele, o mar, estava do outro lado das dunas altas, esperando. Quando o menino e o pai enfim alcançaram aquelas alturas de areia, depois de muito caminhar, o mar estava na frente de seus olhos. E foi tanta a imensidão do mar, e tanto seu fulgor, que o menino ficou mudo de beleza. E quando finalmente conseguiu falar, tremendo, gaguejando, pediu ao pai: - Pai, me ajuda a olhar!” (Eduardo Galeano, “O livro dos abraços”)

Quem dera coubesse aqui tanta gratidão. Foram tantas pessoas me “ajudando a olhar” neste período de aprendizado que as palavras ficam poucas e muito o contentamento.

Agradeço a Deus, muito, porque Ele é alegria em minha vida, é lembrança e presença de gratidão por tudo que tenho – e é tanto! Obrigada.

Gratidão ao meu amigo orientador, Professor Doutor Luiz Carlos Goiabeira Rosa. Pelos ensinamentos, pela paciência, pelo cuidado e pela parceria.

Agradeço à minha mãe, Bia, tão amada, tão sabida, tão decidida em sua doçura. Por tudo, todo apoio, todas as orações, a logística, mais orações...

Gratidão aos meus amados avós, Cacá e Dedé. Pelo exemplo, pela vocação, pela disponibilidade, pelo amor incondicional, sempre. E, através deles, agradeço à minha família Cunha Mello. Se eu tiver mil vidas, em mil vidas quero voltar com vocês. Não existe no mundo lugar melhor do que aquele em que estamos juntos.

Agradeço ao Rô, meu companheiro dessa vida e de tantas outras. Obrigada por fazer esse sonho possível, do jeito mais bonito, e às nossas Pretas, por darem sentido a tudo e renovarem a minha esperança.

Agradeço às minhas queridas Tachinha e Kaíka. As melhores.

Agradecimento enorme à minha companheira de Academia, querida tia Eliana, por estar presente o tempo todo, por renovar o meu olhar.

Agradecimentos – muitos – aos amigos “da linha azul”, irmãos que foram se reencontrando na partilha de sonhos, angústias e muito estudo. Queridos amigos Camila, Rosa, Rodrigo Moreira e Mário. Ah, Mário Ângelo, quantas vidas eu vou levar pra agradecer?

Agradeço à querida Isabel, Secretária de nosso Programa de Mestrado, por ir muito além de sua função e estar conosco para o que der e vier.

Por fim, agradeço aos meus alunos, pelos ensinamentos diários, pela generosidade da partilha, por me proporcionar alegria e renovação. Obrigada!

Deus é alegria. Uma criança é alegria. Deus e uma criança têm isso em comum: ambos sabem que o universo é uma caixa de brinquedos. Deus vê o mundo com os olhos de uma criança.

Está sempre à procura de companheiros para brincar.

Rubem Alves

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar o alcance do conceito de saúde psíquica enquanto elemento essencial do direito fundamental à saúde, tomando-se por referencial o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade figura como princípio norteador de todo o ordenamento jurídico e coloca o ser humano no centro das preocupações do sistema. O direito fundamental à saúde é previsto na Constituição Brasileira no artigo 6º e 196 e seguintes, e, não obstante a tratativa que lhe é dada em dimensão de direito fundamental, não há especificações de conteúdo que delimitem seus elementos conformadores essenciais. Entretanto, ao adotar o conceito de saúde proposto pela Organização Mundial de Saúde o legislador brasileiro reconhece na constituição da saúde os elementos físico, mental e social. Assim, utilizando-se do método dedutivo de abordagem, do método de procedimento monográfico e procedimento de pesquisa técnica bibliográfica, além da abordagem transdisciplinar e utilização de argumentação jurídica no desenvolvimento principiológico, primeiramente será analisada a evolução da interpretação do conceito de pessoa e de dignidade da pessoa humana através dos tempos, enfatizando-se sua atual utilização. Em seguida estudar-se-á a conexão desse princípio aos direitos fundamentais, bem como sua relação intrínseca à formação de um núcleo mínimo existencial de direitos necessários à concretização da vida digna, onde a saúde se insere. Na sequência serão estudados os aspectos atinentes ao direito fundamental à saúde, delimitando sua previsão no ordenamento brasileiro e identificando suas características conformadoras para, ato contínuo, abordar-se a saúde psíquica enquanto seu elemento constitutivo essencial. Por fim, realizar-se-á a análise correlata de todos os institutos desenvolvidos na pesquisa de modo a dimensionar o alcance do conteúdo psíquico da saúde sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: dignidade humana, direito fundamental à saúde, saúde psíquica, Constituição Federal

ABSTRACT

This study has the scope to analyze the concept of mental health as an essential element of the fundamental right to health, taking as reference the principle of human dignity.

The concept of dignity as a guiding principle of the whole legal system and places the individual at the center of the system concerns. The key right to health is provided in the Brazilian Constitution in Article 6 and 196 and following, and despite the dealings given to it in the fundamental dimension, there is no content specifications clarifying their essential conforming elements. However, by adopting the concept of health proposed by the World Health Organization, Brazilian lawmakers recognizes the health establishment the physical, mental and social elements. Thus, using the deductive approach, the monographic method procedure and technical research literature procedure, beyond the transdisciplinary approach and use of legal arguments in development principle logical, will be the first to analyze the evolution of interpretation of the person and of human dignity through of the times, emphasizing it's current use. Then will study the connection of this principle of fundamental rights, and their intrinsic relation with the formation of an existential minimum core rights necessary to the implementation of dignified life, where health is a part. Following are studied aspects pertaining to the fundamental right to health, delimiting it's forecast in the Brazilian planning and identifying characteristics to, immediately, address her mental health as her essential constituent element. Finally, will be held the related analysis all institutes developed in research in order to scale the scope of the psychic content of health from the perspective of human dignity.

Keywords: human dignity, fundamental right to health, mental health, Federal Constitution

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: a dignidade como pensamento precursor da ideia de direitos fundamentais	14
1.1 Evolução Histórica da Dignidade da Pessoa Humana	14
1.1.1 Pré-modernidade: o pensamento greco-romano e a influência teológica na Idade Média	15
1.1.2 Modernidade: os pensamentos liberal e social e a necessidade da ampliação de direitos para a efetivação da dignidade.....	19
1.1.3 Pós-modernidade e a revolução do pensamento sobre dignidade humana: o neoconstitucionalismo como instrumento de ampliação da dignidade	22
1.2 Dignidade Humana e Direitos Fundamentais	27
1.2.1 A estreita vinculação dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade: a evolução da tratativa dos direitos fundamentais como instrumento concretizador da dignidade humana ..	28
1.2.2 Dignidade humana enquanto vetor de concretização do mínimo existencial: a confirmação do vínculo indissolúvel com os direitos fundamentais.....	35
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE	46
2.1 A Amplitude do Conceito de Saúde	46
2.2 A Previsão do Direito Fundamental à Saúde no Ordenamento Constitucional Brasileiro	56
2.3 As Dimensões Objetiva e Subjetiva dos Direitos Fundamentais e Sua Aplicação ao Direito Fundamental à Saúde	62
2.3.1 A dimensão objetiva	64
2.3.2. A dimensão subjetiva.....	67
2.4 Fundamentalidade Formal e Material: a positivação da essencialidade que envolve a saúde	69
2.5 A Promoção e Proteção do Direito Fundamental à Saúde: uma análise sob a ótica do dever	78
3 A SAÚDE PSÍQUICA ENQUANTO ELEMENTO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	90

3.1 A Autonomia da Saúde Psíquica: a necessidade de uma abordagem de amplitude transdisciplinar	94
3.2 Dor e sofrimento	98
3.3 Integridade psíquica	111
3.3.1 Dano psíquico: o bullying como exemplo de agressão direta à saúde psíquica	113
3.3.2. A baixa autoestima e a melhora estética como um de seus instrumentos de reparação: a cirurgia plástica como mecanismo garantidor da concretização do direito fundamental à saúde psíquica e da dignidade.....	120
3.4 O Argumento da Dignidade Humana Refletido na Ampliação do Tratamento Doutrinário e Jurisprudencial do Direito Fundamental à Saúde Psíquica	135
CONCLUSÃO.....	142
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

A evolução do pensamento acerca da dignidade da pessoa humana é um marco indelével na interpretação, reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. É a partir da compreensão da extrema importância do ser humano que se verifica o cuidado multiplicado com esse rol de direitos e sua efetivação. Guilherme C. Nogueira da Gama assevera que

O debate quanto à natureza da pessoa – no sentido de distingui-la da coisa – é bastante antigo na civilização humana, e com a evolução dos tempos solidificou-se a moralidade universal de que a pessoa humana é dotada de dignidade, atributo que a distingue das coisas, daí a ausência de ser valorada patrimonialmente, o que se verifica no sentido contrário relativamente às coisas.¹

A dignidade da pessoa humana vige como princípio fundamental na maioria das Constituições de países democráticos, bem como nas declarações e tratados internacionais de direitos humanos. A ordem constitucional é construída em função da dignidade, e somente diante de sua efetivação pode-se afirmar que o Estado é cumpridor de suas atribuições e obrigações em relação aos indivíduos e à sociedade. A busca por sua proteção e garantia é, indubitavelmente, a justificativa que se observa no surgimento dos direitos fundamentais, sua positivação, amadurecimento e evolução interpretativa.

A ideia de dignidade é estreitamente vinculada à compreensão da liberdade: digno é aquele que pode expressar seu pensamento, fazer-se ouvir, tomar decisões, dispor de sua propriedade da maneira que lhe aprovou, escolher a alternativa que lhe permita a melhor possibilidade de exercer sua personalidade em plenitude. Ato contínuo, o cerceamento da liberdade restringe e compromete o alcance da dignidade ao tirar do indivíduo o elemento da expressão volitiva e assim o isolar do contexto social.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana somente se concretiza diante da efetivação de um conjunto de previsões constitucionais garantidoras de um núcleo de direitos - os direitos fundamentais -, considerado indispensável ao desenvolvimento pleno de todas as potencialidades do indivíduo. Consequentemente, os direitos fundamentais elencados no rol constitucional constituem conjuntamente uma gama de mecanismos de alcance de dignidade: não há como se falar em dignidade, ou em direito à vida sem que se garantam as liberdades, ou o acesso à educação, à moradia, à segurança, à saúde. Constatando-se a ausência de

¹ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. Dignidade Humana (Princípio da): no Biodireito. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.); KATAOKA, Eduardo Takemi (org.); GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 252-253.

quaisquer dos direitos fundamentais previstos e protegidos pela Carta Constitucional a dignidade torna-se ideal impossível de ser concretizado.

Parte integrante essencial desse contexto, a saúde é uma das peças necessárias à perfeição do conjunto. A ofensa a esse direito tem reflexo direto tanto na concretização da dignidade como na efetivação de outros direitos fundamentais componentes do núcleo dos direitos de personalidade, especialmente diante da violação que atinge a saúde psicofísica do indivíduo.

O direito fundamental à saúde adquiriu relevante destaque em razão da ampliação de seu conceito e do consequente universo de complexidades que envolvem o bem-estar da pessoa humana que, necessariamente analisado sob os âmbitos físico, mental e social exigidos como características indispesáveis à efetivação da saúde, engloba o ser humano em aspectos transdisciplinares: não é a ausência de enfermidades que definirá a saúde do indivíduo, mas a conjugação harmônica de aspectos salutares físicos e psicológicos quanto ao ser humano em si considerado e no tocante às relações interpessoais.

Ato contínuo, o ordenamento jurídico pátrio coaduna com a concepção de saúde estabelecida e prevista no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946), segundo a qual “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente ausência de doença”.² Contudo, ainda é bastante lacônico quanto à proteção específica do direito à saúde psíquica quando comparado à saúde física: o texto constitucional de 1988 não explicita o que exatamente estaria incluso na garantia e promoção da saúde nesse sentido.

Ressalte-se que o direito fundamental à saúde desponta como um dos mais expressivos no que toca à concretização da dignidade humana. E, na formação elementar de seu conteúdo, a saúde psíquica tem apelo especial, pois que envolve nuances não previstas nos documentos constitucionais, mas de importância basilar para que tal direito possa ser, em todas as suas dimensões, garantido e efetivado.

Partindo-se de tais premissas, o estudo proposto tem como objetivo geral analisar, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, a amplitude dada pelo direito brasileiro ao conceito de saúde psíquica enquanto elemento do direito fundamental à saúde. Sob a ótica da dignidade, qual é o alcance do conceito de saúde psíquica enquanto elemento componente essencial do direito fundamental à saúde no ordenamento brasileiro? Responder a tal questão

² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde (Constitution of World Health Organization)**. Disponível em <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>>. Acesso em 20 jun. 2014. No original: Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

é a proposta do presente trabalho, em que se intenta tecer breves considerações sobre o aspecto psíquico do direito fundamental à saúde.

No intuito de efetivar-se o objetivo proposto, faz-se necessário desenvolver, em sua complementação, alguns objetivos específicos:

O primeiro deles, que será trabalhado no capítulo 1, relaciona-se à análise da dignidade humana como referencial máximo de interpretação dos direitos fundamentais, e, por consequência, do elemento psíquico existente no direito fundamental à saúde. Referida análise será desenvolvida partindo-se de sua conotação histórica de modo a demonstrar a evolução do conceito, o conteúdo de sua definição e as peculiaridades que o acompanharam até a contemporaneidade.

O ponto chave do desenvolvimento deste objetivo específico será a demonstração da insuficiência do pensamento ontológico original – em que pese ser a teoria kantiana a base inegável de toda a tratativa da dignidade – que afirma a dignidade humana somente pelo ser, e a adoção, como referencial teórico, do argumento de Antonio Junqueira de Azevedo sobre a dignidade. Na lição do autor mencionado há, como se verá, além do imperativo que exige a intangibilidade da vida humana, derivações de grande importância na conformação de um conceito de dignidade adequado à complexidade contemporânea. Dentre as mais relevantes está a assertiva de que a dignidade depende do reconhecimento, o que exige, para sua concretização, um contexto correlacional.

O estudo da conexão intrínseca entre direitos fundamentais e dignidade, concretizada na identificação de um núcleo essencial de direitos necessários à vida digna também será produzido neste capítulo, de forma a criar o respaldo teórico que sustentará os capítulos sequenciais.

O capítulo 2, por sua vez, possui como objetivo específico analisar o direito fundamental à saúde, trazendo ao leitor os elementos necessários à sua identificação. O direito fundamental à saúde psíquica, enquanto elemento essencial do direito fundamental à saúde partilha de todas as características do sistema, o que justifica a importância de seu estudo.

No mencionado capítulo serão abordados o conceito de saúde, sua localização no sistema constitucional brasileiro, bem como as características que lhe aproximam do conteúdo da dignidade: dimensão objetiva, a demonstrar seu papel referencial para todo o ordenamento, e dimensão subjetiva, abordando seu viés subjetivo na defesa do direito individual do qual a pessoa se faz titular. Também serão estudadas as características que fazem da saúde um direito fundamental, adotando-se para tanto os critérios da fundamentalidade formal e material do direito.

Encerrando essa parte da pesquisa abordar-se-á a questão que envolve a saúde sob a ótica do dever. Esse item justifica-se no fato de via de regra os trabalhos produzidos na seara de direitos fundamentais estarem vinculados ao referencial de direitos. Assim, a análise é bastante relevante para efeito de situar a saúde como direito-dever, demonstrando a importância do argumento na abordagem do elemento psíquico, a fim de conglobar esforços dos setores públicos e privados em sua consecução.

Por derradeiro, abordar-se-á, no terceiro capítulo, o núcleo da problemática proposta, buscando identificar a amplitude da saúde psíquica enquanto elemento essencial na conformação do direito fundamental à saúde.

No intuito de alcançar o intento adotar-se-á uma análise transdisciplinar, valendo-se de ciências da saúde, da filosofia e da sociologia como instrumentos complementares e imprescindíveis na demarcação do alcance do conceito. Essa abordagem se legitima na necessidade do estudo aprofundado de elementos constitutivos do elemento psíquico, como dor e sofrimento, assim como os que envolvem o dano psíquico e a baixa autoestima, conceitos a princípio estranhos ao Direito mas de grande importância na delimitação do alcance do instituto estudado.

O método de abordagem adotado no presente estudo será o dedutivo, partindo-se da análise das novas perspectivas que envolvem a dignidade da pessoa humana (geral), especialmente a partir do pensamento neoconstitucional, abordando-se na sequência o direito fundamental à saúde e estreitando a pesquisa até alcançar a análise específica que envolve o elemento da saúde psíquica e seu alcance no ordenamento brasileiro (particular).

Em razão da complexidade que envolve a tratativa dos direitos fundamentais, bem como da utilização de elevada carga axiológica na adoção da dignidade humana como referencial, e considerando-se ainda o silêncio da Constituição – que não trouxe expresso em seu contexto a abrangência do direito estudado – far-se-á ainda necessária a utilização da argumentação jurídica.³

Ademais, ainda serão utilizados no desenvolvimento do presente estudo o método monográfico de procedimento, bem como a técnica bibliográfica e documental de pesquisa.

³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

1 DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: a dignidade como pensamento precursor da ideia de direitos fundamentais

Em razão do caráter nuclear que o ser humano detém no processo de compreensão da dignidade torna-se importante desenvolver algumas observações acerca da amplitude da palavra que encerra o significado de “pessoa” e sua abrangência. Com efeito, o reconhecimento normativo da dignidade da pessoa humana é resultado da evolução da compreensão do significado de pessoa enquanto ser humano, bem como dos atinentes valores determinantes da forma pela qual o Direito aborda a dignidade.

A relação entre os institutos da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais é tão intrincada que, não obstante a ideia de dignidade seja anterior ao reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais, tem-se que somente através da concretização desse núcleo mínimo de direitos é que se pode argumentar acerca de dignidade. É via da positivação dos direitos fundamentais, do *status* constitucional que lhes é garantido, e dos instrumentos de proteção também previstos nas Constituições que a dignidade se plenifica. É através do acesso a esses direitos, de sua efetivação que ao indivíduo é possibilitado o desenvolvimento pleno de todas as potencialidades de sua personalidade.

Ato contínuo, em razão do viés adotado para a análise, é bastante relevante o aprofundamento acerca da dignidade da pessoa humana e de sua conexão com o tratamento dispensado aos direitos fundamentais. Assim, como considerações propedêuticas, faz-se necessário estabelecer a relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais enquanto decorrências, principalmente para se formar o alicerce teórico acerca da promoção e proteção do direito fundamental à saúde na condição de consequência lógico-normativa da dignidade humana.

1.1 Evolução Histórica da Dignidade da Pessoa Humana

Não se pode demarcar com exatidão o surgimento da ideia de dignidade: nunca houve uma época em que o homem esteve desrido de sua dignidade, a ponto de não a reconhecer como um atributo ou como uma qualidade inata e imanente da pessoa humana.⁴

O berço secular da dignidade da pessoa humana repousa na filosofia, em que registros de pensadores como Cícero, Pico della Mirandola e Immanuel Kant desenvolveram ideias

⁴ ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana**: valor-fonte da ordem jurídica. São Paulo: Cautela, 2007, p. 67.

como o pensamento antropocentrista, que reservava ao ser humano lugar central no universo, o valor inerente do qual o ser humano seria titular e a capacidade individual de acesso à razão e escolha do próprio destino.⁵

Nesse mister, no transcorrer da História verifica-se a busca incessante pela dignidade alicerçada num núcleo mínimo de direitos imprescindíveis a ser garantido e concretizado, em diferentes dimensões e abordagens ao longo do tempo modificadas em razão do pensamento que caracterizava a especificidade de cada época, salientando-se quatro momentos considerados fundamentais na trajetória histórica da interpretação da dignidade: O Cristianismo, o iluminismo-humanista, a obra de Immanuel Kant e os horrores da Segunda Guerra Mundial.⁶

1.1.1 Pré-modernidade: o pensamento greco-romano e a influência teológica na Idade Média

A sistematização da ideia de dignidade já se identificava na Antiguidade greco-romana, onde os filósofos tinham a pretensão de definir um princípio apto a fornecer estabilidade à constante mutação característica do mundo real. A dignidade era então diretamente relacionada a dois fatores básicos: o modo único de o homem efetivar-se em liberdade e em humanidade (política); e no poder que o homem concentra como sua atribuição e que o diferencia dos demais, no que a dignidade é então mensurada em razão da compreensão sociopolítica do termo: consubstanciou-se a ideia da dignidade como atributo ou titulação que o indivíduo recebia conforme o papel exercido e o lugar ocupado na sociedade.

Na Idade Média, vinculou-se a dignidade ao ponto de vista teológico: predominou a visão do ser humano fundada na transcendência da divindade, em face do que a razão somente seria boa se guiada por Deus. A afirmação de que todo ser humano seria digno encontra-se primeiramente na Bíblia, segundo a qual o homem teria sido criado à imagem e semelhança do Deus Criador: “E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra”.⁷ A vinculação à ideia da

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 61.

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 126.

⁷ BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Trad. Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave-Maria, 1998, Livro do Gênesis, cap. 1, vers. 26, p. 83.

criação através da vontade Divina eleva os homens à condição de dignos, pois que criados à imagem e semelhança de Deus.⁸

Através de ensinamentos tais quais o amor a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a si mesmo, fazer aos outros o que se quereria que os outros fizessem a si, entre outros, a doutrina cristã buscava o despertar dos sentimentos de solidariedade e comiseração diante da miséria do próximo, pilares dos fundamentos filosóficos embasadores dos direitos sociais e do núcleo mínimo de condições de existência, o que veio a ser alcunhado pela doutrina contemporânea de mínimo existencial.

Tal raciocínio é reforçado pelo pensamento de São Tomás de Aquino, que desenvolve em brilhante passagem textual a ideia de que, não obstante a expressão “homem” seja utilizada para identificar a “espécie, o universal”, “pessoa” delimita “ente singular e concreto”.⁹ No argumento de Aquino, “pessoa não é o “humano” ou a natureza humana, mas o que subsiste em uma natureza humana.”¹⁰ Assim, a pessoa é o indivíduo “A” ou “B”, e não a natureza humana de “A” ou de “B”. Pessoa, destarte, seria “a substância primeira ou hipóstase, ou seja um ser concreto e individual que subsiste em si e para si, como um todo completo, com suas determinações essenciais e as suas características accidentais, integradas no ato de existir que ela exerce por si mesma.”¹¹

Séculos depois do florescer do pensamento cristão, entre os séculos XV e XVI o Renascimento traz consigo a concepção antropocentrista, e o homem é colocado no centro de tudo: a vontade divina cede espaço para as ações humanas. A defesa fervorosa da razão humana desenvolvida pelo movimento iluminista constitui-se em outro momento de grande expressão no que toca à compreensão da dignidade humana: o homem é colocado no centro de toda a sistemática de pensamento, afastando-se a religiosidade como esteio fundamental. Neste momento, observa-se o aparecimento da concepção clássica do conceito de direitos humanos e das primeiras formulações acerca de direitos sociais, que se constituirão posteriormente - juntamente àqueles relacionados aos direitos civis e políticos – no núcleo básico de direitos fundamentais à efetivação da dignidade.

Durante o período Iluminista fundaram-se os pilares do conceito moderno de direitos do homem. A afirmação da existência de direitos que lhes seriam inatos, precedentes ao Estado e à comunidade política encontra respaldo no movimento constitucionalista, de

⁸ RAMÍREZ, Salvador Vergés. **Derechos humanos**: fundamentación. Madrid: Tecnos, 1997, p. 90-91.

⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade. In: PIOVESAN, Flávia (org.). GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas essenciais**: direitos humanos. Teoria geral dos direitos humanos: princípios, histórico, temas atuais. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 658.

¹⁰ Ob.cit., p. 659.

¹¹ RASSAM, Joseph. **Tomás de Aquino**. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 52.

caráter opositor ao Absolutismo justificado pela força da divindade ou pela ideia hobbesiana do contrato social. O Estado absolutista, que praticamente se confundia com a pessoa do monarca, convertera-se em instrumento de opressão e arbítrio ilimitados, o que criou uma atmosfera favorável à cristalização do conceito de direitos do homem.¹²

A consciência de dignidade, o desenvolvimento da compreensão acerca de direitos humanos e a positivação dos direitos fundamentais efetuam assim um trajeto histórico de descoberta, afirmação e consenso. As dores e o sofrimento figuram, em não raras situações, como o aparelho motor de progressivas conquistas no âmbito do direito e na importância dada às exigências da vida humana com dignidade.

Além do Cristianismo e do movimento iluminista, a filosofia de Immanuel Kant é referencial na defesa da concepção humanista, universal e moderna de dignidade humana. Segundo David Duarte, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo de Tarso Brandão, Kant sintetiza que todos os seres humanos sem nenhum tipo de distinção merecem respeito, e por isso “o traço distintivo do homem, como ser racional, está no fato de existir como ‘um fim em si mesmo’, isto é, ele não pode ser usado como simples ‘meio’, limitando, por decorrência, o uso arbitrário da vontade”.¹³

A filosofia de Kant traz em si uma sólida e sofisticada formulação acerca da natureza do homem e de suas relações com a natureza, com seus semelhantes e consigo mesmo. Ao estabelecer o homem enquanto um fim em si considerado, a doutrina kantiana confere ao ser humano uma dignidade ontológica, emancipando-o destarte da sujeição e subserviência irrestritas ao Estado e provocando outrossim a necessidade de se alinharem Direito e Estado para o mister fundamental de protegerem os indivíduos e lhes assegurarem a efetividade dos direitos:

Agora eu afirmo: o homem – e de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.¹⁴

É interessante mencionar que o imperativo kantiano do ser humano como fim em si mesmo não quer sugerir que a pessoa não possa ser, sob nenhuma hipótese, utilizada como

¹² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

¹³ DUARTE, David. SARLET, Ingo Wolfgang. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ponderação e proporcionalidade no Estado constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 150.

¹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59.

instrumento ou meio de realização de objetivos de terceiros. O que Kant afirma é que o homem não deve ser tratado simplesmente por meio, devendo ser simultaneamente fim em qualquer situação.¹⁵ Mensurar a violação da dignidade é uma tarefa que pode ser concretizada, por diversas vezes, diante da constatação da intenção de se instrumentalizar – “coisificar” - o outro.¹⁶

Kant ainda sustenta que a dignidade corresponde a um valor absoluto que se posiciona acima de outros componentes axiológicos, justamente por não ter equivalente:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹⁷

Sob outro prisma, a medida do preço estaria vinculada à relatividade, característica da volatilidade das leis de mercado, e cuja avaliação estaria intimamente ligada à questão da utilidade do objeto: quanto maior a utilidade, maior o preço. De outro norte, por não comportar valoração a dignidade – e por consequência a dignidade humana - refere-se a um valor absoluto.

A dimensão ontológica da dignidade, tão difundida através do pensamento de Kant é irrefutável. A dignidade como qualidade intrínseca à pessoa humana traz em si o caráter da irrenunciabilidade e da inalienabilidade que a elevam a elemento qualificador do ser humano enquanto tal. Isso tem como consequência o fato de que a dignidade não existe apenas onde o Direito expressamente a reconhece: ela precede ao Direito, independendo de acontecimentos concretos, uma vez que é inerente a toda pessoa humana.¹⁸

Conforme restou demonstrado, as mudanças e a evolução na interpretação da dignidade em muito se relacionam aos anseios da sociedade, cada vez mais acuada e reprimida por um Estado Absolutista e atuante apenas na defesa de seus próprios interesses. Para que esse cenário se transformasse tornava-se imperioso que o Estado fosse limitado em seus poderes e atribuições, e que essa limitação fosse exercida sob a égide da legalidade.

¹⁵ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial – o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 67.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20-21.

1.1.2 Modernidade: os pensamentos liberal e social e a necessidade da ampliação de direitos para a efetivação da dignidade

O advento do Estado de Direito pelo viés do Estado Liberal representou um marco na sistematização dos direitos fundamentais, os quais direta ou indiretamente foram consagrados e positivados pelas Constituições oriundas dos movimentos políticos dos séculos XVIII e XIX. Pela primeira vez na história, direitos fundamentais tais como a liberdade política, simultaneamente como liberdade-autonomia e liberdade-participação, a acrescer à liberdade civil, foram assegurados normativamente ao cidadão por um Estado comprometido a efetivar a limitação do poder político internamente pela sua divisão e externamente reduzindo suas funções ao mínimo possível diante da sociedade.¹⁹

O Estado Liberal funda a concepção moderna da liberdade e concretiza a primazia da personalidade humana sob um prisma individualista, contendo e limitando a atuação estatal e inspirando a ideia dos direitos fundamentais e a separação de poderes. O liberalismo possuía como referenciais a autonomia da vontade do indivíduo, a liberdade econômica e a propriedade privada, e ao mesmo tempo a ausência de qualquer modalidade de intervenção estatal.²⁰ Em que pese o objetivo verdadeiro da burguesia ser afastar o Estado para a maior liberdade de estipularem-se normas contratuais quanto ao mercado, fato é que tal contexto fora de suma importância à sistematização dos direitos fundamentais e da dignidade humana, conforme se verá adiante.

O instrumento utilizado para tanto foi primeiramente a declaração de direitos da pessoa acima da figura do Estado. Através desse expediente, várias finalidades foram alcançadas: a legitimação do povo como único soberano; o crescimento da ideologia que derrubou o absolutismo; a determinação, dentro de uma declaração ideológica, do âmbito de liberdade destinado à pessoa; a justificação do direito de propriedade como algo sagrado, inviolável, constituindo parte do rol dos direitos fundamentais; e a legitimação da nova forma de Estado como a mais justa.²¹

Contudo, para que os direitos individuais pudessem ser desfrutados era imprescindível assegurarem-se condições mínimas de existência digna para todo ser humano, e tal não se verificava porque a ideia inicial de liberdade fora desvirtuada a ponto de ser reconhecida somente à classe dominante e negada faticamente aos “não-burgueses”; a

¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33.

²⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.72.

²¹ VIÑAS, Antoni Rovira. **El abuso de los derechos fundamentales**. Barcelona: Edições Península, 1983, p. 65-66.

Revolução Industrial e o *laissez-faire* tornaram ainda maior o processo de exploração do homem pelo homem, questão de inviável solução para um Estado fundado sob os moldes do liberalismo absenteísta e que por isso mesmo urgia resgatar os ideais iniciais propostos pelo Iluminismo.

Sinteticamente, o modelo estatal proposto pela burguesia ruiu por ignorar que a grande classe proletária também tem direitos na mesma proporção de terem tuteladas suas necessidades sociais e individuais, notadamente após as privações impostas pela Revolução Industrial. Floresce então a percepção da necessidade de se buscar uma nova ordem jurídica e econômica que não padecesse do liberalismo excessivo: a posição absenteísta do Estado não acompanhava a evolução das necessidades sociais, visto que as classes mais baixas não possuíam as mesmas condições materiais de proteção de seus direitos que a burguesia, pelo que se constatou que a ideia de liberdade vai muito além do nivelamento formal entre as pessoas.

Assim, na transição entre os séculos XIX e XX apresentou-se o Estado Social, de natureza eminentemente intervencionista para o fim de atender à dependência dos indivíduos em razão da impossibilidade de prover determinadas necessidades existenciais mínimas²², e no qual a segurança jurídica seria resultado da proteção aos direitos fundamentais, da obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e da autodeterminação democrática, e o primado da ideia de proteção da autonomia e a realização plena da personalidade individual figurariam como elementos nucleares de qualquer realização do ideal de Estado de Direito.

A consagração constitucional de direitos sociais, conforme salienta Gustavo Ferreira Santos, dá-se com a Constituição de Weimar, da Alemanha de 1919. Entretanto, a consolidação do chamado constitucionalismo social somente vem a ocorrer no florescimento das Constituições que se originaram no momento posterior à Segunda Guerra Mundial.²³

O Estado Social amplia o campo das conquistas relacionadas aos direitos e garantias individuais, acrescentando conceitos como os de justiça distributiva, efetivada na regra que facilita e determina a inserção do indivíduo na dinâmica social através da solidariedade e de direitos e obrigações de ordem comunitária. Não mais se caracteriza o Poder Público pela postura absenteísta, e a própria justiça distributiva é condicionada por uma ação positiva e concreta de parte do Estado.

²² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2013, p.201.

²³ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 22.

Com efeito, no período em que ainda se pautava exclusivamente pelo regramento clássico do legalismo o Estado de Direito alcança, sobretudo durante o século XX, sua crise mais extremada: ao longo do mencionado período ocorreu uma tomada de consciência de que a consagração jurídica e política da limitação ao poder do Estado e a submissão estatal ao direito não eram elementos suficientes que garantissem a realização plena da pessoa e o gozo dos direitos fundamentais. Marçal Justen Filho preleciona que

[...] grandes parcelas da população não dispunham de condições pessoais para promoverem a própria satisfação de suas necessidades essenciais. Fatores sociais, ambientais, econômicos e individuais impediam que o indivíduo se realizasse como sujeito autônomo e usufruísse de sua dignidade. Isso exigia a implantação e o desenvolvimento de serviços públicos e atividades empresariais desenvolvidas a partir de investimentos estatais.²⁴

A intervenção estatal era fator imprescindível para assegurar a defesa daqueles que se encontrassem em situação economicamente mais frágil. O caráter intervencionista, o controle da esfera de atuação privada, a participação proativa e positiva do Estado nos mais variados segmentos das atividades sociais demonstra a superação do Estado de cunho liberalista pelo Estado Social.

A grande crise capitalista ocorrida entre as duas grandes guerras sepultou de vez o modelo estatal liberal, quedando patente a necessidade de intervenção do Estado na economia, resultando numa postura mais ativa que transforma de Liberal em Social: o mote agora não é mais a liberdade tão-somente, mas aliado a ela o bem-estar do cidadão, as tais condições mínimas de vida necessárias e devidas a todos.

Contudo, no momento em que se opera esse processo de transição o positivismo ainda é fortemente defendido, e a teoria jurídica operava no sentimento de desenvolver-lhe os conceitos dogmáticos, buscando com isso alcançar a desejada científicidade: a submissão ao Estado era necessária em todos os aspectos, para que se evitassem desvios e deturpações em razão da subjetividade.

Fato é que a subordinação irrestrita e incondicional à lei nunca funcionou como artifício capaz de conter as forças autoritárias do exercício do poder, que continuou sendo exercido sob limites puramente formais: a certeza jurídica positivista impedia toda e qualquer tentativa de adequação da norma à realidade social, levando o Estado Social a ignorar as naturais e necessárias diferenças entre os indivíduos e a cometer o mesmo erro que o Estado Liberal: tratar igualmente os desiguais.

²⁴ FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 99.

O Direito que viria a se moldar após a segunda metade do século XX já não coadunava com o pensamento e a crença do positivismo jurídico como teoria suficiente para atender todas as suas necessidades e demandas e, principalmente, que fosse instrumento hábil à efetivação de um Estado que se aproximasse do ideário de Justiça.

Dentre as consequências naturais da crise que se instalou está a gradativa transformação do Estado de Direito legalista em Estado de Direito constitucional. Isso ocorre em razão da mudança do paradigma adotado: os objetivos a serem alcançados neste momento envolvem a justiça e o valor da dignidade humana, realçados no período pós-guerra.

1.1.3 Pós-modernidade e a revolução do pensamento sobre dignidade humana: o neoconstitucionalismo como instrumento de ampliação da dignidade

Os horrores das duas Grandes Guerras e em especial da Segunda Guerra Mundial fizeram com que a humanidade despertasse efetivamente para a necessidade de tutela do ser humano quanto aos seus valores e individualidade: o nazismo e o fascismo, com suas ideologias racistas e xenófobas, permitiram atrocidades a tal ponto de simplesmente se ignorarem atributos como a individualidade, liberdade, consciência e tantos outros, desprezando-se por completo a importância da pessoa humana individualmente considerada no contexto da evolução social em nome da escorreita submissão a um ordenamento jurídico positivista.

Reduzido a mero assistencialista, o Estado Social e sua estrutura ruíram. Entra-se então na era da pós-modernidade, a respeito da qual entende Eliana Calmon Alves:

A tendência veloz rompe com a modernidade, implode o direito posto e inaugura a era da pós-modernidade, com valores e referenciais inteiramente novos, quebrando-se os paradigmas do ordenamento jurídico. Dentro da visão da pós-modernidade, procura-se estabelecer novos valores, novos princípios e o direito dos iguais e dos fraternos, o Direito Civil, passa a sofrer uma profunda influência do Direito Público. Afinal, a sedimentação dos direitos fundamentais e a questão da liberdade individual, com o surgimento de novas e diferentes necessidades, transformadas em direitos individuais, passam a ser a pedra de toque do direcionamento político. Abre-se um campo profícuo para a valorização da transparência, da verdade, da sinceridade, com ênfase aos laços fraternos. Abandona-se a igualdade formal da Revolução Francesa, a igualdade substancial que marcou o final da era da modernidade, porque o importante não é a igualdade, e sim a equidade. O Estado do bem-estar social está em crise e mergulha no ceticismo do vazio, das soluções individualistas e da insegurança jurídica, convivendo com o

pluralismo de fontes legislativas, implodindo os sistemas genéricos normativos.²⁵

A pós-modernidade caracteriza-se pelo conflito com as velhas instituições patrimoniais, ao impor à atualidade os institutos humanísticos: o “ter” dá lugar ao “ser”, provocando assim a diversificação de elementos e efeitos do contrato, na medida em que este influencia até mesmo no estilo de vida do indivíduo. A acumulação de moeda enquanto sinônimo de estabilidade e solidez é substituída pelo bem-estar social nesse mister.

A notória insuficiência dos modelos de Estado Liberal e Social proporcionou então o advento do Estado Democrático de Direito, com a proposta de harmonizar as duas dimensões de direitos humanos fundamentais: aquela vinculada às individualidades e a outra, igualmente necessária, que fazia referência ao aspecto social. Em sua essência é um Estado conciliador, que tem em si o princípio da justiça social materializado no bem-estar geral mas tendo como uma de suas finalidades a manutenção da liberdade individual adquirida e herdada do Estado liberal. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito concilia as fórmulas liberal e social por meio do estímulo ao desenvolvimento social e econômico, em estrita consonância e harmonia com os direitos humanos e fundamentais enquanto paradigmas.

Ocorreu um novo processo de constitucionalização do Direito que traz em seu núcleo uma das maiores evoluções paradigmáticas ocorridas na interpretação da ciência jurídica. O constitucionalismo contemporâneo, nomeado por uma vasta gama de autores por neoconstitucionalismo,²⁶ propõe um retorno aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito; para tanto, trata de materializar esses valores em princípios que insere nos regramentos constitucionais, de forma expressa ou tácita. Esses princípios sintetizam os valores que atuam como os referenciais de todo o ordenamento jurídico e refletem o pensamento social, e as finalidades que a sociedade almeja mais encarecidamente.

²⁵ ALVES, Eliana Calmon. Código de defesa do consumidor e o código civil: temas limítrofes. **Biblioteca Digital Jurídica do STJ (BDJUR-STJ)**, 15/06/2004. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/166>>. Acesso em 01 de junho de 2014.

²⁶ Neste sentido: MÖLLER, Max, em **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 21 e ss. CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. CARBONELL, Miguel. JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 153 e ss. MATIAS, João Luis Nogueira. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 137 e ss. BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórico e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 30 e ss.

Não obstante o entendimento doutrinário de que não há, em verdade, uma teoria neoconstitucional, mas teorias neoconstitucionais,²⁷ há um consenso no argumento de que essas teorias implicam em uma visão do direito constitucional renovada, que se justifica no perfil da sociedade pós-moderna, em estado contínuo de dinâmica transformação, em que o reconhecimento do pluralismo impede a crença e a adoção de concepções definitivas. Segundo Clémerson Merlin Clève

os novos discursos importam, na verdade, manejo do direito constitucional considerando duas dimensões: normativa e metodológica. [...] O fortalecimento da jurisdição e o redimensionamento do seu papel na seara constitucional fazem parte das exigências da nova normatividade. Se antes, com o Estado de Direito, os direitos fundamentais eram compreendidos nos termos do que definia o legislador, hoje, com o Estado Constitucional, a lei subordina-se aos direitos fundamentais.²⁸

Para Luis Roberto Barroso as transformações do direito constitucional contemporâneo podem ser traduzidas em três marcos: o histórico, que iniciado na Alemanha do segundo pós-guerra concretiza-se no Brasil a partir da Constituição de 1988; o filosófico, com o aparecimento de uma “terceira via” entre as concepções positivista e jusnaturalista, atentando ainda para a importância da certeza e da objetividade, mas aliando Direito, moral e política como disciplinas interdependentes e complementares; por derradeiro, o marco teórico do direito constitucional reconhece a força normativa das disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata. Identifica a expansão da jurisdição constitucional e, finalmente, atua sob o viés da nova interpretação da Constituição, reformulando a categoria dos princípios, o tratamento das colisões de normas constitucionais, valendo-se da ponderação como técnica de decisão e da argumentação jurídica.²⁹

Ademais, como núcleo desse novo sistema constitucional está a dignidade da pessoa humana. Valor fundamental, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como princípio jurídico de status constitucional, atuando tanto como justificador moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.³⁰

Essa reformulação da interpretação constitucional para que nela fosse inserida – em alto grau de relevância – uma enorme carga principiológica tem por condão legitimar uma

²⁷ Para aprofundamento acerca das diversas teorias neoconstitucionalistas: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

²⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 358-359.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 32-33.

³⁰ Ob. cit., p. 43.

sensível restrição aos poderes do legislador em nome da defesa e garantia dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, possibilitando a fiscalização de todo o sistema por juízes não eleitos. Segundo Daniel Sarmento,

a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.³¹

O reconhecimento da força normativa dos princípios e de sua forte carga axiológica determinam um perfil de aproximação entre Direito e moral que é característica essencial do neoconstitucionalismo.³²

Assim, tem-se que o movimento neoconstitucionalista amplia e potencializa a força de atuação do princípio da dignidade da pessoa humana, elevando-o ao status de máximo referencial e baliza de toda a sistemática constitucional.

Esse desenho é de extrema importância para que se alcance a amplitude do direito à saúde psíquica e desta como dimensão essencial do direito fundamental à saúde, posto que o legislador constituinte não definiu o conteúdo de seu conceito.

Se a dignidade passa a ser o vetor referencial de todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional, também o direito fundamental à saúde será a ela intrinsecamente vinculado, no sentido de que tal direito somente poderá ser considerado efetivamente concretizado quando proporcionar ao indivíduo o alcance pleno da dignidade.

Destarte, a história dos direitos fundamentais deságua no surgimento do Estado constitucional contemporâneo, que tem com núcleo e argumento de justificação o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais. Consequentemente, a dignidade passa a ser encarada “como uma norma jurídica objetiva, não ela sendo a mesma um direito subjetivo fundamental, e justamente por isso incondicionada, não sujeita – diferentemente dos direitos fundamentais – a ponderações e limitações.”³³

Entretanto, outro aspecto nessa evolução também se faz de grande importância para o objeto do presente estudo: a insuficiência do modelo puramente ontológico da dignidade e a necessidade de adequá-lo à complexidade social da contemporaneidade.

³¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e método de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 203.

³² SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 240-241.

³³ BECCHI, Paolo. **O princípio da dignidade humana**. Trad. Ubenai Lacerda. Aparecida: Santuário, 2013, p. 22.

A identificação da conformação do ser humano como um conjunto de características distintas e complementares também se aprofunda ao passo que a sociedade se torna mais complexa. A caminhada histórica dos conceitos, ainda que em ambientes diversos e paralelos, é conjunta. Num determinado e especial momento o conteúdo desses conceitos tangenciam-se e por vezes acabam por fundir-se na busca de uma compreensão mais ampliada e completa.

Assim, o ser humano visto sob suas diversas nuances, todas com igual dimensão de importância é resultado da evolução do pensamento através da história.

Essa abordagem que se vale da noção da pessoa em seus aspectos físico, mental e social é adotada e desenvolvida em diversas áreas. Nos direitos de personalidade, que em muitos aspectos tangenciam os direitos fundamentais, Limongi França³⁴ produziu estudo pioneiro, analisando os direitos de personalidade segundo o perfil tricotômico que envolve corpo, mente e espírito. Destarte, fundamentalmente três são os aspectos a serem considerados nesta seara: o físico, o intelectual e o moral. Na propositura de um rol de direitos privados de personalidade o autor estabelece a seguinte divisão:

[...]: I – Direito à integridade física 1) direito à vida e aos alimentos; 2) direito sobre o próprio corpo vivo; 3) direito sobre o próprio corpo, morto; 4) direito sobre o corpo alheio, vivo; 5) direito sobre o corpo alheio, morto; 6) direito sobre partes separadas do corpo, vivo; 7) direito sobre partes separadas do corpo, morto. II - Direito à integridade intelectual: 1) direito à liberdade de pensamento; 2) direito pessoal de autor científico; 3) direito pessoal de autor artístico; 4) direito pessoal de inventor. III – Direito à integridade moral: 1) direito à liberdade civil, política e religiosa; 2) direito à honra; 3) direito à honorificência; 4) direito ao recado; 5) direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; 6) direito à imagem; 7) direito à identidade pessoal, familiar e social.³⁵

Essa visão do ser humano como um universo complexo de partes diversificadas que o completam, uma entidade ao mesmo tempo física, psíquica e social traz consigo a necessidade de adequação do pensamento puramente ontológico da dignidade para um argumento que abranja com vigor a característica da vivência em sociedade como elemento essencial da construção da dignidade.

Assim, o reconhecimento de uma dimensão interrelacional conformadora da dignidade humana tem consequências diretas na interpretação da identidade do indivíduo e,

³⁴ FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1037-1038

³⁵ Ob. cit., p. cit.

ato contínuo, na compreensão do alcance do elemento psíquico conformador do direito fundamental à saúde.

1.2 Dignidade Humana e Direitos Fundamentais

A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida não só como um princípio garantidor de direitos, mas também um vetor de obrigações: ao mesmo tempo em que resguarda ao indivíduo garantias mínimas de vivência digna, impõe a este mesmo ser humano o dever de respeitar e proteger as mesmas garantias dos seus semelhantes.

Com vistas a subsidiar o presente trabalho, pela amplitude de abordagem, por vincular seu conteúdo àquele delimitado pela Organização Mundial da Saúde e especialmente em razão do valor destinado ao caráter intersubjetivo que envolve sua efetivação, adota-se o conceito formulado por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual:

[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁶

Posto de outra forma, a dignidade pode ser traduzida naquilo que Dworkin denominou “vida boa”, a respeito da qual Luiz Fernando Barzotto bem explana:

Essas dimensões de pessoa estabelecem alguns bens como necessários para o pleno desenvolvimento ou para a vida boa do ser humano. A expressão “dignidade da pessoa humana” é a tradução jurídico-constitucional do conceito de vida boa da Ética clássica. Os bens que compõem a vida boa passam a ser considerados, do ponto de vista do direito, como algo devido a cada pessoa humana.³⁷

Em verdade, a dignidade não existe somente onde o Direito a reconhece e na medida desse reconhecimento: em que pese depender da ação do Direito para a garantia de sua promoção, efetivação e proteção, é elemento preexistente e que prescinde de movimento

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 37.

³⁷ BARZOTTO, Luiz Fernando. **A democracia na Constituição de 1988**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 194.

criador do Direito por ser a ele precedente. É imperativo de ordem jusnatural, que acompanha a própria essência humana, não sem motivo erigida à condição de valor supremo do ordenamento jurídico e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, inciso III, da Magna Carta brasileira.

1.2.1 A estreita vinculação dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade: a evolução da tratativa dos direitos fundamentais como instrumento concretizador da dignidade humana.

O desenvolvimento da interpretação da dignidade humana, como anteriormente mencionado, possui íntima ligação com a positivação e efetivação do conteúdo dos direitos fundamentais. O fato de que os direitos fundamentais resultam da concretização do Estado Constitucional tem como pano de fundo o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. A limitação do poder que se intenta com o florescer do Estado constitucional atrela-se sobremaneira à história da positivação dos direitos fundamentais.³⁸

Jorge Miranda salienta que, diante da afirmação descrita na Declaração Universal dos Direitos Humanos de que “o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem” foram responsáveis por “atos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade”, e demonstrando a necessidade do reconhecimento da dignidade por todos os povos para que se pudesse alcançar liberdade, justiça e paz, os documentos constitucionais que se seguiram trataram de inserir a dignidade em seus contextos, dando-lhe status de importância primaz no contexto de formação e fundamentação do Estado.³⁹

Percebe-se, destarte, que, do mesmo modo como ocorrido com a interpretação da dignidade, também o reconhecimento dos direitos fundamentais se desenvolve de forma lenta e gradual, experimentando avanços e retrocessos para chegar à forma de sua atual configuração, que, de forma idêntica à questão que envolve a dignidade, mereceu atenção crescente e prioritária após o terror oriundo da Segunda Grande Guerra.

Em que pese o dissenso existente na doutrina no que tange à origem dos direitos fundamentais, alternando-se o argumento entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, datada de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, os estudiosos partilham de um ponto

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36-37.

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional:** direitos fundamentais. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 215-216.

comum: ambas tinham em sua essência uma indiscutível inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao indivíduo direitos naturais, invioláveis, inalienáveis e não alcançáveis pelo instituto da prescrição. Tais direitos possuiriam como titulares todos os seres humanos, indistintamente.

Desde o momento de concretização nos primeiros documentos constitucionais diversas foram as transformações sofridas pelos direitos fundamentais. Mudanças expressivas foram desenhando novos contornos para seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação, o que dá ensejo ao estudo escalonado em gerações ou dimensões de direitos.

Em que pese a primeira classificação de direitos fundamentais, proposta na década de 1950 por Thomas H. Marshall⁴⁰ e, na mesma linha de pensamento, o estudo de Karel Vasak apresentado em 1979 no Instituto Internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo,⁴¹ ambas tratando a evolução dos direitos fundamentais em três “gerações”, neste trabalho opta-se pela adoção da classificação proposta por Ingo Wolfgang Sarlet, que entende no vernáculo “dimensão” uma maior adequação ao caráter progressivo do reconhecimento de novos direitos, que seria complementar e cumulativo e não substitutivo, como poderia dar a entender a expressão “geração de direitos”.⁴²

Semelhante posicionamento é adotado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins em sua obra, rechaçando a terminologia “gerações” sob o seguinte argumento:

A ideia de gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior, enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores “gerações”, como indica claramente a Constituição brasileira de 1988, que inclui indiscriminadamente direitos de todas as “gerações”.⁴³

Não obstante reconheça-se a utilização das duas expressões para identificar as fases pelas quais caminhou a evolução dos direitos fundamentais, no intuito de criar um padrão para a linguagem do presente estudo adota-se o vocábulo “dimensões”.

⁴⁰ Sobre o desenvolvimento proposto por Marshall, bastante relevante a leitura de sua obra “Cidadania, Classe social e status”, traduzida por Meton Porto Gadelha, com edição brasileira pela Editora Zahar, Rio de Janeiro, no ano de 1967. Para o autor, a análise da cidadania deveria passar pela divisão de seu conceito em três partes: O elemento civil, composto dos direitos necessários à liberdade individual; o elemento político, entendido como o direito de participação no exercício do poder político, como membro de um organismo investido da autoridade política ou como eleitos nesse processo; por fim, o elemento social, que faz referência a tudo que englobe o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, plenamente, do contexto social, através do exercício de uma vida de ser civilizado de acordo com os padrões aceitos em sociedade. (p. 57-64).

⁴¹ SAMPAIO. José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 568.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 45-46.

⁴³ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

Assim, tem-se, num primeiro momento, a positivação dos direitos denominados “de primeira dimensão”, constituídos daqueles oponíveis pelo indivíduo perante o Estado como direitos de defesa que demarcam uma esfera de não intervenção estatal e da autonomia do indivíduo. Em razão da postura absenteísta que se exige do governo são considerados como direitos de caráter negativo, de resistência ou oposição perante o Estado, e compreendem o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade diante da lei. Segundo Paulo Bonavides

os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente.⁴⁴

Como os direitos de primeira dimensão não se mostraram suficientes para suprir os anseios crescentes de uma sociedade que se tornava cada vez mais complexa, o reconhecimento progressivo de novos direitos aos poucos se concretizou como resposta aos movimentos reivindicatórios da sociedade, que cobravam uma postura ativa do Estado na realização de justiça social.

Desenhando os contornos do momento histórico em que a efetivação desse novo rol de direitos passa a ser exigida pela sociedade, bem como sua importância e seu caráter de fundamentalidade Soraya Lunardi argumenta:

Os direitos sociais se integram como direitos fundamentais em razão dos problemas econômicos sociais decorrentes do liberalismo econômico generalizado. O Século XIX produziu as teorias socialistas e comunistas, cujo olhar estava voltado para as grandes massas vivendo na penúria e na carência de recursos. A realização dos direitos de liberdade resolveu o problema das intervenções políticas, liberou o indivíduo para si mesmo, e atendeu eficazmente às diretrizes de uma sociedade orientada para a economia capitalista.⁴⁵

Assim, percebe-se que a positivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão abre caminho para as que as novas demandas sejam gradativamente inseridas no contexto do ordenamento como respostas aos anseios sociais.

Compostos pelos direitos sociais, culturais e econômicos (rol onde o direito fundamental à saúde está inserido), assim como dos direitos coletivos ou de coletividades, esse novo conjunto é composto por direitos que nascem “abraçados ao princípio da igualdade,

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29 ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 577.

⁴⁵ LUNARDI, Soraya. **Direitos fundamentais sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 66.

do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.⁴⁶

As repercussões dos movimentos sociais ocorridos nos países que sofriam crescente e intenso processo de industrialização evidenciaram a necessidade de harmonização da liberdade com a igualdade, via da incorporação de conteúdos de caráter social dentre os direitos. Segundo José Adércio Leite Sampaio

é importante destacar que o Estado detém o papel de promoção desses direitos por meio da criação ou ampliação dos serviços públicos. De outro lado, a igualdade impõe a necessária identificação das diferenças dos seres humanos, requisitando uma especialização de natureza subjetiva de modo a resguardar os especialmente necessitados ou marginalizados (minorias, doentes, presos, mulher, criança e idoso).⁴⁷

Tal assertiva se justifica no fato de figurarem os direitos sociais no enquadramento daqueles denominados “de segunda dimensão” (ou geração, como prefere Bonavides), o que significa reconhecer seu caráter prestacional e vinculado à compensação das desigualdades materiais que permearam a concretização dos primeiros direitos fundamentais positivados.

A primeira definição expressa dos mencionados direitos acontece no texto constitucional mexicano de 1917 e posteriormente na Constituição de Weimar, em 1919, merecendo menção ainda a Declaração dos direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. No Brasil, conforme preleciona José Adércio Leite Sampaio, a primeira menção aos direitos fundamentais sociais aparece na Constituição de 1934.⁴⁸

Embora genericamente denominados “direitos sociais”, os componentes desse grupamento de direitos são subclassificados pela doutrina. Assim, tem-se que os direitos sociais propriamente ditos são compostos por aqueles considerados indispensáveis à participação plena na vida social, assim como para viabilizar o gozo aos direitos de primeira dimensão. Já os direitos econômicos têm como objetivo a garantia de um nível mínimo de vida e segurança material, garantindo o desenvolvimento das potencialidades do indivíduo. Aí se concentram, por exemplo, o direito à saúde, direitos trabalhistas e securitários, alimentação e direito à moradia. Por derradeiro, os direitos culturais seriam aqueles indispensáveis ao

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 578.

⁴⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 570.

⁴⁸ Ob. cit., p. 571.

resgate, estímulo e proteção dos modos culturais das comunidades, possibilitando assim a participação e o acesso de todos às riquezas espirituais comunitárias.⁴⁹

Não obstante diversos autores se prendam à característica do cunho positivo dos direitos sociais, em razão da preponderância da ação proativa do Estado no sentido de dar efetivação às políticas públicas, relevante é mencionar o argumento de Ingo Sarlet na defesa de que tais direitos também englobam as denominadas “liberdades sociais”, como o direito de greve e a garantia de salário mínimo. Revela-se, assim, a segunda dimensão dos direitos fundamentais como uma esfera de abrangência bem maior que a dos direitos de cunho exclusivamente prestacional, não obstante seja este seu marco distintivo.⁵⁰

Os direitos fundamentais de terceira dimensão também são mencionados pela doutrina como direitos de fraternidade ou de solidariedade, caracterizando-se pela desvinculação do indivíduo para objetivar a proteção de grupos humanos. Assim, sua titularidade é coletiva ou difusa, e dentre eles podem ser mencionados o direito ao meio ambiente, à qualidade de vida e à autodeterminação dos povos.⁵¹

Há autores que optam por um detalhamento ainda mais específico, criando dimensões (ou gerações) derivadas dessa terceira, já mencionada. Assim, por exemplo, é que Paulo Bonavides trata da “quarta e da quinta geração de direitos fundamentais”. A quarta geração refere-se aos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo político, enquanto que a quinta relaciona-se ao direito à paz.⁵²

Destarte confirma-se o argumento do reconhecimento gradual de cada esfera de direitos fundamentais, que se complementam e viabilizam, em interdependência de dimensões, a efetividade de todo o rol.

O estágio atual de desenvolvimento e interpretação de direitos fundamentais permite conceituá-los como direitos público-subjetivos contidos em dispositivos constitucionais dos quais são titulares as pessoas - físicas ou jurídicas – e que encerram caráter de normatividade suprema na ordem jurídica, objetivando limitar o exercício do poder do Estado diante das liberdades individuais.⁵³

Ampliando este entendimento, a definição de Ingo W. Sarlet, inspirada na construção desenvolvida por Robert Alexy clarifica a temática, abrangendo no conteúdo de

⁴⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 570-571.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 49.

⁵¹ Ob. cit., p. 48.

⁵² BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 585-609.

⁵³ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Ob. cit., p. 41.

seu conceito as normas de direito dotadas de fundamentalidade material, que serão posteriormente abordadas neste trabalho:

Direitos fundamentais são [...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁵⁴

De importância basilar o conceito acima mencionado, que norteia o presente estudo e demonstra com exatidão a dimensão da importância dos direitos fundamentais. A supremacia deste elenco de direitos sobre todas as demais normas do ordenamento constitucional e infraconstitucional constitui, a um só tempo, um inequívoco instrumento limitador do poder estatal e uma ordem inescusável de seu cumprimento, que alcança o Poder Público e a esfera particular, indistintamente.

Por derradeiro, ainda é relevante ressaltar, no intuito de justificar a mencionada conexão entre os institutos que, não obstante quedar a dignidade humana positivada na ordem vigente, a Constituição de 1988 não a incluiu no rol dos direitos e garantias fundamentais, elevando-a à condição de princípio e valor fundamental que referencia toda o sistema. Assim, segundo a lição de Sarlet,

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ser ela própria concedida pelo ordenamento jurídico. Tal aspecto, embora seguindo sentido inverso, chegou a ser objeto de lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser retirada de nenhum ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (a dignidade) decorre. Assim, quando se fala - no nosso sentir equivocadamente - em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.⁵⁵

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Princípio da dignidade da pessoa humana no direito constitucional. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). KATAOKA, Eduardo Takemi (org.). GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 337.

A expressão da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental a transforma em norteador de todo o ordenamento jurídico, caracterizando-a hierarquicamente como seu valor maior a ser alcançado. O enquadramento como princípio fundamental não retira ou reduz a amplitude de seu conceito, pois que “o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio, (e até mesmo como regra) constitucional fundamental não afasta o seu papel como valor fundamental geral para toda ordem jurídica (e não apenas para esta) mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.”⁵⁶

Assim, estabelece-se a íntima relação entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana: a dignidade constitui o elemento que confere unidade ao sistema de direitos fundamentais, atuando como seu “alfa e ômega”.⁵⁷ Os direitos fundamentais, por sua vez, constituem um núcleo de exigências, efetivações e desdobramentos da dignidade, e com base na dignidade deverão ser interpretados. Serão sempre reconduzidos à ideia e à noção de dignidade da pessoa humana, visto que sua vocação primaz é a de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas.⁵⁸

Com efeito, a complementação da importância do princípio e sua íntima conexão com os direitos fundamentais vêm da exigência pressuposta de reconhecimento e proteção de todos esses direitos, ainda que nem todos possuam como fundamento direto a dignidade da pessoa humana. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.⁵⁹

Queda então patente a intrínseca conexão entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana: se de um lado a dignidade é a premissa que deve nortear todo o ordenamento e a conduta do Estado e de seus indivíduos, de outro depende de um conjunto importante de direitos que lhe são essenciais à concretização. É somente através da efetivação desses direitos que se alcança a “vida boa”, a plenitude do exercício da personalidade e a dignidade da pessoa humana em si.

⁵⁶ Ob cit., p. 338.

⁵⁷ DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Resende de (coord.). ZILVETI, Fernando Aurélio (coord.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 161.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. Ob. cit, p. 185.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais:** na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

1.2.2 Dignidade humana enquanto vetor de concretização do mínimo existencial: a confirmação do vínculo indissolúvel com os direitos fundamentais.

A existência de um núcleo básico de direitos que está além da esfera de disponibilidade, um conjunto de atributos sem os quais não há que se falar em dignidade é trabalhada por uma gama de doutrinadores como “mínimo existencial”.⁶⁰ Karine Cordeiro, inspirada no argumento de Dworkin, afirma que “a consagração da dignidade impõe que sejam reconhecidos tantos direitos quantos forem necessários para garantí-la”.⁶¹ Ana Paula de Barcellos, valendo-se do argumento acerca de princípios e regras contidos na obra de Robert Alexy analisa o conteúdo do instituto:

[...] há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja, se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, a modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são.⁶²

A teoria jurídica analítica de Robert Alexy, que discorre acerca de direitos fundamentais classificando-os entre regras e princípios desenha o mínimo existencial como uma regra, decorrente do exercício da ponderação entre os princípios da dignidade humana e da igualdade material, a um tempo, e dos princípios da separação de poderes, competência legislativa e limites decorrentes dos direitos fundamentais de terceiros. Ana Carolina Lopes Olsen disserta sobre o pensamento de Alexy perfazendo a seguinte construção:

Para tanto (Alexy) desenvolve os seguintes argumentos: a) o princípio da separação dos poderes e a vinculação orçamentária [...] não são absolutos, pois encontram limites dentro da própria Constituição, nem são fins em si mesmos, mas meios para atingir os fins constitucionais (entre os quais, a proteção da dignidade humana); b) O conteúdo da dignidade humana é muito importante para ser deixada ao arbítrio do legislador, de modo que sua competência pode ser minorada (ideia reitora). A proporcionalidade entra para se evitar que a proteção do mínimo existencial onere excessivamente outros direitos (de terceiros) ou princípios constitucionais. Assim “o mínimo existencial, como exposto, é exatamente o conjunto de circunstâncias

⁶⁰ Neste sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 245 e ss. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 779 e ss. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro, Renovar, 2009. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais:** contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010, p. 64 e ss.

⁶¹ CORDEIRO, Karine da Silva. Ob. cit., p. 93.

⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 245.

*materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana”.*⁶³ (grifos nossos)

A concretização da dignidade humana traz em si, desta feita, a consequente observância às condições mínimas de vida digna e não somente de sobrevivência: direitos tais como liberdade de locomoção, moradia e saúde, irredutibilidade do salário e outros mais positivados na Carta Magna, são projeções do mister precípua da dignidade humana enquanto princípio: a manutenção de um mínimo existencial.⁶⁴

Ricardo Lobo Torres afirma que dignidade e as necessidades materiais da existência humana não podem retroceder aquém de um limite mínimo. Seria um direito fundamental constituído de duas faces: a primeira abarcaria os direitos fundamentais de liberdade e a segunda os direitos sociais em sua expressão mínima. Isso se justifica no fato de que os direitos fundamentais sociais que conformam o rol do mínimo existencial são adstritos à dignidade humana e, por isso, transformam-se em condições de liberdade. Seu conteúdo essencial é o “núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais (de liberdade ou sociais). Constitui limites para a atuação dos poderes do Estado.”⁶⁵

Assim, o mínimo existencial é considerado como o conjunto de requisitos necessários a que o indivíduo possa levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade humana.⁶⁶ Thadeu Weber preleciona que não obstante não haver consenso na fixação do conteúdo que constitui o mínimo existencial, pois suas exigências podem variar em razão das condições econômicas sociais e culturais de uma determinada sociedade, alguns parâmetros para a configuração de uma vida digna são reconhecidos:

⁶³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Disserta?sequence=1>> Acesso em 21 de dezembro de 2014.

⁶⁴ O mínimo existencial, também denominado pela doutrina de mínimo ou mínimos sociais ou ainda de direitos constitucionais mínimos integra o conceito de direitos fundamentais, na visão de Ricardo Lobo Torres. Para o autor existe um direito “às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na vida dos tributos (= imunidade) e ainda exige prestações estatais positivas”. É direito vinculado à ideia de liberdade, bem como aos ‘princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão’.” TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos fundamentais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 313-317.

⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (coord.). SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos fundamentais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 313-317.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional:** Algumas Aproximações e Alguns Desafios. Disponível em <<http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>>. Acesso em 30 de junho de 2014.

[...] os direitos sociais como a saúde, a educação e a habitação estão entre eles. Portanto, como uma primeira delimitação, pode-se afirmar que o conteúdo do mínimo existencial é constituído basicamente pelos direitos fundamentais sociais, sobretudo aquelas "prestações materiais" que visam garantir uma vida digna. Isso não significa garantir apenas a sobrevivência física, mas implica no desenvolvimento da personalidade como um todo. Viver não é apenas sobreviver.⁶⁷

Outrossim, o momento contemporâneo de consolidação da dignidade da pessoa humana faz com que a comunidade jurídica reconheça como consenso a exigência de um núcleo mínimo de direitos - mínimo existencial -, cuja temática apaixonante justifica os mais acalorados debates e afasta a antiga noção de um conjunto de direitos que garantam tão-somente a sobrevivência do indivíduo.

De fato, a dignidade exige mais: exige qualidade de vida, e não sobrevivência. Sua efetivação depende de bem-estar, de vida saudável, felicidade, plenitude e do desenvolvimento de todas as potencialidades humanas.

E, não obstante o dissenso doutrinário acerca da amplitude de enquadramento dos direitos sociais neste rol imune à esfera de disponibilidade do Poder Público, inequívoca a interdependência existente entre a efetivação dos direitos considerados de segunda dimensão – dentre eles o direito fundamental à saúde – e a garantia da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais sociais – especialmente aqueles que têm caráter preponderantemente prestacional – são em seu conjunto formado por valores que pressupõem o acesso a determinados bens tidos como essenciais para uma vida efetivamente digna (entre eles, saúde). Para isso, segundo Karine da Silva Cordeiro, deve-se garantir um rol de prestações materiais de modo a promover e respeitar a dignidade. Assim, é diante da necessidade de concretização da dignidade que se justifica um direito fundamental a um mínimo existencial.⁶⁸

A dificuldade em se estabelecer um conceito que reflita consenso é o reflexo da diversidade social existente: não obstante a maioria absoluta de países se utilize da dignidade como justificativa e elemento fundador, a relevante divergência na condução do próprio conceito acaba por comprometer a tentativa de unidade. Este pensamento é expresso por Stephan Kirste de forma bastante elucidativa:

⁶⁷ WEBER, Thadeu. **A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls.** Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2013000100011&script=sci_arttext>. Acesso em 29 de junho de 2014.

⁶⁸ CORDEIRO, Karine da Silva. Ob. cit., p. 94-95.

O mero fato de textos tão opostos como o Código de Direito Canônico, a Constituição da República Islâmica do Irã ou a Constituição da República Popular da China fazerem referência à dignidade humana mostra essa incerteza no desenvolvimento de um conceito autônomo e juridicamente coerente de dignidade humana no geral. As disposições constitucionais, cada vez mais diferenciadas, sobre aspectos particulares da violação da dignidade humana – nomeadamente, a proibição da tortura, a proteção contra a prisão arbitrária, a proteção da honra, a proteção do embrião e outros valores ameaçados pela biotecnologia – são sinais da tentativa dos constituintes de obter distinções claras a respeito, alcançando-se, com isso, a correspondente viabilidade jurídica da dignidade humana.⁶⁹

A tarefa de alcançar um mínimo entendimento jurídico acerca do conceito incumbe aos órgãos estatais, e segundo Ingo Wolfgang Sarlet deve partir da ideia nuclear que remonta às suas características de irrenunciabilidade e inalienabilidade. Compreendida como adjetivo intrínseco à condição humana em si, a dignidade pode e deve ser reconhecida, respeitada, protegida e promovida, não havendo possibilidade de ser criada, concedida ou retirada, embora possa ser violada.⁷⁰

De fato a dignidade precede o Direito, não devendo ser mensurada pelo reconhecimento que o Direito lhe presta ou somente nestas condições: embora seja o Direito seu garantidor, a dignidade é elemento que lhe antecede e prescinde de sua chancela para existir. Conforme entende José Afonso da Silva:

A dignidade da pessoa não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.⁷¹

É no mesmo sentido o entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo, que termina por desenvolver o que seria o conteúdo de um mínimo existencial tendo referenciando-se na dignidade, asseverando a necessidade da intangibilidade da vida humana como premissa fundamental ao mencionado princípio:

⁶⁹ KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 178.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 52-53.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, 1998, p. 91.

[...] do primeiro ser vivo até hoje há um fluxo vital contínuo; todo ser vivo tem sua própria centelha de vida mas cada centelha individual surge do fogo que, desde então, queima na Terra, e nesse fogo, cada centelha se insere como parte do todo. A vida em geral fundamenta o direito ambiental e o direito dos animais. Todavia, é, sem dúvida, a vida humana que, sob o aspecto ontológico, representa sua parte excelente. Por isso a vida humana – globalmente e em cada uma de suas centelhas – deve merecer a maior atenção do jurista. Do ponto de vista que nos interessa, isto é, de cada pessoa humana a vida é condição de existência. O princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade.⁷²

Com efeito, o preceito da intangibilidade da vida humana é inegociável, figurando como pressuposto de exigência radical que não comporta exceção. É condição de existência, e por isso em princípio não admite atenuações: se afastado, nada restaria do princípio da dignidade, conforme se depreendem de casos tais como as proibições legais da eutanásia e do abortamento do embrião, bem como a impossibilidade da introdução legislativa da pena de morte,⁷³ situações que demonstram a tendência do legislador em tratar a vida humana como maior valor jurídico existente.

Como mencionado em tratativa anterior, além da intangibilidade da vida, considerada por Antonio Junqueira de Azevedo como pressuposto absoluto (categórico) da dignidade, também são elencados, não com o caráter de imperativo, mas como consequências do princípio, o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana, o respeito às condições mínimas de vida e, ainda, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens.

O respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana é a primeira consequência decorrente da atenção à dignidade, e sua violação dá ensejo à reparação. Este é o argumento que defende Antonio Junqueira de Azevedo quando afirma que

[...] o ponto fundamental do respeito à integridade física e psíquica é o da *obrigação de segurança*. Os autores nacionais parecem que ainda não se conscientizaram de que a obrigação de segurança, tão firmemente referida nos arts. 8º, 9º e 10 do Código de Defesa do Consumidor (Seção: “Da

⁷² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (org.). **Estudos e pareceres de direito privado:** com remissões ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14-15.

⁷³ Ob. cit., p. 16-17. Aspectos relevantes como os que envolvem a gravidez – e a possibilidade de abortamento – oriunda de estupro e a concordância do profissional médico que consente na prática da eutanásia em virtude de declaração expressa de vontade do interessado demonstram, segundo o autor, a falta de valor intrínseco dada à vida – do embrião e do paciente terminal. A proibição de produção legislativa que efetive a pena de morte justifica-se no cenário atual, em que a “eliminação física não é a única forma de sanção capaz de evitar um mal maior, isto é, de evitar outras mortes”, e o fato de não haver outro valor que possa superar em importância o da vida humana a inserção da pena de morte na prática comum do direito penal seria plenamente inconstitucional.

proteção à saúde e segurança) tem *sede constitucional*, seja como decorrência do princípio da dignidade, seja por força do caput do art. 5º da CR. A obrigação de segurança hoje se “autonomizou”; existe independentemente de contrato – pode não haver contrato nem muito menos importa se o contrato é gratuito ou oneroso [...]. A obrigação de segurança sempre existe; os danos à pessoa devem ser indenizados. É importante dizer: *em matéria de danos à pessoa, a regra é hoje a responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva, nesse campo, é atualmente a exceção.*⁷⁴

Antonio Junqueira de Azevedo finalmente preleciona acerca da terceira consequência direta do princípio da dignidade, que nomina de “*respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens*”, ou condições culturais. Com esse item estão relacionados os direitos de personalidade – à exceção da vida e da integridade física e psíquica, já tratados especificamente – em seus aspectos fundamentais; segundo o autor, “direitos que se prendem ao livre desenvolvimento da pessoa humana no seu meio social”.⁷⁵

Tem-se na construção de Antonio Junqueira de Azevedo a expressão do rol de direitos que não podem ser expostos a quaisquer tipos de transação, pois que componentes do núcleo mínimo garantidor da dignidade.

E, no que se relaciona mais especificamente à temática do presente estudo – o alcance da amplitude da saúde psíquica como componente essencial do direito fundamental à saúde – faz-se necessário a afirmação dos direitos fundamentais sociais como conteúdo indispensável à realização da dignidade.

Através do reconhecimento constitucional desse rol de direitos no Título II, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, cuja garantia é intrinsecamente vinculada à efetivação da dignidade pode-se afirmar que também os classificados como direitos sociais, culturais e econômicos, em sua dimensão negativa ou prestacional constituem exigência para sua concretização. Os direitos sociais de cunho prestacional – a saúde, objeto do presente estudo, contida nessa classificação – estão a serviço da igualdade e da liberdade material, e possuem como intuito a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência digna.⁷⁶

A dignidade não caminha sozinha: para que se efetive há a necessidade de que uma gama de direitos aptos a garantir sua concretização seja conjuntamente observada. Não obstante a dignidade preceda ao Direito, é através do rol de direitos classificados como

⁷⁴ Ob. cit., p. 17-18.

⁷⁵ Ob. cit., p. 20.

⁷⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos políticos, cidadania e teoria das necessidades. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 122, 1994, p. 278 e ss.

fundamentais que se vislumbra sua existência prática. Em outras palavras, é através do exercício dos direitos fundamentais que o ser humano pode plenamente desenvolver suas potencialidades, decorrendo daí a dignidade em questão.

Existe um descompasso histórico entre o desenvolvimento da ideia de dignidade e sua efetivação através da positivação de direitos fundamentais. Enquanto se pode verificar que a preocupação com a definição de dignidade cresce principalmente após a construção teológica cristã relativa ao tema, é somente após as Revoluções iluministas que se percebe nas primeiras legislações relacionadas à sua importância um embrião da construção de mecanismos de sua efetivação via da positivação de direitos fundamentais.

Ainda que haja uma vinculação expressiva entre documentos constitucionais e direitos fundamentais, não há comprovação histórica de uma relação necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Jorge Miranda salienta que a conexão jurídico-positiva entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais somente se inicia efetivamente a partir do aparecimento dos importantes textos internacionais e das Constituições produzidas após a Segunda Grande Guerra.

Diante da afirmação descrita na Declaração Universal dos Direitos Humanos de que “o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem” foram responsáveis por “atos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade”, e demonstrando a necessidade do reconhecimento da dignidade por todos os povos para que se pudesse alcançar liberdade, justiça e paz, os documentos constitucionais que se seguiram trataram de inserir a dignidade em seus contextos, dando-lhe status de importância primaz no contexto de formação e fundamentação do Estado.⁷⁷

Adotando por referencial o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos ao longo de seus trinta artigos percebe-se a recondução da essência da dignidade humana aos parâmetros da doutrina kantiana: a autonomia, a vontade e a autodeterminação de cada indivíduo ali estão contidos como núcleo intangível a ser protegido e garantido. O vínculo íntimo entre liberdade e dignidade e por decorrência o reconhecimento dos direitos fundamentais, estão entre as principais premissas da dignidade humana.

Dessa afirmação inferem-se duas vertentes de pensamento acerca da dignidade e sua conexão a direitos fundamentais. A primeira consubstancia-se numa barreira intransponível imposta a todos e inclusive ao Estado, para proteger a individualidade e a autodeterminação de qualquer um contra violações por parte do Estado ou de terceiros: essa é

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 215-216.

a dimensão negativa do conceito, que estabelece um limite absoluto de atuação como proteção aos direitos fundamentais.

A segunda perfaz-se na visão da dignidade como conteúdo material e as decorrentes consequências jurídicas que dela se originam: o aspecto prático e concreto da aplicação do conceito, que adquire eficácia e efetividade no seio das condições fáticas da sociedade.⁷⁸

Essa é também a concepção adotada pela ordem constitucional brasileira, que garantiu à dignidade o *status* de fundamento do Estado, interpretando os direitos fundamentais como mecanismos de sua concretização. Ainda que se reconheça a variabilidade de graus de vinculação dos direitos fundamentais à efetivação da dignidade, certo é que direta ou indiretamente tais direitos encontrarão sua justificativa no conteúdo daquele princípio - ou melhor, supraprincípio, vez que é alicerce de todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais e fundamento precípuo da noção de pessoa enquanto fundamento e fim da sociedade e do Estado.

A adoção da dignidade como fundamento da República demonstra o reconhecimento da existência do Estado e de todo seu aparelhamento em função do indivíduo, a quem deve servir, proteger e promover, e não o contrário. O ser humano é sagrado como finalidade e não como meio da atuação estatal.

Portanto, o resgate dos ideais kantianos de ser humano enquanto centro do sistema social e normativo por meio da positivação da dignidade humana - por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual vaticina em seu artigo 1º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos"⁷⁹ – possibilitou à dignidade humana seu desdobramento mais eminente: os direitos fundamentais. Sobre tal assertiva, Canotilho entende que "o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos".⁸⁰

Jorge Miranda argumenta acerca da unidade de sentido, concordância prática e valor que a Constituição proporciona ao sistema de direitos fundamentais. Mais ainda. Isso somente é possível porque a dignidade da pessoa humana a sustenta: é a concepção da dignidade como fundamento do todo o sistema que torna a pessoa fundamento e fim do

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 59.

⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 02 de junho de 2014.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 416.

Estado e da sociedade.⁸¹ Destarte, segundo o autor a fonte ética comum dos direitos, liberdades e garantias pessoais, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais seria a dignidade de todas as pessoas. O denominador comum e a finalidade precípua encontram-se na pessoa:

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara com essa luz. O “homem situado” do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.⁸²

A Constituição brasileira de 1988 não determina, de forma expressa, o direito ao mínimo existencial. Entretanto, o preâmbulo constitucional apresenta como valores supremos a serem perseguidos no Estado Democrático o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Ademais, traz como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), mencionando o referido princípio também quando estabelece que a ordem econômica tem por finalidade precípua assegurar a existência digna a todas as pessoas. Ademais, ao elencar expressamente em seu contexto de direitos e garantias fundamentais uma gama de direitos sociais específicos (como por exemplo os contidos no artigo 6º: saúde, alimentação, moradia, educação, entre outros) demonstra inequivocamente a intenção de salvaguardar um conteúdo que não pode ser alcançado por quaisquer tipos de restrição violadora da dignidade humana.⁸³

Cada vez mais os Tribunais pátrios têm se valido da dignidade como critério hermenêutico, ou seja, como referencial para o deslinde de controvérsias, com notória interpretação da legislação infraconstitucional tomando por base o princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁴. Tal constatação, não obstante a preocupação com a desvalorização do princípio em razão de sua excessiva e superficial utilização – no mais das vezes demonstra uma tendência interpretativa afinizada com as exigências da dignidade.⁸⁵ Isso demonstra que a normatividade da dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental tem sido

⁸¹ MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 219.

⁸² Ob. cit., p. 220-221.

⁸³ CORDEIRO, Karine da Silva. Ob. cit., p. 106-107.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95.

⁸⁵ Ob. cit., p. 97.

admitida também no âmbito da jurisprudência, especialmente como referencial na hermenêutica.

A complementação da importância do princípio e sua íntima conexão com os direitos fundamentais vêm da exigência pressuposta de reconhecimento e proteção de todos esses direitos, não obstante, como já mencionado, nem todos possuam como fundamento direto a dignidade da pessoa humana. Assim, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.⁸⁶

Esse argumento confere força ao pensamento de que, em que pese a teoria kantiana acerca da dignidade, há realmente que se atentar para a concretização do princípio via da efetivação dos direitos que lhe são condição necessária de existência, e isso, dito de outro modo, significa afirmar que o simples fato de existir que leva o sujeito a ser titular de direitos deve ser analisado com reservas, em razão da necessidade de efetivação destes direitos para o exercício pleno da dignidade. Paulo Mota Pinto reforça esse entendimento ao afirmar que

da garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento da personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refracções essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.⁸⁷

Diante do exposto pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana contém em si o argumento de que o ser humano é merecedor, titular ou credor dos bens considerados indispensáveis a que se alcance a vida boa enquanto pessoa, suprindo seus atributos de concretude, individualidade, racionalidade e sociabilidade.⁸⁸

Assim, resta confirmada a íntima conexão entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana via da proteção ao mínimo existencial, que não aceita qualquer espécie de negociação. A dignidade é o máximo referencial do ordenamento, da ação estatal e conduta social. Ao mesmo tempo, depende da efetivação de um conglomerado de direitos essenciais à sua plenificação.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 102.

⁸⁷ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 152.

⁸⁸ BARZOTTO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. cit.

Conforme anteriormente tratado, para o alcance efetivo da dignidade adotou-se como argumento referencial no presente estudo a premissa inafastável da intangibilidade da vida humana, que tem como consequências necessárias o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana, o respeito às condições mínimas de vida e, ainda, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens. Esses elementos demonstram a importância do indivíduo ter vontade autônoma e poder exercer livremente os direitos do qual é titular em uma convivência social necessária para a efetivação de seu significado enquanto ser humano, pessoa.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE

Desenvolvimento oriundo do imperativo da intangibilidade da vida humana e comprovação da supremacia da dignidade é o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana, o que implica dizer do direito à saúde psicofísica do indivíduo. Não é demais lembrar que a saúde é um direito fundamental positivado, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 dentre os denominados direitos fundamentais sociais.

Após o transcurso de mais de 25 anos do reconhecimento constitucional do direito fundamental à saúde os desafios que se mostram à espera de respostas razoáveis estão concentrados na necessidade de que se ofereça às pessoas garantias concretas e eficazes para a sua concretização.⁸⁹ Fernando Aith questiona:

Se a saúde é um direito fundamental reconhecido pela Constituição, qual o exato contorno deste direito? Quais os deveres do Estado e dos cidadãos para que o direito à saúde seja concretizado? É fato da vida que todos um dia vamos morrer, e que a nossa saúde certamente sofrerá abalos ao longo de nosso percurso nessa Terra. Qual seria, então, a compreensão jurídica a ser dada à expressão “saúde é direito de todos”, utilizada pelo artigo 196 da Constituição? E qual seria o dever do Estado de promover, proteger e recuperar a saúde das pessoas? E quais deveres teriam a família, os indivíduos e as empresas na proteção do direito coletivo à saúde?⁹⁰

Surge a necessidade de aprofundamento no estudo do conceito de saúde, suas implicações e peculiaridades, bem como da análise do enquadramento constitucional destinado à temática no ordenamento brasileiro.

2.1 A Amplitude do Conceito de Saúde

Conceituar saúde, segundo as palavras de Moacyr Scliar, é “um problema que só surgiu recentemente; e surgiu exatamente em função das necessidades de planejar ações de saúde, individuais ou coletivas.”⁹¹ Ao iniciar o capítulo intitulado “Por que equidade na saúde?” de sua obra “As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado” Amartya Sen e Bernardo Kliksberg trazem uma afirmação

⁸⁹ AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil: desafios para a efetivação de um direito social. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 268.

⁹⁰ Ob. cit., p. 268-269.

⁹¹ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 32.

de autoria de sir Thomas Browne, escrita há mais de três séculos e meio, mais precisamente de 1643: “O mundo [...] não é uma hospedagem, mas um hospital”. Segundo os autores

uma interpretação nada encorajadora, se não completamente surpreendente, por parte do prestigioso autor de *Religio Medici* e *Pseudodoxia Epidemica*. Mas Browne podia não estar totalmente enganado: mesmo hoje (e não apenas na Inglaterra do século XVII), a doença de uma forma ou de outra tem sido uma presença importante na vida de um número grande de pessoas.⁹²

Segundo o estudo desenvolvido por Jorge Munhós de Souza,

a primeira observação de caráter histórico que merece ênfase relaciona-se com a acidentada trajetória da ideia de saúde, desde uma concepção inicial ligada a superstição e a magia, até uma noção mais contemporânea, que analisa os problemas de saúde a partir de suas condicionantes sociais, assim como também relaciona suas soluções com o uso de procedimentos científicamente testados para tanto.⁹³

A paradoxal relação saúde/doença sempre acompanhou a vivência humana. Historicamente é perceptível que em todas as sociedades a discussão acerca da compreensão do significado de “saúde” é intimamente ligada ao conceito de doença. Segundo Fernando Aith

A doença, como todo evento relevante relacionado com a existência humana, exige uma explicação. A saúde, por seu lado, dá lugar à formulação de várias regras, práticas e morais, destinadas à sua conservação – deve-se “evitar” a doença. Esta elaboração discursiva para a proteção da saúde atinge não só a saúde individual como também a saúde pública e coletiva, desenvolvendo-se, assim, todos os liames possíveis existentes entre a saúde e as diferentes realidades sociais e culturais, inclusive a realidade jurídica.⁹⁴

Etimologicamente, a palavra “saúde” deriva do termo latino *salus*,⁹⁵ do qual também se origina a expressão *salvus*, que designava a superação de perigos à integridade física do indivíduo. No mesmo sentido, “sanidade” decorre do latim *sanitas* e esta por sua vez advém de *sanus* (puro, limpo).

⁹² SEN, Amartya. KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar:** a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 73.

⁹³ SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 122.

⁹⁴ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário:** a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 43.

⁹⁵ Numa livre tradução, integridade, inteireza.

As primeiras impressões nas sociedades primitivas relacionavam a saúde a aspectos orgânicos de ordem mágica ou religiosa, ou a consideravam um estado de equilíbrio entre corpo e alma que poderia ser desfeito por fatores astrológicos, climáticos ou por influência de outros animais, tal qual era admitido entre os chineses e os indianos.

Nesse sentido, a literatura especializada demonstra que a acepção original do termo “saúde” surgiu intimamente vinculada a uma interpretação mágica da realidade, na qual as sociedades primitivas viam no enfermo alguém possuído por espíritos malignos ou vítimas de bruxaria. Jorge Munhós de Souza salienta que a constante busca por soluções mágicas e sagradas “dificultava não só a delimitação de uma noção mais precisa de saúde, mas também o estabelecimento de uma relação mais clara de causalidade natural entre os males e suas origens”.⁹⁶

Na Grécia antiga esse pensamento sofre questionamentos principalmente através dos estudos de Hipócrates que, ao estender o alcance de sua pesquisa empírica além do paciente e até o meio onde este habitava, demonstrou a correlação da doença às características do ambiente onde o enfermo vivia, ressaltando assim o caráter fático e material às causas que poderiam estar em sua origem.

Ato contínuo, o conceito de saúde fora substancialmente transformado pelos gregos ao abordarem racionalmente o processo saúde-doença, fazendo com que os rituais cedessem lugar ao que Platão alcunharia de equilíbrio interno entre alma e corpo, que posteriormente teve sua noção ampliada para alcançar o equilíbrio entre o homem, a organização social e natureza, partindo dessa tríade a compreensão da concepção de saúde.⁹⁷ Em outras palavras, a magia era substituída pela ciência: características tais quais ambiente, trabalho e posição social passaram a ser fatores determinantes para o aparecimento de doença, sobressaindo-se assim a concepção de que não havia doenças mas doentes, em face do que “a compreensão do processo de saúde e doença começa a relegar a relação causa efeito e a exigir um juízo pautado pela circularidade dos argumentos”.⁹⁸

A transição para a Idade Média, no entanto, apresenta um cenário de grave retrocesso sanitário, constituindo uma época em que se verifica a ocorrência de pestes e surtos epidêmicos relacionados muitas das vezes aos conflitos bélicos, à pobreza, promiscuidade e à falta de higiene. Bem assim, além da firme retomada das superstições da Antiguidade, as crenças cristãs de pecado e punição através de flagelos físicos propagadas pela Igreja Católica

⁹⁸ SOUZA, Jorge Munhós de. Ob. cit., p. 122.

⁹⁷ SCLiar, Moacyr. Ob. cit., p. 17.

⁹⁸ MENDES, J. M. R., LEWGOY, A. M. B., SILVEIRA, E. C. Saúde e interdisciplinaridade: um vasto mundo novo. **Revista Ciência & Saúde**, 2008, jan/jun, v. 1, n. 1, p. 25-26.

fizeram com que a saúde fosse considerada mais uma graça divina que um estado físico e mental, ao passo que a doença era o meio mais rápido de se limpar o espírito dos pecados cometidos.

Mariana Filchtiner Figueiredo salienta que:

As práticas médicas desenvolvidas pelas tradições ocidental (grega e romana) e oriental (árabe e judaica) – esta última incluindo estudos nos campos da farmacologia, oftalmologia, cirurgia, entre outros – ficaram à margem da cristandade dominante. A doença voltou a ser vista como castigo divino, resumindo-se os cuidados sanitários à preocupação de afastar o doente do convívio social, para evitar o contágio e a visão da própria doença. O único contraponto se deu pelo fortalecimento da caridade, com o surgimento dos primeiros hospitais, “mais apropriadamente hospícios, ou asilos, nos quais os pacientes recebiam, se não o tratamento adequado, pelo menos conforto espiritual”.⁹⁹

É no Renascimento e em seus movimentos correlatos que ocorre o resgate da evolução crítica e racional, abandonando-se paulatinamente as credices e superstições como tônica do comportamento humano. Décartes, com seu argumento “penso, logo existo”, propunha o raciocínio como mola mestra das conclusões e paradigmas que norteariam a sociedade.

A revolução social e cultural promovida pelos movimentos renascentistas provocou a releitura do conceito de saúde, que deixou de ser uma concessão divina para ser um estado físico de integridade e plenitude das funções orgânicas. Tal entendimento consolidou-se no final do século XIX com as descobertas na área da Biologia e notadamente no que ficaria conhecido por revolução pasteuriana:

No laboratório de Louis Pasteur e em outros laboratórios, o microscópio, descoberto no século XVII, mas até então não muito valorizado, estava revelando a existência de microorganismos causadores de doença e possibilitando a introdução de soros e vacinas. Era uma revolução porque, pela primeira vez, fatores etiológicos até então desconhecidos estavam sendo identificados; doenças agora poderiam ser prevenidas e curadas.¹⁰⁰

Neste ínterim também ocorre a atuação gradativamente crescente do Estado na melhoria das condições de vida da sociedade através da implantação de sistemas de saneamento básico e tratamento de água, pavimentação de vias e fiscalização das centrais produtoras de alimentos. A substituição do modelo absolutista pelo Estado Liberal e este pelo

⁹⁹FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77-78.

¹⁰⁰ SCLiar, Moacyr. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007, p. 33.

Estado Social coloca a proteção à saúde dentre as atividades típicas a serem realizadas pelo Poder Público, na medida em que tal proteção é reconhecida como direito e posteriormente positivada como direito fundamental.

Ainda, a crescente urbanização causada pela Revolução Industrial, acrescida às péssimas condições de higiene nos locais de trabalho e residências dos trabalhadores são fatos determinantes na proliferação de doenças. A urgência da necessidade de melhorias neste cenário é fator preponderante das mudanças que se seguiram, conforme salienta Mariana Filchtiner Figueiredo:

Tais fatos foram decisivos à reivindicação por melhores condições sanitárias, dada a necessidade de resguardo à saúde dos operários, seja pela manutenção dos níveis de produção das fábricas, seja pela proteção da saúde dos próprios patrões; assim como pelo atendimento às reclamações dos operários, já organizados em movimentos de luta social, que exigiram o estabelecimento de melhores condições sanitárias para si e os respectivos familiares.¹⁰¹

A partir da Modernidade ocorre o resgate do pensamento hipocrático e duas concepções de saúde são identificadas como lados opostos de uma compreensão que caminha de uma noção simplista para um entendimento ampliado. Sobre isso Jorge Munhós de Souza escreveu:

De um lado está a *concepção biomédica de saúde*, que a comprehende como ausência de doença, objetivo que poderia ser perseguido por meio de práticas curativas ou preventivas. De outro lado há uma concepção mais pródiga e recente, que enxerga saúde como *completo bem-estar físico, mental e social*. No primeiro caso fala-se de cura e prevenção; já no segundo, a ideia é de fomento e promoção da saúde.¹⁰²

A concepção biomédica foi responsável pelo uso da ciência como instrumento de concretização dos diagnósticos médicos atuando como um marco fundamental na compreensão da doença, que deixa de ser definida através das experiências pautadas na subjetividade do doente para ter sua interpretação atrelada à objetividade dos sinais sintomáticos corporais. A concepção biomédica tinha como bases fundantes: a doença era tida como um desvio de um padrão prévio de normalidade; havia uma atenção à cura corporal, de forma que o tratamento de corpo e mente do paciente eram encarados separadamente; e, por derradeiro, a existência de um consenso quanto à competência exclusiva da classe médica para o tratamento dos assuntos ligados às questões de saúde, com a consequente

¹⁰¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Ob. cit., p. 79.

¹⁰² SOUZA, Jorge Munhós de. Ob. cit., p. 123.

marginalização de outros conhecimentos não convencionais e a supervalorização de novas tecnologias, medicamentos e procedimentos cirúrgicos.¹⁰³

São inegáveis os avanços trazidos pela concepção biomédica e nos consequentes benefícios proporcionados, desde a majoração da expectativa de vida à descoberta de novos tratamentos e medicamentos. Entretanto, é a própria evolução da interpretação da doença que faz com que as críticas também sobrevenham. A construção conceitual das definições de saúde e doença, bem como de padrões de normalidade e anormalidade deve necessariamente vincular-se a um contexto histórico e cultural. Uma concepção razoável de saúde deve atentar para a diversidade, oferecendo um “mecanismo de equalização quando a diferença oprimir, mas não pode estigmatizar a diferença (a anormalidade) quando nesse padrão social esteja o elemento emancipatório.”¹⁰⁴

Uma outra crítica construída acerca da concepção biomédica é a que consiste na rejeição da exclusividade do conhecimento médico e na marginalização das demais ciências convencionais. A objetividade que envolve o conhecimento científico em não raras situações minora a importância de tratamentos auxiliares que podem efetivamente trazer melhorias à enfermidade apresentada pelo paciente, bem como desconsidera a importância do paciente como elemento igualmente responsável pela efetividade e sucesso do tratamento. Ademais, sem que se considere a importância de uma abordagem multidisciplinar que leve em conta os fatores sociais determinantes da integridade da saúde do indivíduo e as várias dimensões do ser¹⁰⁵ torna-se inviável alcançar uma compreensão do tema que abarque todas as suas nuances e vertentes. Partilhando da mesma linha de pensamento, Germano Schwartz aborda a temática argumentando que

um dos grandes paradoxos do sistema sanitário reside no fato de que o grande responsável pelo aumento de sua complexidade na sociedade contemporânea – ou hipercomplexidade – advém dos avanços que a mesma implantou no tratamento, prevenção e promoção de doenças. Ou seja, resta evidente a necessidade da busca de um equivalente funcional para a saúde que seja compatível com os avanços de uma sociedade de indeterminação e de risco.¹⁰⁶

Destarte, percebe-se que, não obstante a importância do pensamento biomédico para a evolução da abordagem e tratamento da saúde, o mesmo acaba por quedar-se

¹⁰³ SOUZA, Jorge Munhós de. Ob. cit., p. 124.

¹⁰⁴ Ob. cit., p. 125

¹⁰⁵ Ob. cit., p. 126.

¹⁰⁶ SCHWARTZ, Germano, **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 49-52.

insuficiente diante do nível de complexidade alcançado pelo corpo social e suas demandas com o correr da história. Essa “hipercomplexidade” se espalha por todos os cenários sociais, exigindo novas posturas, adequadas à solução do crescente número de clamores dos componentes da sociedade. Isso também ocorre nas relações entre indivíduos e Estado. Mariana Filchtiner Figueiredo preleciona que também no final do século XIX, com o advento do Estado Social, o reconhecimento dos direitos sociais consistiu não só no passo subsequente à conquista da igualdade formal, mas também no desejo de se ampliar o alcance da igualdade às condições de vida e às possibilidades de realização de cada indivíduo:

O redimensionamento do papel do Estado tornou-se assim uma evidente necessidade: ao Estado caberá assumir uma série de encargos e atividades até então jamais considerados entre as funções tipicamente estatais. [...] Os direitos sociais tornavam-se instrumento para alcançar a igualdade fática que permitiria a todas as pessoas usufruírem dos demais direitos já antes consagrados.¹⁰⁷

O contexto histórico relacionado à construção da autora é o da constatação da insuficiência da atuação do Estado Liberal e das reivindicações sociais em razão das péssimas condições de trabalho e vida impostas à comunidade trabalhadora.

O ambiente perigoso e insalubre, a desumana e abusiva carga de trabalho, acrescidos dos péssimos valores pagos como salários (que não garantiam alimentação suficiente, moradia decente ou um mínimo de lazer aos trabalhadores e suas famílias) foram fatores importantes na constatação da conexão básica entre saúde e condições mínimas de vida digna.

Daí a necessidade de um Estado mais atuante, proativo, interventor, que ajuda positivamente para fornecer e garantir e proteger um agrupamento de direitos fundamentais à efetivação da dignidade.

O reconhecimento de que a saúde de uma população está relacionada às suas condições de vida e de que os comportamentos humanos podem constituir-se em ameaça à saúde do povo e, consequentemente, à segurança do Estado, presente já no começo do século XIX fica claramente estabelecido ao término da Segunda Guerra Mundial. A vivência de dois conflitos bélicos de enormes proporções com um curto intervalo de tempo entre eles foi responsável pelo consenso que originou a ONU – Organização das Nações Unidas – com o

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Ob. cit., p. 2-23.

intuito de promover um novo pacto com o claro objetivo de garantir um conjunto de direitos considerados essenciais ao homem.¹⁰⁸

A ONU atua como organismo incentivador da criação de órgãos especiais que tenham por objetivo principal a proteção desse núcleo de direitos, e foi decisiva na criação da Organização Mundial de Saúde. As mudanças oriundas da evolução de pensamento demonstradas foram o impulso para a abordagem humanística adotada no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946), segundo a qual “saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não somente ausência de doença”.¹⁰⁹

Destarte, a saúde deixou de ser um simples estado de ausência de doença, e passou a ser entendida como um estado de equilíbrio entre o físico e o psíquico do ser humano – coloquialmente, entre corpo e espírito. Sobre a amplitude conceitual adotada pela OMS Maria Helena Diniz preleciona:

A Constituição da Organização Mundial da Saúde, (OMS), de 22 de julho de 1946, no 3º parágrafo preambular, reconhece que “o gozo do melhor estado de saúde possível de atingir é um dos direitos fundamentais de cada ser humano...”, e no 2º parágrafo preambular esclarece que saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.¹¹⁰

Mencionado conceito, que passa a vigorar a partir de 07 de abril de 1947 tem construção que pode ser dividida em duas partes, sendo que a segunda precede historicamente a primeira, na análise de Moacyr Scliar: “ao longo do tempo as pessoas provavelmente se contentavam com a ausência da enfermidade, com o fato de não estarem doentes.¹¹¹ Isso se altera à medida que se consolida a compreensão de que o bem-estar envolve muitos fatores que superam o fato de não se apresentar em sintomas específicos e caracterizadores de uma enfermidade, abarcando as noções de desenvolvimento das potencialidades físicas, mentais e sociais.

Destarte, assim como na análise dos direitos de personalidade de Limongi França,¹¹² que entendeu a pessoa como um complexo que envolve os elementos físico, o

¹⁰⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. Do direito da saúde ao direito sanitário. In: ASENSI, Felipe (coord.). MUTIZ, Paula Lucia Arévalo (coord.). PINHEIRO, Roseni. **Direito e saúde**: enfoques interdisciplinares. Curitiba: Juruá, 2013, p. 44.

¹⁰⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial de Saúde (Constitution of World Health Organization)**. Disponível em <<http://apps.who.int/gb/BD/PDF/BD47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>>. Acesso em 20 de jun. 2014.

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 194.

¹¹¹ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 32.

¹¹² FRANÇA, R. Limongi. Ob. cit., p. cit. Ver referência de número 39 acerca da definição detalhada do autor.

intelectual e moral – corpo, mente e espírito - o conceito de saúde não considera o indivíduo como um bloco unitário, composto simploriamente por um único elemento. Ao contrário, entende o ser humano como um complexo que somente se completa com o equilíbrio entre o físico, o mental e o social.

A proteção à saúde é considerada como o primeiro princípio basilar para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”¹¹³. Conjugando-se o conceito da OMS com a concepção de proteção à saúde expressa na Declaração Universal de Direitos Humanos¹¹⁴ tem-se a dimensão de sua essencialidade e importância, bem como demonstra-se a íntima conexão com o equilíbrio interno do ser humano e de sua integração ao ambiente em que convive. Daí resulta o bem-estar físico, mental e social. “Qualquer enunciado do conceito de saúde que ignore essa situação deturparia a ideia essencial de saúde, algo indispensável à dignidade humana.”¹¹⁵

Assim, verifica-se que a definição de saúde utilizada pelos documentos internacionais é de grande amplitude, abrangendo desde a “típica face individual do direito subjetivo à assistência médica em caso de doença, até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento, personificada no direito a um nível de vida adequado e à manutenção da dignidade humana.”¹¹⁶

Conforme salientado, a evolução do conteúdo englobado pelo conceito de saúde acontece conjuntamente ao amadurecimento da noção de pessoa. Sobre essa perspectiva, Rogério José Bento Soares afirma que uma compreensão apenas individualista e biológica do indivíduo tinha como consequência uma atenção centrada na recuperação da saúde e, para tanto, privilegiava-se o hospital como espaço curativo e os médicos como agentes de cura.¹¹⁷ De acordo com o referido autor é somente após o amadurecimento acerca da noção de pessoa que se verifica o início das mudanças de abordagem da questão da saúde:

¹¹³ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 100.

¹¹⁴ Art. XXV, 1: toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança, no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 12 de junho de 2014.

¹¹⁵ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Ob. cit., p. 104.

¹¹⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. Ob. cit., p. 46.

¹¹⁷ NASCIMENTO. Rogério José Bento Soares. **Concretizando a utopia**: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 914-915.

uma visão biopsicológica deslocou o eixo para a prevenção, o posto de saúde passou a ser o lugar por excelência de atenção e seus agentes são todos os profissionais de saúde. [...] Desponta a preocupação com comportamentos que ampliem demasiadamente o risco de agravos à saúde coletiva. Uma visão integral da pessoa, biológica, psicológica e social, titular do direito subjetivo de exigir medidas de promoção da saúde, mas ao mesmo tempo um cidadão, integrante da sociedade com obrigações perante os demais, conduz a ver a promoção de ações e serviços de saúde simultaneamente como o dever do Estado e dever da cidadania. Neste novo plano, a prevenção diante do potencial de dano decorrente da oferta de certos bens de consumo, do quadro ambiental e de qualquer outra atividade humana passa a estar associados à avaliação de riscos e ao desenvolvimento de políticas que promovam qualidade de vida.¹¹⁸

Assim, a visão de saúde adotada na contemporaneidade tem sua construção vinculada à relação intrínseca existente entre o indivíduo e o meio social em que convive, à sua história e à sua cultura. Fernando Aith salienta que

as representações atuais da saúde possuem [...] uma concepção mais ampla do que a puramente médica, articulando aspectos biológicos e sociais. Através das representações de saúde podemos verificar que a saúde é um resultado da harmonia entre a pessoa e o seu entorno social, cultural e religioso. A doença, de outro lado, em regra não possui sua origem na pessoa, mas provém da incorporação, real ou simbólica, de elementos nocivos que causam prejuízos à pessoa.”¹¹⁹

Gradualmente os vários ordenamentos jurídicos reconheceram o caráter subjetivo do direito à saúde, incorporando-o aos documentos constitucionais de modo a abarcar tanto as relações desenvolvidas pelos entes privados como as mantidas pelos indivíduos diante do Poder Público. Destarte, pode-se perceber a dupla natureza do direito à saúde que, concomitantemente, apresenta-se como um direito de personalidade inserto nos regramentos civis em geral e como direito fundamental, expressamente protegido nos documentos constitucionais.¹²⁰

Nos dias atuais há um relativo consenso na aceitação de que as concepções de saúde e doença abarcam um conjunto de conhecimentos multidisciplinares, ampliando o entendimento biomédico da utilização exclusiva do saber dos profissionais médicos. A análise do estado corporal dos indivíduos leva a questionamentos acerca dos fatores determinantes de produção e destruição do estado de saúde, especialmente pela consciência de que tais fatores

¹¹⁸ Ob. cit., p. cit.

¹¹⁹ AITH, Fernando. Ob. cit., p. 46.

¹²⁰ SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado:** contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

encontram-se presentes no cotidiano e no meio social em que as pessoas vivem.¹²¹ Essa percepção suscitou discussões acerca do comportamento das pessoas, consideradas em grande parte como responsáveis pela qualidade da saúde de que dispõem. Somados à questão individual do cuidado com a própria saúde são igualmente relevantes a influência do ambiente social sobre o estado geral dos indivíduos, e de um terceiro item, aleatório, de influência sobre a saúde: a sorte, ou o destino. Segundo Fernando Aith isso evidencia a força que o pensamento religioso ainda possui sobre grande parte da população, pois a representação da doença como fatalidade intransponível, oriunda de uma força maior e superior aos seres humanos é, sem dúvida, um elemento de grande relevância na formação humana.¹²²

O entendimento doutrinário tem ampliado a compreensão do conceito de saúde para abarcar uma percepção holística cujo núcleo estaria na qualidade de vida. José Luiz Bolzan de Moraes afirma que se passa a enxergar a saúde como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas. A ideia vai além de evitar ou curar doenças, mas alcança a dimensão de uma vida saudável.¹²³ A noção de qualidade de vida traz consigo relevantes consequências no campo da saúde.

Fato é que a definição abrangente e de teor altamente subjetivo, por abrigar concomitantemente os aspectos físico, mental e social exige uma tratativa transdisciplinar e que atente para múltiplas necessidades do indivíduo, que vão para muito além da simples “ausência de doenças”.

Essa construção é resultado de um processo lento e gradativo, e que por sua vez acaba por influenciar na interpretação dos institutos já abordados da dignidade humana e do mínimo existencial: se antes o mínimo envolvia tão somente “sobrevivência”, na atualidade deve proporcionar vida digna e possibilidades de plenificação dos aspectos desenvolvidos por Limongi França em seu estudo: corpo, mente e espírito – físico, intelectual e moral.

2.2 A Previsão do Direito Fundamental à Saúde no Ordenamento Constitucional Brasileiro

No Brasil, a abordagem normativa expressa da saúde tem origem a partir do século XIX, quando a Corte portuguesa aporta no país, época em que concretamente buscou-

¹²¹ AITH, Fernando. Ob. cit., p. 47.

¹²² Ob. cit., p. 48-49.

¹²³ MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde. In: SCHWARTZ, Germano (org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 23-24.

se o combate à lepra e à peste bubônica e efetivamente iniciou-se o controle sanitário em ruas e portos, valendo-se inclusive da polícia para o controle de doenças epidêmicas.

Outrossim, já no século XX e na década de 30 o sistema público de saúde começara a se estruturar com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs), direcionando-se tais misteres ao fim precípua de atender aos respectivos trabalhadores contribuintes e posteriormente, durante o regime militar, vindo a serem unificados dando origem ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o qual atualmente consubstancia-se no Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

A referência expressa ao direito à saúde nos textos constitucionais pátrios tem sua origem no documento de 1934, limitando-se no entanto a estabelecer apenas a competência para legislação acerca do tema, o que se repetiu nas Cartas Constitucionais de 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional de 1969.

É somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vencidas as décadas de ditadura militar, que se percebe o reflexo da atenção que já era dispensada em nível internacional ao grupamento dos direitos fundamentais, via de positivação constitucional. Este cenário envolve diretamente o direito fundamental à saúde.

Como anteriormente mencionado, do histórico de barbáries resultantes dos horrores da Segunda Guerra herdou-se a consciência da necessidade de que fossem estabelecidas mudanças garantidoras de direitos que protegessem a dignidade humana, bem como da criação de mecanismos que atuassem como instrumentos de sua concretização efetiva.

Assim, no ano de 1948, três anos após a criação da Organização das Nações Unidas é produzido o documento que se tornaria o vetor referencial de todos os ordenamentos dos países que se intitulem democráticos de direito: a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Desta feita, demonstrando a intenção inequívoca da comunidade internacional em incluir a temática da saúde no rol considerado como grupamento dos direitos inerentes à dignidade humana, mencionado direito constou no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da seguinte forma:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança

em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstância fora de seu controle.¹²⁴

Cuidado semelhante ocorre no sistema regional de proteção de direitos humanos em vigência no continente americano: a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), convencionalmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, externa por diversas oportunidades em seu conteúdo a preocupação em prever a saúde como direito básico para a concretização da dignidade, tais como a previsão da proteção à vida, constante do artigo 4º, §1º, conjugado ao direito à integridade pessoa, no artigo 5º, §§1º e 2º, que exemplificam a atenção dada pelo documento à temática.¹²⁵

A VIII Conferência Nacional de Saúde, no ano de 1986, constitui-se em referencial histórico no cenário sanitário nacional: são reconhecidos a partir de então princípios recomendados pelo movimento da Reforma Sanitária, que tinha como objetivo a implantação na saúde de um modelo democrático com bases igualitárias, com gestão social e democrática e que garantisse a saúde como direito individual.¹²⁶ O movimento da reforma sanitária teve participação efetiva na Assembleia Constituinte, “defendendo um discurso médico-social e pressionando para que fossem inseridos na Constituição os instrumentos necessários à garantia da participação social no processo de formulação, execução e fiscalização das políticas sanitárias.”¹²⁷ Neste sentido prelecionam Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo:

A atribuição de contornos próprios ao direito fundamental à saúde, correlacionado, mas não propriamente integrado nem subsumido à garantia de assistência social, foi exatamente um dos marcos da sistemática introduzida em 1988, rompendo com a tradição anterior, legislativa e constitucional, e atendendo, de outra parte, às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, que muito influíram o constituinte originário, notadamente pelo resultado das discussões travadas durante a VIII Conferência Nacional de Saúde.¹²⁸

¹²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 02 de junho de 2014.

¹²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 31 de maio de 2014.

¹²⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 14.

¹²⁷ DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.); DALLARI, Sueli Gandolfi (org.); DELDUQUE, Maria Célia (org.); et al. **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 110.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia (org.); GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas essenciais**: direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 777.

Efetivamente, é a partir da promulgação da Constituição de 1988 que a saúde passa a ser tratada como direito fundamental e intimamente vinculado à tutela da pessoa, passando a ser orientado por princípios como o da universalidade de acesso e da gratuidade.

Assim, a ampliação conceitual do significado e conteúdo de saúde dá a tônica para o que veio a ser concretizado na norma constitucional brasileira: a Carta Constitucional de 1988 inseriu a temática no contexto da Seguridade Social, que compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”¹²⁹

Acerca da abordagem constitucional brasileira ao direito fundamental à saúde é relevante trazer à baila o posicionamento de Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo, que relata a dificuldade de se depreender do texto da Constituição o conteúdo exigível no que se refere ao tema.

Isso ocorre em razão de não ter o legislador constituinte explicitado, no conteúdo do direito à saúde, o que estaria incluso em sua proteção, garantia e promoção. Entretanto, ressaltam os autores o alinhamento da Carta Constitucional à concepção mais abrangente do direito à saúde, adotando o posicionamento da OMS via de uma noção que envolve as dimensões preventiva e promocional, e não eminentemente curativa.¹³⁰

Destarte, no contexto normativo da Seguridade, a saúde foi contemplada de modo amplo, postura até então jamais adotada pelos modelos constitucionais pátrios que precederam a Constituição de 1988. O seu reconhecimento como direito social é um marco desse documento, e dentre os princípios da Seguridade Social a ele relacionados tem-se como relevante referencial das mudanças que dali se iniciavam a universalidade da cobertura e do atendimento. A universalidade é considerada como o principal objetivo do modelo protetivo da atualidade, que se funda na busca pela efetivação da justiça e do bem-estar social:

Quando se refere à cobertura, abrange todas as contingências que podem gerar necessidade, conceito já formulado por Beveridge em seu relatório. Entre tais necessidades, é claro, está a preservação da saúde. Quando se refere ao atendimento, abrange todas as pessoas. É que a universalidade do atendimento, substituiu na Saúde, a medicina social ofertada pela Previdência Social aos trabalhadores, a qual, sob a égide do militarismo havia tomado contorno nitidamente clientelista. Enfim, é a saúde como direito de todos e dever do Estado.¹³¹

¹²⁹ BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1989, p. 74.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Ob. cit., p. 786.

¹³¹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Ob. cit., p. 278.

A universalidade foi consagrada pelo legislador Constituinte na Seção II, do Título VIII da Constituição Federal de 1988, através do conteúdo do artigo 196, pela via do qual garante-se à sociedade o acesso a políticas sociais e econômicas de obrigação do Estado que tenham por objetivo reduzir os riscos de enfermidades e outros gravames. Tal acesso deve ser universal, irrestrito e igualitário e relaciona-se às ações e serviços necessários à sua promoção, proteção e recuperação.

O texto constitucional de 1988 revoluciona a forma de tratamento dispensado à saúde pública no Brasil. Segundo Saulo Lindorfer Pivetta durante a maior parte do século XX o Estado atuava no setor geralmente em duas vertentes: fazendo frente a situações emergenciais - em regra valendo-se do aparato policial – ou mantendo a integridade física do trabalhador a fim de evitar que suas forças produtivas se enfraquecessem. Esse cenário se modifica profundamente com o advento da carta constitucional de 1988.¹³²

É criado um sistema de estruturação pública de efetivação do direito à saúde – o SUS – Sistema Único de Saúde –, representação do núcleo organizacional da totalidade de ações e serviços de saúde. Sua responsabilidade, entretanto, transcende a articulação dos serviços e ações de saúde, coordenando todas as estruturas envolvidas com políticas sanitárias.

Aqui torna-se relevante salientar que, não obstante o dispositivo constitucional atribua ao Estado o dever de efetivar o direito à saúde, consoante o disposto em seu artigo 196, admitiu, de outro norte, “a possibilidade de que a execução daquelas ações e serviços seja realizada indiretamente, inclusive pessoas físicas e jurídicas de direito privado.”¹³³ É essa a previsão contida em seu artigo 197, autorizando-se ainda, conforme se depreende do conteúdo do artigo 199, §1º a participação complementar de instituições privadas no Sistema Único de Saúde.

Destarte, comprehende-se a responsabilidade conjugada no tocante à saúde: sua estrutura organizacional é complexa e envolve a participação efetiva da Administração Pública Direta, de entidades da Administração Indireta, bem como de pessoas de direito privado.

Mais ainda: ao estabelecer os critérios de financiamento do sistema, envolve e vincula toda a sociedade, vez que a Seguridade é custeada, em várias de suas vertentes, pelos

¹³² PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 117.

¹³³ Ob. cit., p. 124.

impostos pagos pelo corpo social. Assim, enquanto dever, a saúde acaba por polarizar forças de todas as naturezas: estatais e sociais, públicas e privadas, com o interesse de efetivar um dos direitos fundamentais indispensável à plenificação da dignidade humana.

Ademais, repita-se: a Constituição Federal institucionalizou a saúde como direito fundamental sem qualquer distinção de raça, religião, credo, crença política, condição econômica ou social, corroborando desse modo a ampla abrangência do conceito da OMS: não apenas a ausência de enfermidades, mas o completo bem-estar físico, mental e social. Diante disso Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo elencam as características do regime jurídico-constitucional contemporâneo do direito à saúde:

- a) A conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurando somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde.¹³⁴

Mencionados autores asseveram a necessidade da compreensão de que a proteção do direito fundamental à saúde somente se plenifica diante da concretização de igual atenção a outros bens fundamentais, com os quais tal direito possui ampla zona de convergência e, em algumas situações, também de superposição. Isso ratifica o argumento da interdependência, complementaridade e mútua conformação entre a totalidade de direitos e fundamentais.¹³⁵

Mais ainda: o direito fundamental à saúde envolve uma carga complexa de implicações jurídico-subjetivas que amplia seu conteúdo, tornando-o um misto entre direito de defesa e direito a prestações. Interpretado do ponto de vista negativo tal direito objetiva à proteção da saúde pública e da saúde individual contra ingerências por parte do Estado ou da iniciativa privada; como direito a prestações, amplamente considerado, impõe deveres de proteção à saúde individual e pública, deveres de organização e regulação de procedimentos que viabilizem e concretizem o acesso de todos e de cada um ao sistema; em sentido estrito, o

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia (org.); GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas essenciais:** direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 777-778.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Ob. cit., p. 779.

direito à saúde é titularizado individualmente, e assim fundamenta uma vasta gama de pretensões ao fornecimento de prestações materiais. Essa última característica dá ensejo ao crescente número de demandas judiciais vinculadas à proteção do mínimo existencial pois que a vida saudável vai além da mera sobrevivência física e visa alcançar o completo bem-estar físico, mental e social.¹³⁶

Tal é o argumento que fundamenta a afirmação de Saulo Lindorfer Pivetta quando salienta que o direito à saúde assegura aos indivíduos um “feixe de posições jusfundamentais” que se manifestam no formato de direitos de defesa e direitos a prestações, não obstante apresentem uma predominante característica prestacional.¹³⁷

No intuito de buscar o aprofundamento da análise de tais características que envolvem o alcance do direito fundamental à saúde é necessário perfazer a abordagem de seus aspectos dimensionais objetivo e subjetivo.

2.3 As Dimensões Objetiva e Subjetiva dos Direitos Fundamentais e Sua Aplicação ao Direito Fundamental à Saúde

Os direitos fundamentais na contemporaneidade carregam consigo as expectativas mais nobres da sistemática do ordenamento. É através de sua efetivação que se concretiza o princípio da dignidade humana, corolário da República e referencial máximo de toda a ordem legal. A efetivação desses direitos, por sua vez, não obedece a uma sistemática única, mas, ao contrário, possui vertentes diferenciadas que, não obstante se complementem, tratam de aspectos diversos no que toca à efetivação dos direitos fundamentais. É nesse sentido o argumento de Vieira de Andrade ao afirmar que a distinção é relevante para mostrar que ”os preceitos concernentes aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado”.¹³⁸ Ingo Sarlet, acerca da questão, salienta que

A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade constitui, sem sobra de dúvidas, uma das mais relevantes

¹³⁶ Ob. cit., p. 787-788.

¹³⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Ob. cit., p. 42.

¹³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 108-109.

formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial na dogmática dos direitos fundamentais.¹³⁹

Assim, os direitos fundamentais, como um todo, possuem uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Roger Raupp Rios argumenta que, no primeiro caso, relaciona-se a conteúdos específicos que a norma de direito fundamental agrega ao ordenamento jurídico estatal, independentemente de sua titularidade em concreto por qualquer indivíduo ou grupo em face de uma relação social e jurídica determinada. A segunda hipótese refere-se à identificação de quais os direitos e deveres, prestações e encargos, que determinado indivíduo ou grupo experimentam subjetivamente em relações intersubjetivas concretas. A relevância desta dupla dimensão é muito grande.¹⁴⁰

No que toca especialmente ao direito à saúde, Maria Helena Diniz, valendo-se da lição de Jonathan Montgomery preleciona:

O conteúdo normativo do direito à saúde apresenta três níveis: o do direito subjetivo, o do direito programático (destinado a orientar a política estatal para a melhoria do setor da saúde) e o da obrigação jurídica (dirigida a assegurar condições que possibilitem ao cidadão procurar obter um nível máximo de saúde).¹⁴¹

O caráter dual que envolve as dimensões dos direitos fundamentais é uma construção alemã do segundo pós guerra que refletiu também no direito português.¹⁴² Esse caráter objetivo-subjetivo dos direitos fundamentais teria por objetivo a produção de “um status jurídico-constitucional material que inseriria o indivíduo na ordem jurídica democrática e estatal, não sendo, por isso mesmo, os direitos inteiramente disponíveis nem para o Estado, nem para a sociedade, nem para os indivíduos”.¹⁴³ O direito constitucional tem reconhecido o caráter dimensional duplo dos direitos fundamentais, constituído de um elemento objetivo e outro, de caráter subjetivo. George Marmelstein assevera que

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 141.

¹⁴⁰ RIOS, Roger Raupp. **Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos**. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2014.

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 194.

¹⁴² ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: efetividade e proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, p. 36.

¹⁴³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 581.

de um lado, os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva, funcionariam como fonte de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário. De outro lado, na sua dimensão objetiva, esses direitos funcionariam como um “sistema de valores” capaz de legitimar todo o ordenamento, exigindo que toda a interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre.¹⁴⁴

Cada uma das dimensões aventadas traz consigo uma esfera de proteção, promoção e garantia de direitos, como se verá adiante, especialmente no que tange ao direito fundamental à saúde.

2.3.1 A dimensão objetiva

O reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais é mais recente que a interpretação de seu viés subjetivo. Referida dimensão, no dizer de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, tem uma percepção que independe de seus titulares, quais sejam, os sujeitos de direitos.¹⁴⁵

Apesar de haver desenvolvimentos isolados na doutrina constitucional da primeira metade do século XX acerca da temática, é somente com o advento da Lei Fundamental alemã de 1949 que se tem um impulso verdadeiro na abordagem do instituto. Assim, segundo Ingo W. Sarlet, o referencial da questão continua a ser a emblemática decisão datada do ano de 1958, proferida pela Corte Federal Constitucional alemã no caso Lüth em que

ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.¹⁴⁶

Assim, demonstrou-se não estarem os direitos fundamentais limitados à exclusiva função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra ingerências do poder estatal, mas constituírem-se, também, em decisões axiológicas de caráter constitucional objetivo, com eficácia sobre todo o ordenamento e atuando como referencial para todos os Poderes constituídos. Na visão de Pérez Luño, os direitos fundamentais apresentam-se a partir daí, na

¹⁴⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 284.

¹⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Ob. cit., p. 117.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 143.

ordem constitucional, a um só tempo como um conjunto de valores básicos de viés objetivo e um referencial da ação positiva dos poderes públicos, transcendendo as garantias negativas concernentes aos direitos individuais.¹⁴⁷

Ao analisar-se uma norma de direito fundamental tomando-se por referência o seu significado para a coletividade, para a vida comunitária, fala-se, segundo Canotilho, em fundamentação objetiva.¹⁴⁸ No entendimento de Vieira de Andrade, sua importância jurídica precípua seria aquela avaliada do ponto de vista da comunidade, constituindo-se em valores ou fins que a sociedade busca seguir, inúmeras vezes dependendo, para tanto, da organização estatal.¹⁴⁹

Atente-se ainda que, se por um lado atua a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como um delimitador de espaços normativos e fornecedor de referenciais objetivos para a organização da vida em sociedade, por outro também pode ser compreendido como complementação da dimensão subjetiva, pois que são retirados de seus preceitos os efeitos relacionados à atribuição de direitos aos indivíduos.¹⁵⁰

É também em razão da dimensão objetiva verificada nos direitos fundamentais que a doutrina argumenta acerca dos deveres de proteção do Estado, que deve zelar por sua efetivação protegendo os indivíduos da ingerência dos poderes públicos e também de lesão causada por particulares. Igualmente vinculada à noção de objetividade está o argumento de que os direitos fundamentais, por serem vetores referenciais de todos o ordenamento, atuam diretamente na formatação do direito organizacional e procedural que lhe garanta a proteção e efetividade.¹⁵¹

Uma das consequências mais importantes dessa abordagem é o que a doutrina alemã convencionou denominar “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais: sob o enfoque objetivo, fornecem “impulsos e diretrizes para a aplicação e avaliação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico.”¹⁵²

A dimensão objetiva do direito à saúde – enquanto direito fundamental – envolve o que Maria Helena Diniz denomina de “obrigação jurídica”.¹⁵³ Sob esse aspecto, os direitos

¹⁴⁷ LUÑO, Antonio Enrique. Pérez. **Los derechos fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 20-21.

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 1256.

¹⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. cit., p.109.

¹⁵⁰ Ob. cit., p. cit.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional dos direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (coord.); MENDES, Gilmar Ferreira (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); STRECK, Lenio Luiz. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 186.

¹⁵² Ob. cit., p. cit.

¹⁵³ Neste sentido: ver nota 109.

fundamentais atuariam como norteadores de todo o sistema, dispondo assim de “eficácia irradiante” na fundamentação do ordenamento jurídico.¹⁵⁴

Isso porque as normas de direitos fundamentais não criam tão somente direitos subjetivos para os detentores de sua titularidade, mas, nas palavras de José Adércio Leite Sampaio

se irradiam pela ordem jurídica como valores positivados ou princípios superiores do ordenamento jurídico, que inspiram a produção normativa em todos os setores do direito, e criam deveres fundamentais para o Estado (de realização, promoção e proteção), para os demais agentes privados (de respeito e submissão) e para o próprio titular do direito [...].¹⁵⁵

Segundo o trabalho desenvolvido por Dimoulis e Martins, quatro são os aspectos pertencentes à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O primeiro deles relaciona-se ao caráter de normas de competência negativa que permeia esses direitos: a liberdade de ação e de escolha outorgadas ao indivíduo é objetivamente retirada do Estado. O segundo refere-se aos direitos fundamentais enquanto considerados critérios de interpretação e configuração do direito infraconstitucional. Tem lugar a irradiação dos direitos fundamentais, que vincula a interpretação e aplicação de todo direito infraconstitucional de modo consoante aos direitos fundamentais.¹⁵⁶ Um terceiro aspecto tratado por Dimoulis e Martins é o fato de que a dimensão objetiva proporciona a limitação dos direitos fundamentais em situações de interesse de seus titulares. Isso se daria mediante a intervenção do Estado “com a justificativa que o titular do direito fica mais bem protegido se não exercer o direito em certas circunstâncias”.¹⁵⁷ Entretanto, os autores criticam essa assertiva em razão de acreditarem ser limitações de direitos fundamentais medidas onerosas que somente podem ser efetivadas na seara dos conflitos entre direitos fundamentais e jamais sob a escusa de proteção ao titular do direito. Por fim, mencionam a questão que envolve o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais, referência ao dever do Estado detém de proteger o direito fundamental contra ameaças de quaisquer naturezas, principalmente de particulares.¹⁵⁸

Assim, tomando-se como referencial a dimensão objetiva na tratativa do direito fundamental à saúde verifica-se a existência de deveres dos Poderes Públicos na organização e no desenvolvimento da estrutura institucional das políticas públicas de saúde, não somente

¹⁵⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. revista, ampliada e atualizada e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 308.

¹⁵⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Ob. cit., p. 582.

¹⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Ob. cit., p. 118-119.

¹⁵⁷ Ob. cit., p. 120.

¹⁵⁸ Ob. cit., p. cit.

no que toca às responsabilidades atribuídas aos entes federados e sua respectiva participação no Sistema Único de Saúde, aos deveres de responsabilidade do setor privado privada quando de sua atuação na esfera sanitária.¹⁵⁹ Assim, a dimensão objetiva do direito fundamental à saúde vincula-se, no exemplo de Roger Raupp Rios,

à proibição de legislação que viesse a excluir determinada dimensão do conceito constitucional de saúde das políticas públicas (por exemplo, uma opção exclusiva pela medicina curativa estritamente farmacêutica em detrimento de medidas preventivas mais amplas). Ela também atinge a correta compreensão de princípios constitucionais informadores das políticas públicas, como a integralidade, a universalidade e a não-discriminação.¹⁶⁰

Destarte, a dimensão objetiva do direito fundamental à saúde faz com que mencionado direito atue como um parâmetro norteador de todo o ordenamento, vinculando ao respeito de seu cumprimento toda a produção normativa, que deve atentar tanto para a concretização de seu conteúdo quanto para sua não violação.

2.3.2. A dimensão subjetiva

A análise da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais demanda a compreensão de direito subjetivo, que Vieira de Andrade define na implicação de “um poder ou faculdade para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular.”¹⁶¹ A conceituação do autor reúne dois aspectos relevantes: a identificação do interesse próprio do indivíduo e a autodeterminação individual traduzida no poder de exigir ou produzir efeitos jurídicos.¹⁶²

Assim, a ideia mais simples para se alcançar o conceito é a noção de que ao titular de um direito fundamental é dada a prerrogativa de impor judicialmente suas pretensões juridicamente tuteladas em face do destinatário obrigado.

Destarte, a dimensão subjetiva que integra todos os direitos fundamentais – aí inserto, de igual modo, o direito à saúde – relaciona-se, primeiramente, ao direito de resistência à intervenção estatal que cada indivíduo possui. O Estado tem a obrigação negativa

¹⁵⁹ RIOS, Roger Raupp. **Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos.** Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2014.

¹⁶⁰ Ob. cit.

¹⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. cit., p.112.

¹⁶² Ob. cit., p. cit.

de abster-se da prática de atos de intervenção na esfera individual, exceto em situações em que a Constituição expressamente justifique ou legitime essa atuação.

De outro norte, a dimensão subjetiva do direito fundamental pode pressupor a atuação estatal efetiva, proibindo sua omissão. Neste caso estão inseridos, por excelência, os direitos fundamentais sociais. O efeito prático para o Estado é o dever de fazer algo.¹⁶³

Robert Alexy é considerado um dos mais expressivos defensores da proeminência da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Para o autor, a sustentação da teoria se dá sob dois pilares: o primeiro é a determinação de que a principal finalidade dos direitos fundamentais repousa na proteção da pessoa e não da coletividade, enquanto que a dimensão objetiva seria uma espécie de “reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos.”¹⁶⁴ A segunda orientação proposta por Alexy, denominada “argumento da otimização”, relaciona-se ao caráter principiológico dos direitos fundamentais. Para o autor, “o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a precisão de obrigações de cunho meramente objetivo.”¹⁶⁵

Ainda é relevante mencionar que deve-se atentar que o predomínio da dimensão subjetiva é legitimado pelo valor destinado à autonomia individual por ser expressão da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁶ Segundo a lição de Jorge Reis Novais,

pode-se dizer que, pese embora o relevo da dimensão objetiva, é sobre a dimensão subjetiva que se centra a perspectiva mais comum de abordagem dos direitos fundamentais, seja ela pela sua percepção histórica tradicional como direitos do homem, seja, também, pela principal direção da sua vocação funcional nos dias de hoje enquanto garantias jurídicas da liberdade e autodeterminação individual.¹⁶⁷

No que concerne ao direito fundamental à saúde, e valendo-se ainda do ensinamento de Maria Helena Diniz tem-se que o “nível subjetivo” de sua constituição refere-se ao direito enquanto titularizado pelo indivíduo e à possibilidade de seu pleito em razão de violação ou ameaça de lesão. Essa dimensão decorre daquela, anteriormente denominada objetiva, segundo a qual o direito fundamental vincula a todos, sem exceção, Estado e particulares.

¹⁶³ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Ob. cit., p. 116-117.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 154.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 154-155.

¹⁶⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. cit., p.161.

¹⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 95.

A dimensão subjetiva no que concerne à titularidade de direitos relacionados à saúde, conforme lição de Roger Raupp Rios, quer sejam estes titulares estabelecidos na pessoa de indivíduos ou agrupamentos, possui “incidência cotidiana e decisiva na vida de inúmeros cidadãos que se utilizam dos serviços de saúde, especialmente públicos”. Fundamenta, por exemplo, as demandas relacionadas ao acesso de medicamentos via judicial, com consequências diretas e de extremada importância para a consecução de políticas públicas.¹⁶⁸

Diante da dimensão subjetiva do direito fundamental à saúde é que a atuação de juízes e tribunais têm a competência e a responsabilidade de definir os requisitos relacionados à fruição de tais direitos, bem como da realização do juízo de ponderação e sopesamento entre os não raras vezes conflitantes princípios jurídicos envolvidos na demanda do caso concreto.¹⁶⁹

Diante do exposto, tem-se que dimensão objetiva e subjetiva devem ser reconhecidas e interpretadas tendo como ponto de partida o significado que transmitem, “com foco voltado à potencialização dos efeitos gerados pelos direitos fundamentais dentro de um ambiente de segurança jurídica.”¹⁷⁰

Para além das dimensões mencionadas, o alcance do qual o legislador constituinte muniu o direito à saúde é também corroborado pelas suas características de fundamentalidade formal e material, que serão abordadas na sequência.

2.4 Fundamentalidade Formal e Material: a positivação da essencialidade que envolve a saúde

O questionamento acerca da constituição das normas de direitos fundamentais pode ser desenvolvido, segundo a lição de Robert Alexy, de duas maneiras: abstrata e concreta. Do ponto de vista abstrato, para que se alcance a identificação das normas de direito fundamental deve ser adotada uma dimensão global e generalista, não pautada nas características fáticas e específicas de determinado ordenamento jurídico, mas valendo-se de critérios identificadores gerais de reconhecimento da norma de direito fundamental. Sob o aspecto concreto a verificação da norma jurídica deve ser feita tomando como prisma uma

¹⁶⁸ RIOS, Roger Raupp. Ob. cit.

¹⁶⁹ Ob. cit., p. cit.

¹⁷⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: Teoria e Prática**. São Paulo: RT, 2014, p. 125.

determinada Constituição, buscando-se avaliar quais as normas são nela reconhecidas como de direito fundamental em razão do conjunto de privilégios que lhe são inerentes.¹⁷¹

Para Alexy, a melhor definição de direitos fundamentais é aquela segundo a qual mencionados direitos seriam todas as posições jurídicas que, em razão de seu conteúdo e relevância foram constitucionalmente reconhecidas como merecedoras de um tratamento diferenciado, sendo, para tanto, retirada da esfera de disponibilidade de todos os poderes constituídos. Acresça-se ainda ao conceito, em razão da cláusula de abertura expressamente prevista na Constituição brasileira as posições jurídicas que podem ser equiparadas às mencionadas normas em razão de seu conteúdo e significado, ainda que não previstas de modo expresso no texto constitucional.¹⁷²

Assim, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade que, de acordo com a lição do jusfilósofo alemão, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.¹⁷³

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e é resultante da identificação de três aspectos específicos. O primeiro deles analisa o direito fundamental como parte integrante e expressa da Constituição escrita, localizado no ápice do ordenamento jurídico, detendo assim natureza supralegal. O segundo relaciona-se à análise de suas possibilidades de alteração: para serem considerados formalmente fundamentais devem estar submetidos a limites formais – procedimento agravado e mais complexo – e materiais – previsão em cláusula pétrea – de reforma constitucional, consoante o dispositivo do artigo 60 da Constituição.¹⁷⁴ Por derradeiro, para serem assim considerados devem tratar-se de normas diretamente aplicáveis às entidades públicas e privadas, constituindo-se assim em parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais,¹⁷⁵ conforme asseverado no texto constitucional em seu artigo 5º, §1º.

Valendo-se de pensamento sob o mesmo diapasão Robert Alexy preleciona que a vertente formal da fundamentalidade dos direitos fundamentais relaciona-se às disposições oriundas do direito positivo, sendo pautada por características em comum, de supremacia na sistemática da ordem jurídica, que lhe institui como fundamento de validade para o restante

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65.

¹⁷² Ob. cit., p. 50 e ss.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang.. Ob. cit., p. 74-75.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 379.

do ordenamento, aplicabilidade imediata que prescinde de integração normativa e submissão a limites mais gravosos de revisão a fim de tornar mais complexa sua alteração, quando possível.¹⁷⁶

Por sua vez, a ideia de fundamentalidade material argumenta que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade.¹⁷⁷ Assim, o caráter material de fundamentalidade dos direitos fundamentais decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Ainda que não vinculada necessariamente à fundamentalidade formal, é através da determinação de abertura contida no direito constitucional positivo que a noção de fundamentalidade material amplia o acesso constitucional a outros direitos fundamentais não expressos em seu texto mas titulares de essência de direito fundamental.¹⁷⁸

É através da característica da fundamentalidade material que se viabiliza a incorporação constitucional de conteúdo, transpondo seu aspecto estritamente positivo e evitando que a Constituição se consubstancie em um amontoado de regras de caráter meramente proceduralista,¹⁷⁹ permitindo a incorporação de elementos estruturais e valorativos essenciais para a formação estatal. Assim, adotam-se padrões de classificação e reconhecimento mais substanciais do direito do que aquele formalmente enumerado e garantido no texto constitucional.¹⁸⁰

Fato é que a fundamentalidade transcende o simples rol positivo dos direitos fundamentais, revestindo-se de um importante conteúdo de valores que se voltam à concretização dos objetivos previstos na Constituição, com intuito de alcançar a efetiva construção de uma sociedade justa, que tenha como referencial máximo a dignidade da pessoa humana. Vieira de Andrade assim considera em preleção relacionada à Constituição Portuguesa que se adequa igualmente à sistemática brasileira:

[...] a nossa ordem jurídico-constitucional acautela e não exclui a existência de direitos fundamentais contidos em normas legais ou internacionais. (...) se assim é, então isso significa que o caráter fundamental dos direitos não corresponde à sua previsão ou especificação no texto constitucional e que se torna necessário um critério de substância para determinar o âmbito da

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 52-57.

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 378.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 74-75.

¹⁷⁹ PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais:** reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 43.

¹⁸⁰ MENÉNDEZ, Augustín J.; ERIKSEN, Erik O. (eds.) **La argumentación y los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 31.

matéria: só assim se poderão encontrar, nas leis e nas normas internacionais e mesmo na parte organizatória do texto constitucional os direitos daquela espécie.¹⁸¹

No ordenamento jurídico brasileiro, não obstante reconheça-se que nem todos os direitos e garantias elencados no Título II tenham fundamento direto no princípio da dignidade humana, é inquestionável que o mesmo vale como fundamento e justificação na elaboração de uma definição material de direito fundamental.¹⁸²

Em uma análise inicial a fundamentalidade material pode parecer desnecessária diante da constitucionalização e da força da fundamentalidade formal a ela vinculada. Entretanto, Canotilho assevera o equívoco de tal pensamento:

Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa do *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais [...]. (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3) em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe «norma com *fattispecie* aberta» (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras* de direitos fundamentais possibilitará uma concretização e desenvolvimento de todo o sistema constitucional.¹⁸³

Insta também apontar, ainda com relação à questão da fundamentalidade inerente aos direitos fundamentais, a necessidade de realização de uma análise do conteúdo do direito a fim de verificar-se a circunstância de possuírem ou não decisões fundamentais acerca da estrutura do Estado e da sociedade, especialmente no que tange à posição da pessoa humana nessas organizações. Neste sentido, Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo ratificam o argumento trazido por Canotilho, admoestando acerca da insuficiência de uma identificação de direitos fundamentais pautada tão somente no critério formal da fundamentalidade:

¹⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. cit., p. 74-75.

¹⁸² SARLET, Ingo W. **O direito fundamental à moradia na Constituição**: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Salvador: 2009/2010, Número 20, p. 14.

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379-380.

É portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos pela Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna [...] admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais.¹⁸⁴

Atente-se ainda para o fato de que é o princípio da dignidade da pessoa humana a fonte de inspiração dos típicos direitos fundamentais. Ainda que a doutrina reconheça a existência de direitos expressos formalmente no texto constitucional que não guardam conexão imediata com mencionado princípio, dele deriva a exigência do respeito à vida, à integridade física e psíquica do indivíduo, à sua liberdade. É a dignidade que constrói referenciais de limitação do poder, de modo a evitar injustiças, desmandos e posições arbitrárias. “Nessa medida, há de se convir que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁸⁵

Diante da perspectiva desenvolvida, concisa e dotada de didática clareza a posição de Gilmar F. Mendes e Paulo Gonet Branco: “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva da dignidade humana.¹⁸⁶

A análise da fundamentalidade formal e material do direito à saúde é relevante e atua como importante premissa do estudo que ora se desenvolve. Direito fundamental que é, constitui-se em titular de aspectos formais e materiais que identificam sua importância no contexto constitucional. Mais ainda: o legislador constituinte queda silente acerca do elemento da saúde psíquica e sua fundamentalidade. Assim, para que se alcance o entendimento que agraga a saúde psíquica como parte indispensável na efetivação do direito à saúde é importante abordar o caráter da fundamentalidade material do direito, que busca em sua essência conformadora o viés garantidor da concretização da dignidade da pessoa humana.

A fundamentalidade material do direito à saúde, conforme prelecionam Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo encontra-se vinculada à importância do bem jurídico protegido

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

¹⁸⁵ MENDES. Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

¹⁸⁶ Ob. cit., p. cit.

pela dinâmica constitucional, evidenciada no reconhecimento da saúde como requisito à manutenção da vida digna e como pressuposto para que se possa fruir dos demais direitos, sejam eles fundamentais ou não, inclusive no que toca à “viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade.”¹⁸⁷

Ainda uma vez a conexão entre vida e dignidade faz-se patente na interpretação do direito fundamental à saúde. A relação intrínseca que abarca os três conceitos justifica a fundamentalidade material do direito, demonstrando a inequívoca intenção legislativa e doutrinária de tratar a saúde como um conglobado multifuncional no qual está inserido uma gama de aspectos essenciais ao desenvolvimento pleno do ser humano.

A importância constitucional dispensada à saúde é ressaltada pela sua vinculação explícita ao direito à vida e à garantia da dignidade humana.

Por sua vez, a fundamentalidade formal do direito à saúde decorre, de forma idêntica aos demais direitos formalmente fundamentais, de sua consolidação no direito constitucional positivo, desmembrando-se na tríade anteriormente tratada de elementos identificadores no texto constitucional brasileiro: positivação em situação de superioridade hierárquica no texto constitucional; submissão a limites formais e materiais de reforma constitucional; e aplicabilidade imediata – comando que alcança também os dispositivos que tutelam a saúde, por força da cláusula inclusiva constante do artigo 5º da Constituição brasileira.¹⁸⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma das bases que sustenta o Estado Democrático de Direito, exercendo a um só tempo função de núcleo informador de todo ordenamento jurídico e referencial de efetivação dos direitos fundamentais. Como valor fundamental do constitucionalismo brasileiro¹⁸⁹ elege o indivíduo como fim precípua da sociedade e do Estado.

A amplitude da conceituação de dignidade, como anteriormente tratado, tem como necessidade para sua realização um rol de direitos interdependentes e complementares. Assim, a dignidade da pessoa humana somente pode ser efetivamente observada quando seus princípios informadores forem igualmente garantidos em sua concretização.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia (org.); GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas essenciais: direitos humanos.** v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 782-783.

¹⁸⁸ Ob. cit., p. 782-783.

¹⁸⁹ PIOVESAN, Flavia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no brasil:** desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes (org.); CORREIA, Marcos O. G. (org.). CORREIA, Érica Paula Barcha. (Org.) **Direitos fundamentais sociais.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53-69.

O conjunto de direitos e garantias fundamentais previsto constitucionalmente não é exaustivo, transcendendo as normas ali explicitadas com tal status para alcançar, através da previsão da cláusula de abertura constante do §2º do artigo 5º, outros direitos, decorrentes do regime constitucional, de seus princípios ou mesmo relacionados aos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Destarte, ao conjunto de direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição brasileira podem ser agregados outros de igual importância, previstos em diplomas normativos diversos em razão de sua fundamentalidade material.

Ora, ao interpretar a fundamentalidade material dos direitos fundamentais via da análise principiológica constitucional, o constituinte cria um ambiente bastante propício à identificação de tais direitos através do estudo dos pilares de toda a ordem normativa. Sem qualquer intenção de aprofundamento da questão neste item, uma análise superficial do princípio da igualdade e, por óbvio, da dignidade da pessoa humana seriam indispensáveis na intenção de elencar direitos que não constassem do rol explícito do artigo 5º da Constituição, mas que contivessem em sua essência a fundamentalidade necessária tanto à concretização da igualdade material quanto da dignidade do indivíduo.

Assim é que a saúde, como direito fundamental social tem em seu elemento psíquico a inconfundível característica material de fundamentalidade. É através dessa interpretação que se pode ampliar a conceituação do instituto, de forma a agregar em seu conteúdo as nuances e matizes necessárias à plenificação da dignidade pela via da efetivação do direito.

É também em razão dessa abertura constitucional que outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos, mas que não integram o artigo 5º, receberão tratamento idêntico àqueles constantes do catálogo expresso de direitos fundamentais da Constituição. Aliás, o desenvolvimento do Título VIII do documento constitucional – Da Ordem Social, artigos 193 a 232 -, que tratou a Seguridade Social conformada pelos direitos à saúde, previdência e assistência social (artigos 194 a 204) demonstra que o legislador constituinte não se ateve a uma topografia específica no contexto constitucional para zonear com exclusividade o local de guarita aos direitos fundamentais.

A saúde psíquica, não obstante a ausência de menção expressa do legislador constituinte, é elemento específico e necessário à configuração do direito fundamental à saúde. Neste contexto, a cláusula constitucional de abertura permite a interpretação do conceito da forma mais ampla possível, abarcando-se todas as nuances e complexidades a ele

inerentes, e dentre elas, em caráter especial, o cuidado e a atenção ao direito fundamental à saúde psíquica.

A fundamentalidade material que envolve a saúde psíquica também pode ser observada nos diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Dentre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe, em seu artigo XXII, acerca da prerrogativa que assiste à todas as pessoas no que toca aos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. No artigo XXV, por sua vez, a garantia é a de que toda pessoa tem direito a um padrão de vida que lhe possa assegurar saúde e bem-estar. Segundo Karyna Rocha Mendes “pela lente destes dois artigos podemos vislumbrar que a vida é o maior bem jurídico e o fundamento de todo direito humano e que sua proteção só é possível dando-se plena proteção à saúde.”¹⁹⁰

No direito brasileiro, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que cria os mecanismos de efetivação dos direitos dessa ordem elencados na Declaração de 1948 – tiveram seus conteúdos incorporados pelo ordenamento, em 1988 e em 1992, respectivamente.

Os signatários do mencionado Pacto, inclusive, reconhecem – via do conteúdo de seu artigo 12 – “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”¹⁹¹, o que ratifica a intenção dos organismos internacionais de tratarem a saúde conforme a nova compreensão do indivíduo que vai se consolidando: um ser de características multifuncionais cuja plenitude é norteada pela efetivação de sua dignidade.

Assim é que, partindo-se do conceito da Organização Mundial de Saúde, que definiu o tema como “completo bem-estar físico, mental e social” pode-se avaliar a amplitude das previsões contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos no que toca à complexa cadeia de elementos necessários para a construção efetiva da saúde. O Brasil também é signatário da Constituição da OMS, do que se depreende a adoção integral do conceito da Organização para a interpretação dos elementos constitutivos da saúde. Assim, dispositivos que tenham como objetivo ampliar o alcance de referida definição no sentido de efetivar o direito à saúde física, mental e social possuem, inequivocamente, fundamentalidade material.

Não obstante seja o Brasil signatário de outros Tratados e Resoluções dos quais a saúde é objeto e que não serão mencionados no presente estudo, é relevante ainda salientar a

¹⁹⁰ MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito à saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22.

¹⁹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-psocial.htm>>1. Acesso em 20 de dezembro de 2014.

participação brasileira na Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, datado de 1969 e incorporado ao direito pátrio em 1992.

No que se relaciona à questão da saúde, referido documento, em seu artigo 5º garante ao indivíduo o direito à integridade pessoal, aí inseridas a integridade física, psíquica e moral. O artigo 26, por sua vez, determina a obrigatoriedade de que todos os Estados-partes desenvolvam esforços para a consecução da progressiva plenitude da efetividade dos direitos decorrentes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.¹⁹² Esse compromisso inclui a busca pelo desenvolvimento integral dos Estados, proporcionando, entre outras, condições urbanas de oportunidade de vida sadia (artigo 34, I) e a garantia de que o ser humano alcance plenamente suas aspirações através do acesso ao bem-estar material, e desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidade e segurança econômica (artigo 45, a).¹⁹³

Assim, percebe-se que um critério puramente formal de identificação dos direitos fundamentais, considerando-os tão somente como aqueles expressamente estatuídos pela Constituição queda insuficiente e incoerente com o sistema constitucional adotado pelo legislador constituinte. A cláusula de abertura prevista explicitamente no texto constitucional demonstra a clara intenção de avaliação dos elementos materiais conformadores do direito no reconhecimento da fundamentalidade dos direitos. Em verdade, Vieira de Andrade, detendo-se no tema, pretende que, em última análise, o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nisso estaria a fundamentalidade material dos direitos humanos.¹⁹⁴

É no princípio da dignidade da pessoa humana que se encontra a base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, pois que aquela se projeta no indivíduo, enquanto ser autônomo e como parte da comunidade. Na esteira de tal argumento, a ordem constitucional é construída tomando por referência este princípio axiológico, que lhe serve de fundamento. Isso dá ao sistema características normativo-valorativas e uma unidade no aspecto cultural.¹⁹⁵

¹⁹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 22 de dezembro de 2014.

¹⁹³ Ob. cit.

¹⁹⁴ MENDES. Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158.

¹⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. cit., 100.

2.5 A Promoção e Proteção do Direito Fundamental à Saúde: uma análise sob a ótica do dever

Para que se possa dimensionar a amplitude do direito fundamental à saúde e, via de consequência, da saúde psíquica como um dos elementos essenciais à sua constituição faz-se necessário abordar a tratativa da temática sob o contorno do dever.

Isso se justifica no fato de que a saúde, assim como os demais direitos fundamentais, traz em si, para além do aspecto de direito, a característica de dever fundamental envolvida em sua constituição. A análise da saúde – e de seu elemento psíquico – como dever traz diversas consequências na interpretação do alcance do instituto, como se poderá verificar.

A promoção, prevenção e recuperação da saúde passam, além do aspecto que envolve o direito, pelo dever do Estado e da sociedade em dar efetividade aos dispositivos constitucionais.

As bibliotecas e livrarias jurídicas estão bem servidas de literatura especializada na abordagem dos direitos fundamentais. Entretanto, a matéria relacionada aos deveres fundamentais dos indivíduos possui conteúdo marginal, atuando de forma pouco relevante também na jurisprudência pátria. Acerca dessa volumosa diferença entre argumentos relacionados a direitos e deveres Leonardo Nunes Marques assevera que

os direitos sempre assumiram lugar de destaque no cenário doutrinário em razão da necessidade de reafirmação da liberdade frente às intervenções estatais. Também em virtude do fato de o Estado contar com um aparato instrumental voltado à concretização dos deveres, ao contrário do que acontece na relação entre os cidadãos e os seus direitos, as aludidas imposições sempre mereceram menor atenção. Por decorrência disso, as constituições editadas ao longo dos séculos não dispensaram aos deveres a mesma rigidez sistemática que a traçada para os direitos fundamentais.¹⁹⁶

No âmbito do direito constitucional brasileiro os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo demasiadamente modesto o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. O aspecto dessa evolução tem seu norte no perfil do próprio Estado de Direito e no legado liberal que compreende a posição da pessoa diante do Estado como titular de prerrogativas garantidoras de não-intervenção em sua individualidade, conduzindo à primazia quase absoluta dos “direitos subjetivos” em detrimento dos “deveres”.

¹⁹⁶ MARQUES, Leonardo Nunes. **Uma teoria constitucional do tributo: direitos e deveres fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49.

Ainda que superado o modelo estatal liberal, percebe-se que sua construção histórica e todas as características por ele incutidas na legislação e no modo de interpretar o Direito deixaram um legado bastante peculiar para a contemporaneidade. Na construção do pensamento liberal é a liberdade que dá o tom de todas as argumentações. A busca pela soltura das amarras e grilhões que séculos de história impunham fez com que os homens voltassem seus esforços na conscientização acerca de direitos indispensáveis à vivência da dignidade e à sua concretização efetiva.

É interessante atentar para uma tendência que impera desde o movimento de resistência ao absolutismo, reivindicação acerca de direitos humanos e positivação dos primeiros direitos fundamentais no tocante à interpretação dogmática dos ordenamentos: em regra o trabalho concentra seu foco na efetivação de direitos e garantias. Entretanto, de igual importância, mas em regra rechaçado a um plano marginal de análise encontram-se os deveres que nem sempre são simploriamente um contraponto natural dos direitos legalmente estabelecidos. Dimoulis e Martins argumentam com autoridade acerca da questão:

quem compara a bibliografia sobre direitos fundamentais com aquela dedicada aos deveres fundamentais percebe um fortíssimo desequilíbrio. Por que a doutrina não se interessa pelos deveres fundamentais? O desinteresse é devido, por um lado, à hostilidade de muito autores ao caráter, pelo menos aparentemente, antiliberal dos deveres fundamentais e, por outro lado, à sua limitada relevância nas Constituições de inspiração liberal.¹⁹⁷

A conexão da dignidade com a origem divina e todas as implicações decorrentes da defesa desse argumento justificam a assertiva: ora, em um mundo em que o temor religioso pautava as relações verifica-se, no subsequente pensamento de Hobbes e Locke, uma extremada mudança de paradigmas, invertendo-se o eixo: onde antes estava o argumento teológico como o centro dos questionamentos, coloca-se o indivíduo, e como resultado a desconexão da subordinação do direito ao dever correspondente:

A teoria dos direitos humanos, como teoria desconectada dos deveres e dos valores, é obra principalmente de dois grandes ideólogos ingleses que romperam com a Escolástica: Thomas Hobbes e John Locke. O pensamento escolástico fornecia uma concepção global da ética e da política presidida pela proeminência da teologia. Em seu edifício teórico, os direitos tinham lugar, mas sempre subordinados à ética do dever. E fato, no âmbito de uma concepção teológica que se espalha por todo pensamento, a ideia ética básica é a de dever, já que o homem como criatura se situa primariamente diante de

¹⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Ob. cit., p. 59.

deus como um ser que deve obedecer aos mandamentos. Os direitos têm seu lugar, mas são secundários em relação aos deveres.¹⁹⁸

A justificativa para a assertiva existe. Gilles Lipovetsky afirma que a moral dos tempos democráticos modernos funda-se em uma ética laica de característica universalista. A proclamação dos direitos humanos não tem o condão de uma ética pura, pois que seu papel é o de fixar a matriz do novo pacto social, mas, ainda assim, o aspecto da ética subsiste. As ideias que envolvem o conceito de soberania individual e igualdade civil explicitam princípios basilares e inquestionáveis que norteiam a moral universal e manifestam os imperativos imutáveis da razão moral e do direito natural impossíveis de serem abolidos por qualquer lei humana. Adotando a ética como instância criadora e elevando o ser humano ao status moral primeiro e último, o poder religioso é afastado pela sociedade: não mais as obrigações relacionadas à lei divina fundamentam a sociedade, mas os direitos inalienáveis do indivíduo.¹⁹⁹

Assim, no momento em que o indivíduo passa a ser o núcleo referencial do pensamento democrático, o fator moral “primeiro se identifica com a defesa e o reconhecimento dos direitos subjetivos; os deveres não deixam de existir, mas provêm dos direitos fundamentais do indivíduo, tornando-se ambos correlatos.”²⁰⁰

¹⁹⁸ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética da sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005, p. 18-19. O autor desenvolve o argumento acerca da ruptura de paradigmas que tem como consequência o afastamento do pensamento religioso que justificava o entendimento da dignidade, e o consequente afastamento e desconexão do entendimento de deveres e valores: “O pensamento secularizado dos contratualistas ingleses do século XVII rompe taxativamente com a tradição escolástica, embora, no caso de Locke, às vezes se mantenham as formas. Se o pensamento escolástico parte, em sua reflexão, do homem em comunidade submetido a um poder que vem de Deus, a filosofia política individualista adota como ponto de partida o homem abstrato, desligado de todo vínculo social e, portanto, desvinculado de todo dever. A imagem do estado de natureza representa uma situação na qual o homem não está conectado aos demais por laços sociais, uma situação em que não convive, apenas coexiste. A coexistência, diferente da convivência, é uma mera justaposição de seres vivos cujas relações não são de conjunto e colaboração em uma tarefa comum. A coexistência é essencialmente conflituosa, já que implica, por parte dos indivíduos que coexistem, o choque entre os desejos que cada um deles tem de possuir tudo. No estado de natureza, não havendo leis ou deveres, todos têm direito a tudo, sem qualquer obrigação. A concepção é especialmente nítida em Hobbes, mas não tanto em Locke, que, abrindo mão da coerência, pretende ser mais convincente ao não enfrentar francamente o pensamento da Escolástica, que constituía, em definitivo, a filosofia dominante.”

¹⁹⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri: Manoel, 2005, p. 2-3.

²⁰⁰ Ob. cit., p. cit. Valoroso o pensamento do autor no desenvolvimento da questão, analisando o fato de serem explicitados em detalhes os direitos subjetivos nos documentos constitucionais: “Com as novas tábuas da lei democrática, só os direitos invioláveis das pessoas são explicitamente enunciados, porque os deveres daí emanam enquanto obrigações a serem respeitadas. A imemorial preeminência das obrigações para com Deus cede lugar à preeminência das prerrogativas do indivíduo soberano”. Para o autor, a busca da felicidade e do prazer passam a ser encaradas como uma reivindicação legítima do homem, o que simultaneamente faz com que as exigências de obrigação moral se reduzam. O pensamento econômico liberal estabelece as “prerrogativas das paixões egoísticas e dos vícios particulares enquanto instrumentos para a prosperidade geral. Assim, o direito de só pensar em si mesmo, de cuidar somente dos próprios negócios, tornou-se um princípio básico da ordem

O entendimento de Gregorio Robles vai ainda além. Não obstante o entendimento dos deveres apenas como movimentos secundários, ou, quando muito simples reflexos de direitos subjetivos - por si só mais importantes-, a análise produzida pelo autor funda-se na defesa de que a teoria dos direitos humanos, consequência histórica das mudanças de paradigmas outrora elencadas, desenvolve-se com total indiferença à questão dos deveres. Os teóricos dos direitos humanos e direitos fundamentais positivados nos ordenamentos internos, atentos ao exame e desenvolvimento de direitos, desconectam-nos das responsabilidades correlatas, o que termina por se traduzir, na pós-modernidade, na carência de um estudo sistematizado acerca dos deveres fundamentais:

O exame autônomo dos direitos, sem conectá-los aos deveres em um sistema axiológico coerente, é típico da moderna mentalidade contratualista. É no âmbito do jusnaturalismo racionalista, de inclinação utilitarista e individualista, que se desenvolve a teoria dos direitos humanos que defende a primazia destes e sua desconexão a respeito dos deveres. Tendo insistido tanto na categoria dos direitos, elencando-os ao nível de tema central da reflexão sobre o direito natural, tal concepção conseguiu produzir dois efeitos vinculadores entre si. Por um lado, o que em si mesmo não é mais que uma determinada maneira de observar o problema da relação do indivíduo com a comunidade política (Estado), absolutiza-se ao se apresentar como a única possível, como a teoria dos direitos humanos por excelência. Não é certo que antes do jusnaturalismo moderno faltasse concepções sobre os direitos, já que não é certo que, antes de tal tipo de pensamento não existissem teorias capazes de resolver o problema da relação indivíduo-sociedade política. O que é específico da teoria dos direitos humanos é que ela proporciona uma resposta que prescinde completamente dos deveres: afasta o direito de seu contexto natural, o contexto de um sistema de valores; eleva os direitos aos praticamente únicos valores com entidade própria.²⁰¹

É com fundamento nessa herança que o ordenamento se perfaz, do que se depreende uma ênfase desproporcional à questão dos direitos em detrimento à importância do estudo dos deveres fundamentais. Não é outro o pensamento de Robles:

Um fato social palpável é que na sociedade de nossos dias o sentimento do dever é obscuro, com frequência parece extinto, enquanto seu oposto, o sentimento reivindicativo, alcança as maiores cotas de intensidade. Sob um ponto de vista ético esse fenômeno se traduz em um decréscimo da solidariedade.²⁰²

social. (...) foi em razão desse processo que Lei Strauss julgou apropriado denominar a modernidade uma cultura na qual “o fato moral essencial e absoluto é um direito e não um dever”.

²⁰¹ ROBLES, Gregorio. **Os Direitos Fundamentais e a Ética da Sociedade Atual**. Barueri: Manole, 2005, p. 18-19.

²⁰² Ob. cit., p. 18.

Coaduna-se ao argumento de Robles a defesa de Lipovetsky, segundo a qual a ideologia do dever foi definitivamente sepultada pela civilização do bem-estar consumista. Na segunda metade do século passado a lógica do consumo de massa banalizou uma cultura de que a felicidade deve ser alcançada a qualquer preço, sobrepondo-se à ordem moral; os prazeres são sobrepostos às proibições e a fascinação subjuga o dever. O acesso fácil ao crédito, a abundância de informações, de lazeres e possibilidades aboliu a aura dos ideais para dar espaço a uma busca incessante por novos prazeres e da concretização do sonho da felicidade pessoal. A nova civilização que se levanta não é vocacionada a frear desejos, mas leva-lo aos extremos, livrando-o de qualquer conotação negativa.²⁰³

Neste pensamento extremamente individualista podem ser identificados caracteres que se enquadram no perfil liberal de pensamento, como a atenção voltada à realização das necessidades individuais em prejuízo do coletivo e a ausência de solidariedade. Mais ainda. O afastamento da moral justifica-se no fato de que a felicidade deve ser alcançada sob quaisquer argumentos, inclusive em detrimento do dever.

E embora o ordenamento brasileiro, mais especificamente a Constituição Federal faça menção expressa à questão que envolve deveres fundamentais, o argumento de Lipovetsky tem a utilidade de uma luz de alerta.

Traçando-se uma linha de comparação entre os dois âmbitos de pensamento – pensamento liberal e contemporaneidade –, tem-se que em ambos os momentos a lei posta é reflexo da sociedade. E ainda que seja um reflexo tardio, em razão da complexa dinamicidade social, atua como um termômetro daquilo que é considerado como prioritário dentre os anseios sociais.

Assim, o argumento se justifica: a postura de omissão doutrinária e jurisprudencial relacionada ao estudo dos deveres fundamentais se confirma no ordenamento pátrio hodierno. Na Carta Constitucional de 1988 há diversas menções a direitos e garantias fundamentais, em detrimento à terminologia que envolve os deveres fundamentais, utilizada em escala inequivocamente menor.

Os estudiosos do assunto argumentam, entretanto, que a categoria dos deveres não pode mais quedar indiferente à doutrina: o rol dos deveres fundamentais avolumou-se grandemente no decorrer da história, ampliando seu campo de atuação daqueles relativos ao Estado liberal para abranger gradualmente os deveres políticos, sociais, culturais e ambientais. A teoria dos deveres fundamentais é uma evolução que supera o pensamento liberal, pois que

²⁰³ LIPOVETSKY, Gilles. Ob. cit., p. 29.

ressalta a necessidade da atuação estatal proativa para a estruturação da sociedade. Em outras palavras, enquanto que o pensamento liberal entende como lesivas as intervenções do poder público na esfera dos interesses dos cidadãos, a nova análise sustenta que o funcionamento estatal e a fruição dos direitos fundamentais ao homem são dependentes da imposição dos deveres fundamentais.

Em tópico anterior abordou-se a questão que envolve a dignidade como pano de fundo e referencial da interpretação dos direitos fundamentais. O reconhecimento do indivíduo como ser multifacetado e composto de diversas feições também interfere na observação da questão que envolve os deveres. O estudioso português José Casalta Nabais defende que a concepção de dever fundamental passa pela análise da perspectiva humana e sociedade, tal qual direcionado pelas modernas constituições:

[...] há que ter em conta a concepção do homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade como uma ordem simultânea e necessariamente de liberdade e de responsabilidade, ou seja, uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade. Enfim, um sistema que confere primazia, mas não exclusividade, aos direitos face aos deveres fundamentais ou, socorrendo-nos de K. STERN, um sistema em que os direitos fundamentais constituem a essência da liberdade e os deveres fundamentais o seu correctivo.²⁰⁴

A importância da temática que envolve o vínculo constitucional na delimitação da questão do dever é também desenvolvida na obra de Fernando Rodrigues Martins, que a relaciona à regulação jurídica do direito positivo, abarcando não só as formas de produção do direito, mas também os conteúdos por ele produzidos. O autor salienta que o vínculo é que determina o âmbito de ligação da obrigação constitucional decorrente da norma jurídica fundamental. Isso independe da previsão expressa de garantia, pois que esta se encontra implícita na norma. É o vínculo que enseja o dever fundamental, uma vez que é erga omnes e de aspecto igualitário, e assegura um mínimo de conteúdo aos cidadãos no intuito de dotá-los de um aspecto emancipatório que os capacitam como agentes morais autônomos da sociedade.²⁰⁵ Complementando o argumento, relevante a lição construída por Leonardo Nunes Marques:

²⁰⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 31.

²⁰⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013, p. 275.

A teoria que se estuda concebe os deveres fundamentais do indivíduo como inerentes ao próprio conceito de sociedade, Estado e pacto social. Parte-se do pensamento de que é da essência de tais instituições que sejam assegurados direitos e impostos deveres de fundamental cumprimento aos seus partícipes, de modo a conformar os interesses individuais, unindo-os em direção ao objetivo de alcançar uma vida mais bem-sucedida do que em isolamento. Daí decorreria, então, a razão da atribuição do adjetivo fundamentais a tais deveres; a ausência deles inviabilizaria qualquer estruturação social.²⁰⁶

Não obstante o fato de que a maioria das situações que envolvem imputação de deveres fundamentais se relate ao Estado, mormente quando o tema versa sobre liberdades públicas e direitos sociais, existem situações em que a imposição de tais deveres recai sobre outros autores que não os órgãos e representações públicas. Isso ocorre, segundo Rodrigues Martins, quando

[...] outras disposições da Constituição estabelecem deveres dos cidadãos e da sociedade [...] Nesses casos, o dever fundamental se define como norma cuja finalidade é exigir dos particulares atuação positiva para implementar direitos fundamentais, mas com a necessária intermediação do Estado legislador, que é o primeiro destinatário das normas definidoras de direitos e deveres fundamentais.²⁰⁷

Do estudo do conteúdo da Carta de 1988 verifica-se a existência de um extenso rol de deveres, ora endereçados ao Estado, ora a indivíduos ou a entidades abstratas como a família, a coletividade e a sociedade. Dentre tais deveres há os que são considerados autônomos, não constituindo simples reflexo de direitos fundamentais que lhes seriam precondição de existência. Merecem, por isso, análise específica via de uma dogmática dos deveres fundamentais.²⁰⁸

A regulamentação a eles destinada pelo documento constitucional adota, segundo Dimoulis e Martins, uma estrutura bifásica dos deveres fundamentais: A Constituição Federal enuncia o dever, ditando o norte para que o legislador infraconstitucional os operacionalize. Por outro lado, a regulamentação que a Constituição realiza constitui o fundamento para o exame de constitucionalidade da legislação produzida pelo criador ordinário. Essa postura é consequência do modo de interpretação das normas constitucionais que tratam de deveres fundamentais: a utilização de termos vagos e a garantia de aplicação imediata e vinculatividade no que concerne somente aos direitos e garantias acabam por desenhar sua

²⁰⁶ MARQUES, Leonardo Nunes. **Uma teoria constitucional do tributo**: direitos e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 50.

²⁰⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Ob. cit., p. 276.

²⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Ob. cit., p. 66.

definição: “deveres de ação ou omissão, proclamados pela Constituição (fundamentalidade formal), cujos sujeitos ativos e passivos são indicados em cada norma ou podem ser deduzidos mediante interpretação”. Sua concretização, em razão disso, só pode se dar na esfera infraconstitucional.²⁰⁹

Leonardo Nunes Marques argumenta, acerca da classificação do rol dos deveres fundamentais uma ordem semelhante àquela adotada na abordagem dos direitos fundamentais. Destarte, os direitos componentes do primeiro grupo se caracterizariam por serem pressupostos de existência e funcionamento do Estado Democrático, denominando-se “deveres cívicos-políticos”. Por sua vez, os deveres destinados a tutelar valores que a coletividade consagrou constitucionalmente nas esferas econômica, cultural e social comporiam o segundo grupamento. Esses deveres seriam viabilizadores de valores da mesma natureza consagrados constitucionalmente por uma determinada sociedade.²¹⁰ Segundo o autor

os deveres fundamentais são concebidos como instituto jurídico-constitucional próprio, porém correlativos aos direitos fundamentais, de forma que a conjugação de ambos perfaz o estatuto constitucional do indivíduo. A doutrina europeia adota o entendimento de que os deveres fundamentais, além de constituírem o pressuposto de exigência e funcionamento do Estado, são garantidores dos direitos fundamentais. Os deveres seriam expressão da soberania baseada na dignidade humana. Significa dizer que decorrem do poder estatal de regulação da ordem jurídica, sempre com vistas à realização do valor dignidade humana.²¹¹

É também neste sentido a afirmação de Casalta Nabais: deveres como o do trabalho, de defesa e promoção da saúde, a obrigatoriedade da educação e a defesa do meio ambiente têm seu cumprimento relacionado sobretudo à existência de um determinado corpo social, e não com a existência do Estado.²¹²

Assim, percebe-se a íntima vinculação que os deveres fundamentais guardam com a denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Em tópico anterior tratou-se da função exercida pelos direitos fundamentais na representação de valores da comunidade em seu conjunto, que devem ser respeitados, promovidos e protegidos pelo Estado e pela sociedade. Esse é o caráter objetivo dos direitos fundamentais, para além da tutela e promoção

²⁰⁹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Ob. cit., p. 66.

²¹⁰ MARQUES, Leonardo Nunes. **Uma teoria constitucional do tributo: direitos e deveres fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 55-56.

²¹¹ Ob. cit., p. 51.

²¹² NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra: Almedina, 2004, p. 103.

da individualidade da pessoa enquanto titular do direito subjetivo. Ingo Sarlet, acerca do tema, adverte:

É neste sentido que não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca. Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5º, caput, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional.²¹³

A Constituição brasileira menciona expressamente os deveres no Título II do Capítulo I, denominado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. A despeito da redação do texto, necessário enfatizar que a categoria dos deveres fundamentais não se limita a deveres em relação a direitos individuais (no que se relaciona aos direitos de liberdade), abarcando também deveres de natureza política, social, econômica, ambiental e cultural.

De modo similar aos direitos fundamentais, os deveres podem apresentar conteúdo de natureza defensiva ou prestacional, na medida em que imponham ao seu destinatário um comportamento positivo ou um comportamento negativo. No entanto, como salienta Ingo W. Sarlet, “a complexidade inerente a alguns deveres fundamentais [...] não permite o seu enquadramento exclusivo em uma das categorias referidas, precisamente em função da presença dos dois elementos, como é o caso dos deveres de defesa e promoção de saúde [...].²¹⁴

A abordagem da saúde na Constituição brasileira demonstra de forma expressa sua feição dupla de direito e dever fundamental. Não obstante o artigo 196 do texto constitucional assinalar a saúde como direito de todos e dever do Estado – demonstrando assim um direito cuja titularidade é inequívoca – ao determinar que o financiamento da seguridade social, na qual a saúde vê-se inserida é de responsabilidade de toda a sociedade estabelece aí, como vinculado ao dever de custeio, a totalidade do corpo social.²¹⁵ Assim, o dever prima facie imputado ao Estado resta também de responsabilidade do corpo social que custeia o sistema da Seguridade conforme o dispositivo constitucional.

O direito fundamental à saúde constitui típico direito-dever, pois que o dever fundamental de promoção da saúde vincula-se diretamente ao comando da norma

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 226.

²¹⁴ Ob. cit., 228-229.

²¹⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da república e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 307.

constitucional que faz a previsão do mencionado direito, conforme pode-se depreender da leitura do artigo 196 da Constituição Federal.²¹⁶

A questão que envolve a saúde como contrapartida de dever fundamental é abordada por Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo sob a ótica seguinte:

Para além da condição de direito fundamental, a tutela jusfundamental da saúde efetiva-se também como dever fundamental, conforme positiva o texto do art. 196 da CF/88: “(a) saúde é direito de todos e dever do Estado [...].” Trata-se, portanto, de típica hipótese de direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental. Por esta mesma razão, [...] o objeto dos deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde guarda relação com as diferentes formas pelas quais esse direito fundamental é efetivado, podendo-se desde logo identificar – sem prejuízo de outras possíveis concretizações – uma dimensão defensiva, no dever de proteção da saúde, que se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas administrativas no campo da vigilância sanitária, que regulam desde a produção e a comercialização de diversos tipos de insumos e produtos até o controle sanitário de fronteiras; e uma dimensão prestacional *lato sensu*, no dever de promoção à saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e ao incentivo à adesão aos programas de saúde pública.²¹⁷

Depreende-se, do argumento acima, que os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde, conforme o objeto a que estejam vinculados, podem demandar obrigações de natureza originária, a exemplo do dever geral de respeito à saúde e da aplicação mínima de recursos na seara sanitária.²¹⁸ Podem, de outro norte, dar ensejo a obrigações de caráter derivado, se dependentes da criação de norma infraconstitucional que lhe regule os termos. E ainda uma vez há que se atentar para o fato desses deveres, não obstante tenham como destinatário por excelência o ente estatal, não afastarem a necessária eficácia que devem fruir na esfera privada:

Neste sentido, aliás, cumpre destacar que a noção de deveres fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade, no sentido de que toda a sociedade

²¹⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. 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.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia (org.); GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas essenciais**: direitos humanos. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 783-784.

²¹⁸ Ob. cit., p. 784.

é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um [...].²¹⁹

Estudo interessante acerca dos deveres que envolvem todos os atores participantes da temática da saúde foi desenvolvido por Fernando Aith. O autor aborda, sob a ótica dos deveres, a participação que indivíduos, sociedade e Estado devem ter na efetivação do direito fundamental à saúde.

Para Aith os deveres do indivíduo relacionam-se primeiramente à proteção da própria saúde, considerada individualmente, bem como a responsabilidade de proteção da saúde de terceiros com os quais convivam. A manutenção de hábitos saudáveis, o maior cuidado possível os aspectos relacionados à sua saúde física e mental, tais como boa alimentação e uso equilibrado e abstenção de substâncias nocivas à saúde. No que toca ao indivíduo em relação à coletividade o autor menciona o dever da pessoa em manter um nível básico de limpeza de sua vivenda e dos ambientes pelos quais transita, assim como “cooperar com os esforços coletivos para a eliminação dos riscos à saúde”.²²⁰

Os deveres da sociedade são aqueles relacionados às famílias, associações de bairros, empresas, ONGs, entre outros, que deve atuar proativamente nas atividades de proteção e promoção da saúde. Segundo Aith

De um lado, a sociedade deve dosar bem a forma como impõe certas condutas; na empresa, o trabalho excessivo; na família, a alimentação inadequada; na sociedade como um todo, definições de padrões estéticos e comportamentais nocivos à saúde, etc. De outro lado, a sociedade deve organizar ações coletivas em benefício da população como um todo: empresas ambientalmente saudáveis; mutirões de limpeza; serviços comunitários de orientação sobre higiene pessoal e tratamento de resíduos; etc.²²¹

Em um terceiro bloco de deveres, condizentes agora ao Estado, o autor salienta que a proteção à saúde é totalmente dependente dos deveres impostos ao Estado pela Constituição Federal e legislação complementar. Assim, assevera que tais deveres traduzem-se na necessidade de elaboração e execução de políticas públicas capazes de alcançar os seguintes intentos: redução máxima de riscos de enfermidades e agravos à saúde da pessoa e

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia (org.); GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas essenciais: direitos humanos.** v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 784-785.

²²⁰ AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no brasil: desafios para a efetivação de um direito social. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos.** Salvador: Juspodvm, 2013, p. 272.

²²¹ Ob. cit., p. cit.

da população; e organização de uma rede de serviços públicos “apta a assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde ou de interesse à saúde.”²²²

O reconhecimento de deveres fundamentais está vinculado à participação ativa dos indivíduos na vida pública e necessita, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, citado por Sarlet em “um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”, exigindo, destarte, um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual. Seu reconhecimento implica na existência de deveres para além dos morais, mas plenos de conteúdo jurídico que garantam o respeito aos valores da Constituição e aos direitos fundamentais.²²³

Todas as questões atinentes ao dever fundamental de saúde são extensivas à saúde psíquica enquanto elemento essencial do direito fundamental à saúde. Assim, indivíduos, sociedade e poder público têm a obrigação derivada de atuar proativamente na efetivação do mencionado direito.

²²² Ob. cit., p. 273.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 226-227.

3 A SAÚDE PSÍQUICA ENQUANTO ELEMENTO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

É princípio geral de direito que uma norma nasce a partir dos fatos sociais: uma lei sempre nascerá ultrapassada pois visa a regular um problema social preexistente.

Por isso, o esforço do legislador em sanar as deficiências normativas é em parte suprido pelo exercício interpretativo com base num processo de reaproximação do Direito ao conceito de justiça, da alocação do homem no lugar de centro dos questionamentos mais importantes, e principalmente do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como referencial norteador de todo o sistema jurídico.

Conforme visto na primeira parte do presente estudo, tal postura é resultado da grande mudança de paradigmas ocorrida principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, e está diretamente relacionada ao pensamento pós-positivista que aproxima o direito da noção de Justiça e à atenção dada aos direitos fundamentais, como conjunto de direitos absolutamente necessário à concretização da dignidade.

Em outras palavras, enquanto eixo norteador o ser humano passa a impor à personalidade um significado bem mais abrangente que o técnico-formal: a ideia de pessoa é vinculada ao ser humano em si considerado, enquanto valor juridicamente tutelado – no que se observa ser a personalidade uma decorrência da própria dignidade da pessoa humana, pois é a reunião dos direitos fundamentais constitucionalmente conferidos e protegidos.²²⁴

Com efeito, a conjunção de circunstâncias transformadoras no contexto histórico-jurídico desde a metade do século XX até a contemporaneidade tem sido responsável pela quebra de antigos paradigmas e a instauração de novos padrões de interpretação da norma. Assim, a insuficiência teórica do positivismo que faz com que o estudo do direito se amplie da análise isolada da estrutura para abarcar sua finalidade e sua função; a mudança na ação efetiva do Estado, que culmina numa atuação estatal muito mais ampla na promoção dos direitos; e a necessidade de alcançar a efetiva satisfação dos anseios sociais tornou imprescindível a busca de alternativas que somem efetivamente na consecução dos interesses da sociedade e no alcance das respostas que os indivíduos clamam da ordem jurídica.

²²⁴ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. ROSA, Fernanda da Silva Vieira. Diálogo das fontes: a saúde mental enquanto direito fundamental e o dano psíquico Puro. In: MOTTA, Maria Carolina Carvalho (org.); PALUMA, Thiago (org.). **Temas de direito constitucional**. Curitiba: Íthala, 2012, p. 143.

A readequação que coloca a finalidade da norma como aspecto mais relevante na decisão pela adoção de um determinado dispositivo no ordenamento, acrescida da consciência e da maturidade que levam a priorizar a prevenção em detrimento da repressão e punição constitui um aspecto fundamental no estudo que ora se desenvolve. A finalidade da norma aproxima o Direito da sociedade, humanizando-o e tornando-o sensível às verdadeiras necessidades sociais.

Assim, conforme já dito, o ordenamento jurídico pátrio sofreu radical mudança ao adotar o antropocentrismo como alicerce da Constituição. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que o sistema constitucional:

[...] é um sistema aberto de regras e princípios. Esse ponto de partida carece de “descodificação”: (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça” [...].²²⁵

Continua o renomado autor, ao comentar sobre o princípio da máxima efetividade da norma constitucional:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).²²⁶

Destarte e conforme já comentado, a interpretação dos direitos fundamentais evoluiu a ponto de levar em conta precipuamente dois fatores: a maior proteção possível à dignidade humana e o direito fundamental considerado também sob o viés psíquico e não somente no aspecto físico e formal.

Com efeito, não se pode conceber a dignidade humana somente pelos aspectos material e biológico: reduzir o aludido princípio a uma mera garantia de proteção ao corpo e ao patrimônio redundaria em claro retrocesso, desconsiderando-se totalmente o esforço

²²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1.159.

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 1.224.

evolutivo que culminou na acepção jurídica do ser humano em si considerado. Corolário lógico, a dignidade humana deve ser sempre considerada tendo-se sempre por parâmetros os aspectos material, biológico e psicológico, sob pena de se retroceder a uma concepção positivista sobre tal princípio.

Nesse sentido e também já visto na primeira parte, a história demonstra que os conceitos de dignidade humana e saúde relacionam-se intimamente com a conjugação resultante da psique individual e coletiva: o ser humano enquanto indivíduo guarda uma consciência do que se pode chamar de “dignidade pessoal”, composta pelos valores axiológicos os quais possuem justamente natureza psicológica e conferem ao indivíduo autonomia para sentir-se um “ser humano digno”, pelo que Ronald Dworkin bem afirmou que “em geral, a dignidade de uma pessoa está ligada à sua capacidade de amor próprio”.²²⁷ E enquanto membro de uma sociedade, o ser humano compartilha de uma “dignidade coletiva”, no sentido de respeitar o igual direito dos demais membros de individualmente terem suas “dignidades pessoais” e assim também terem o direito de se sentirem “seres humanos dignos”.

Destarte, a dignidade humana enquanto princípio possui um viés psicológico objetivo, na medida em que a autoestima – a “dignidade pessoal”, o direito de se sentir igual ou tão importante quanto os demais – relaciona-se diretamente com o respectivo direito recíproco de reconhecimento e respeito entre os outros membros da sociedade – a “dignidade coletiva”. É dizer, a dignidade humana enquanto princípio deve ser capaz de oferecer ao indivíduo a garantia de que poderá se sentir aceito pelos semelhantes e pertencente à sociedade sem medo de ser privado de sua autoestima ou “dignidade pessoal”.

Consequência lógica, o direito fundamental à saúde deve ser interpretado do modo mais ampliado possível de forma a se ajustar ao atual entendimento conceitual: deve-se proteger não somente a inteireza física do ser humano mas também e em igual proporção a integridade psíquica eis que, conforme já mencionado, instituiu-se o conceito de integridade psicofísica a qual remonta ao direito de o indivíduo não sofrer violações não só em seu corpo mas também em sua psique, observando-se assim a consonância entre os vieses físico e psicológico/mental.

Não é outro o sentido perseguido pela OMS na carta de sua fundação, na qual a saúde é definida como estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afecções ou enfermidades. Mais ainda: no mencionado documento “o gozo do grau máximo de saúde que se possa alcançar” é um dos direitos fundamentais de titularidade

²²⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 314.

de todo e qualquer ser humano, e a saúde de todos os povos é condição considerada imprescindível ao alcance da paz e da segurança.²²⁸

Nesse sentido bem obtempera James Patrick Chaplin, citado por Almeida Martins, quando afirma que “saúde mental é um estado de boa adaptação, com uma sensação subjetiva de bem estar, prazer de viver e uma sensação de que o indivíduo está a exercer os seus talentos e aptidões”,²²⁹ o que permite dizer-se que atualmente busca-se prioritariamente fomento e promoção da saúde e não somente cura e prevenção de doenças.

Assim, posto que o hodierno sistema jurídico pátrio adota o paradigma normativo antropocêntrico, o ora aludido entendimento é o alicerce para a interpretação do direito fundamental à saúde, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º e 196: além do físico, evidencia-se o caráter psicológico enquanto elemento formador do ser humano e influenciador da saúde deste, e igualmente merecedor de proteção.

Insta salientar que, a exemplo do ora comentado sobre a dignidade humana, o direito fundamental à saúde também tem um viés coletivo no sentido de que, uma vez em sociedade e portanto diante de seus semelhantes, tem o indivíduo o direito de manter sua integridade e bem-estar psicofísicos com o objetivo de entre outros sentir-se um ser humano “normal”. Pode-se então afirmar que a saúde enquanto direito fundamental social também gera o direito individual de acesso à tutela da manutenção ou do resgate da integridade do corpo e da psique do ser humano, redundando-se na necessidade de se entender a saúde num contexto sistêmico: deve-se ter por parâmetro o homem no seu todo biopsicossocial, em seu contexto social em que está envolvido, assim como o seu desenvolvimento.²³⁰

Ser saudável é uma característica que exerce influência direta na maneira como o indivíduo se relaciona consigo mesmo e em sociedade. Assim sendo, atua diretamente em sua personalidade, em seu modo de ser, naquilo que o define como único em meio a todos os outros na comunidade onde vive. Por isso a necessidade de uma proteção jurídica fundada na dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, ser saudável é também poder exercer plenamente a titularidade dos direitos fundamentais e consequentemente dos direitos da personalidade: uma vez privado do regular e necessário exercício de direitos tais quais cidadania, integridade

²²⁸ CALVO, Adriana. **O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho:** o combate ao assédio moral institucional – visão dos tribunais trabalhistas. São Paulo: LTR, 2014, p.103.

²²⁹ ALMEIDA MARTINS, Maria da Conceição de. Factores de risco para a saúde psicossocial. In: **Millenium - Revista do ISPV**, junho, n. 29, 2004. Disponível em <www.ipv.pt/millenium/Millenium29/33.pdf>. Acesso em 30 mai. 2014.

²³⁰ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; ROSA, Fernanda da Silva Vieira. Diálogo das Fontes: A saúde mental enquanto direito fundamental e o dano psíquico puro. In: MOTTA, Maria Carolina Carvalho (org.); PALUMA, Thiago (org.). **Temas de direito constitucional**. Curitiba: Íthala, 2012, p. 153.

psicossomática, privacidade, identidade pessoal, liberdade de expressão e congêneres, é fulminado na sua própria existência e dignidade.²³¹

Não é demais lembrar o caráter plurívoco do conceito de saúde: além de não se restringir à mera ausência de doenças, conecta-se intrinsecamente ao bem-estar humano tanto internamente quanto em seu modo de relacionar-se com o ambiente físico e social onde está enquadrado, resultando deficiente qualquer ideia de saúde que não considere a relação harmônica entre o indivíduo e o meio em que vive. Vale dizer, portanto, que a concepção de saúde envolve necessariamente um equilíbrio entre fatores genéticos, biológicos, psicológicos e ambientais.

A dor, conforme se verá, não é sinônimo de sofrimento: a saúde psíquica enquanto direito fundamental deve ser promovida e protegida mesmo se cessada ou ausente a dor física, eis que a dor psíquica consubstanciada no sofrimento íntimo é autônoma e pode produzir efeitos indefinidamente.

3.1 A Autonomia da Saúde Psíquica: a necessidade de uma abordagem de amplitude transdisciplinar

A abordagem inicial produzida no estudo proposto teve como objeto a dignidade da pessoa humana. Para alcançar o conceito que na atualidade é referencial máximo e fundamento da ordem jurídica brasileira muito se caminhou. O reconhecimento da pessoa como um ser complexo, constituído de uma gama de elementos que lhe conformam foi imprescindível neste intuito. Atentando-se para as mais diversas necessidades humanas é que direitos de primeira, segunda e terceira dimensão foram consolidados, positivados gradativamente. Em um primeiro momento, ao homem deve ser garantida a liberdade e a autonomia. Numa fase posterior, reconhece-se a importância de que o Estado lhe garanta um mínimo para que possa viver dignamente, plenificando assim o exercício de sua personalidade. Após a marcante virada que os resultados da Segunda Grande Guerra ocasionaram esses direitos são conectados de forma irremediável ao conceito de dignidade humana, ampliando-se para alcançar também aqueles considerados indispensáveis a todos enquanto coletividade, quais sejam, direitos de terceira dimensão ou de solidariedade. Essa evolução em direitos caminha de modo conjunto à ampliação do entendimento acerca do ser humano.

²³¹ CAMARGO, José A. O direito à Integridade psicofísica nos direitos brasileiro e comparado. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 261-284, 2009.

Entretanto, o conhecimento que se vai adquirindo em sociedade e que conforma o pensamento hodierno acerca da pessoa não é exclusivo de uma área da ciência apenas.

Não obstante o caráter jurídico do presente trabalho, o conhecimento complementar trazido de outras searas científicas detém grande importância para que se desenvolva a análise da problemática proposta. Essa aproximação do Direito a outras ciências, assim como sua vinculação com a Moral contribui decisivamente para que se possa compreender a amplitude da saúde psíquica, sua influência direta na efetivação do direito fundamental da saúde, e, por consequência, na plenificação da dignidade da pessoa humana. Direito, Psicologia, Medicina, Sociologia, são áreas que têm como núcleo de atenção o ser humano e toda a complexidade que lhe envolve.

A pessoa é ser psíquico atuante, e a integridade que lhe deve ser garantida nessa seara engloba elementos a ela intrínsecos, tais como atributos de seu sentimento e de sua inteligência, pois que constitutivos do psiquismo humano.²³²

Assim, uma abordagem transdisciplinar é fundamental para sagrar o intento da pesquisa: dimensionar a importância da saúde psíquica enquanto elemento essencial do direito fundamental à saúde e a importância de sua efetivação para a concretização da dignidade da pessoa humana. Maria Helena Diniz preleciona:

A ciência é poderoso auxiliar para que a vida do homem seja cada vez mais digna de ser vivida. Logo, nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível. Realmente, de Hipócrates à época atual, com as Ordens de Médicos e os Conselhos de Medicina, consagrou-se a concepção válida para toda ciência: o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade.²³³

Nas palavras de Roberto Crema, “transdisciplinaridade, na sua acepção literal, significa transcender a disciplinaridade”.²³⁴ É a decisão de ruptura com a análise isolada através um ramo específico da ciência para buscar a unidade do conhecimento. Edgar Morin assevera que uma abordagem transdisciplinar não defende a dissolução das distinções, das especialidades e das competências. O que deve ocorrer é a organização do pensamento, do

²³² Ob. cit., p. 212.

²³³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

²³⁴ CREMA, Roberto. Além das disciplinas: reflexões sobre a transdisciplinaridade geral. In: WEIL, Pierre; D'AMBROSIO Ubiratan; CREMA, Roberto. **Rumo à nova transdisciplinaridade:** sistemas abertos de conhecimento. São Paulo: Summus, 1993, p. 131.

saber e do conhecimento de modo que ele se torne complexo.²³⁵ Assim se posiciona Edgar Morin:

De fato, a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional. Ela não quer dar todas as informações sobre um fenômeno estudado, mas respeitar suas diversas dimensões(...) não devemos esquecer que o homem é um ser biológico-sociocultural, e que os fenômenos sociais são, ao mesmo tempo, econômicos, culturais, psicológicos, etc.²³⁶

Edgar Morin assevera que a complexidade é o que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença dos aspectos físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e culturais de que os seres humanos são conformados. Um pensamento “simplificante”, que separa essas características e isola esses diferentes aspectos perfaz uma redução mutilante²³⁷. Por isso, segundo o autor, “é evidente que a ambição da complexidade é prestar contas das articulações despedaçadas pelos cortes entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entretidos de conhecimento.”²³⁸

Sobre a postura de Edgar Morin ao vincular transdisciplinaridade ao pensamento complexo é relevante trazer o argumento de Dinorah Sanvitto Tronca:

Morin sugere uma reforma de pensamento, diríamos uma revolução, por intermédio da complexidade, - que tanto pode ser entendida do ponto de vista da ruptura do paradigma das Ciências Humanas, como uma proposição epistemológica, quanto como uma utopia político-social. Uma reforma de pensamento e uma reforma intelectual são duas faces de uma mesma moeda. O pensamento complexo propugna a religação de todos os elementos de uma ciência fracionada. (...) Veria o homem como um sistema termodinâmico e informacional aberto, o que significa não ser possível percebê-lo fora de uma relação fundamental com seu ecossistema (meio ambiente) e metassistema (o conjunto organizado da vida e da Física).²³⁹

Em uma perspectiva transdisciplinar, Spagnuolo e Guerrini salientam que o ser humano deve ser visto enquanto um todo, no qual a soma de suas partes não traduz sua complexidade total. Assim, a saúde de um ente complexo deve ser reconhecida como um processo dinâmico, derivado do processo interrelacional e de interdependência entre as várias

²³⁵ MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Doria. 15 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 135-140.

²³⁶ Ob. cit. p. 177.

²³⁷ Ob. cit. p. 27-28 e 176.

²³⁸ Ob. cit. p. 176.

²³⁹ TRONCA, Dinorah Sanvitto. **Transdisciplinaridade em Edgar Morin**. Caxias do Sul: EDUCS, 2006, p. 11-12.

dimensões do ser.²⁴⁰ Vem ao encontro desse posicionamento a lição de Patrick Paul, salientando que “a nova complexidade pede para tecer os laços entre a genética, o biológico, o psicológico, a sociedade, com a parte espiritual ou o sagrado devendo também ser reconhecidos”.²⁴¹

Deste modo, a abordagem transdisciplinar exige uma síntese paradigmática entre todas as ciências envolvidas no estudo de um fenômeno determinado. Todas as disciplinas precisam ter uma concordância, um ponto comum sobre o objeto analisado.²⁴² Especificamente no que concerne ao estudo proposto, as ciências envolvidas possuem o ser humano como núcleo de sua atuação e desenvolvimento, o que justifica a abordagem transdisciplinar como mecanismo de alcançar a complexidade inerente à pessoa humana e ao tratamento de sua saúde psíquica enquanto elemento essencial do direito fundamental à saúde.

Finalmente, interessante que se atente para o fato de que a definição de saúde firmada pela OMS demonstra a necessidade da transdisciplinaridade na compreensão da amplitude de seu conteúdo: ao determinar que a saúde é bem estar físico, mental e social, invoca diversas áreas do conhecimento para compor seu significado. Abraçando o mesmo pensamento, a Declaração de Alma-Ata, assinada no Cazaquistão em 1978 e considerada como a primeira declaração internacional a enfatizar a importância da atenção primária em saúde desenvolve o conceito de intersetorialidade:

a efetivação do direito à saúde não incumbe de modo exclusivo ao “setor da saúde”, mas, diversamente, na medida em que compreendido como garantia de qualidade mínima de vida, depende da consecução de políticas públicas mais amplas, direcionadas à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo compromisso com as futuras gerações.²⁴³

Destarte, adotando a epistemologia transdisciplinar no desenvolvimento da pesquisa, torna-se imprescindível, na tentativa de mensurar a importância e a amplitude da saúde psíquica enquanto componente essencial do direito fundamental à saúde abordar,

²⁴⁰ SPAGNUOLO, Regina Stella; GUERRINI, Ivan Amaral. **A construção de um modelo de saúde complexo e transdisciplinar.** Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832005000100020>. Acesso em 27 de dezembro de 2014.

²⁴¹ PAUL, Patrick. **Visão Transdisciplinar na Saúde Pública.** Disponível em <<http://cetrans.com.br/textos/visao-transdisciplinar-na-saude-publica.pdf>>. Acesso em 27 de dezembro de 2014.

²⁴² ALMEIDA FILHO, Naomar de. **Transdisciplinaridade e o paradigma pós-disciplinar na saúde.** Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v14n3/04.pdf>. Acesso em 28 de dezembro de 2014.

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In PIOVESAN, Flávia (org.); GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas Essenciais:** Direitos Humanos: econômicos, sociais, culturais e ambientais. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 779.

inicialmente, as questões acerca da dor e do sofrimento que, não obstante não sejam diretamente vinculadas à ciência do Direito, estão intimamente atreladas à inteligência do conceito de saúde da OMS, que serve de paradigma para o estudo jurídico da temática.

3.2 Dor e sofrimento

A saúde, como se asseverou até aqui, é um conjunto de fatores que congloba bem estar físico, mental e social, e não a simples ausência de doenças. Esse conceito, firmado ao final da primeira metade do século XX, vem ao encontro da complexidade que envolve o ser humano, e demonstra a necessidade de que o Direito também atente para as nuances que lhe constituem.

As incontáveis significações atribuídas ao longo da história e as características de cada sociedade – desde provação necessária, função educativa, mal necessário para se atingir a um bem maior, punição, fatalidade, expiação necessária, entre outras – têm influência direta sobre a interpretação terapêutica e sobre a percepção do paciente, culminando no aumento ou na redução de sua capacidade de resistência.²⁴⁴ Contudo, conceitualmente a dor sempre foi entendida como uma sensação desagradável ou angustiante.

De fato, as variações de sentido dadas pela sociedade não são tão importantes quanto as consequências dessas mudanças de percepção sobre a experiência particular da dor: ao ser considerada como provação necessária, um mal precedente a um bem, castigo divino ou então uma fatalidade, altera também a percepção individual que o sujeito tem dela, o que por consequência aumenta ou diminui a capacidade de resistência de cada um. A interpretação acarreta uma crença que modifica as possibilidades fisiológicas de resistência: suportar a dor e o sofrimento implicaria em demonstrar coragem moral, domínio da alma sobre o corpo, heroísmo, força de vontade, resignação.

Neste ponto, torna-se relevante estabelecer a diferença existente entre dor e sofrimento: enquanto a primeira encontra-se na maioria das vezes vinculada ao desconforto físico, constituindo “impressão desagradável ou penosa proveniente de lesão, contusão ou estado anômalo do organismo ou de uma parte dele”, o segundo vincula-se “à mágoa, pesar, aflição, dó, compaixão”. Como características comuns oriundas da dor menciona-se a natureza sensorial, “a qualidade desprazerosa e o caráter subjetivo”, verificando-se ainda a

²⁴⁴ DRUMMOND, José Paulo. **Dor**: o que todo médico deve saber. São Paulo: Atheneu, 2006, p. 01.

tentativa de diferenciar a experiência física da moral na existência ou não de uma *lesão real* do organismo.²⁴⁵

Infira-se ainda que enquanto o vocábulo “sofrimento” tem uma conotação subjetiva, “dor” seria a respectiva objetivação tal qual se dá no *preium doloris*, em que se quantifica o sofrimento de acordo com o caso. A origem etimológica dos verbos dos quais são derivados os substantivos “sofrimento” e “dor” também demonstram a especialização de sentido: sofrer, de origem do latim *suffere*, relaciona-se a suportar, permitir, aguentar, verbos que exigem um sujeito animado, um indivíduo, uma pessoa. O verbo “doer-se”, por sua vez, significa sentir dor física, queixar-se, e poderia ser utilizado em uma construção onde houvesse um sujeito inanimado.

Segundo Roseline Rey, “*doleo*” podia ser usado para identificar uma parte dolorida do sujeito: eu sinto dor nos pés. Entretanto, quando a dor é intensa, durável, crônica, quando não se limita à parte dolente, quando não se identificam suas causas nem fatores físicos que a possam justificar, é o ser em sua unidade atingido pela dor e tem seu caráter por ela anuviado.²⁴⁶

As interpretações da dor e do sofrimento sofrem alterações ao longo da evolução histórica do mundo. Nas sociedades primitivas, a compreensão do tema tem como ponto referencial a magia: o corpo tomado por um demônio, um fluido dotado de características mágicas ou um objeto invisível como uma flecha ou um punhal amaldiçoados são explicações contumazes para a dor, que seria a expressão da presença de um mau espírito a atormentar o doente. Segundo Marc Schwob

Esta atitude é a base dos “tratamentos” aplicados pelos xamãs, os feiticeiros e os *homens-medicina* que tentam frequentemente aliviar o doente, provocando uma ferida – leve mas real desta vez – para fazer escapar o fluido ou o espírito do corpo que por ele tinha sido invadido. Essa percepção da dor persistiu no Ocidente até o aparecimento da medicina grega hipocrática. Até essa época, os Egípcios, os Assírios, os Hebreus e os Gregos primitivos (dos quais Homero) continuam a considerá-la como um sinal enviado pelos deuses ou por Deus, sobre os homens.²⁴⁷

Com efeito, somente a partir do século III a. C a compreensão de dor e sofrimento começou a ser reformulada: Hipócrates havia desmistificado o sofrimento, afastando-o do aspecto mágico sob o argumento de que significava um estado contrário à harmonia natural.

²⁴⁵ VOLICH, Rubens Marcelo. **Psicossomática**: de Hipócrates à psicanálise. 7 ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010, p. 261-262.

²⁴⁶ REY, Roselyne. **História da dor**. São Paulo: Escuta, 2012. p. 20-21.

²⁴⁷ SCHWOB, Marc. **A dor**. Lisboa: Piaget, 1994, p. 11-12.

Para Hipócrates, a dor constitui tão somente um desequilíbrio ocasionado por causas externas, como o ambiente, o clima, a dieta alimentar ou a humores do organismo. José Paulo Drummond preleciona que:

[...] os antigos gregos interessaram-se, intensamente, pelas questões da sensibilidade orgânica, sendo Alcmaeon o primeiro a afirmar que o cérebro, e não o coração, como se concebia então, e Aristóteles continuaria a dizer, era o centro das sensações e da razão. O pensamento de Hipócrates estava explanado no *Corpus Hippocraticum*, embora escrito por diversos autores em épocas diferentes, sendo de importância magna a teoria dos quatro humores: sangue, flegma, bile amarela e bile negra. A dor era o resultado de desequilíbrio quantitativo (discrasia) de um destes humores. O tratamento visava a restauração do equilíbrio, não sendo a cura da dor, mesmo que esta viesse a ser eliminada, o objetivo primordial da intervenção médica.²⁴⁸

Os primeiros cinco séculos depois de Cristo são marcados pela destruição organizada pela Igreja Católica de diversos textos gregos e romanos sobre os conhecimentos da medicina, em razão de considerá-los heréticos. Inobstante, o medievo tem como característica primaz as lições cristãs acerca da dor e do sofrimento, estendendo-se tal influência no Ocidente de modo a atuar de forma relevante na construção do pensamento relacionado à temática até a contemporaneidade: abandonou-se a noção grega da dor como sombra da felicidade, adotando-se a concepção cristã de dor enquanto caminho para o resgate dos pecados e consequentemente para a verdadeira felicidade.

Apesar de haver escassos registros sobre as efetivas providências medievais acerca do sofrimento, verifica-se que a Igreja absorveu o discurso da dor e o enquadrou em um sentido próprio, que consistia em aprender a suportá-la como um mecanismo de aproximação de Deus, de redenção: criou-se a ideia de merecimento da doença, no sentido de se tê-la como punição pela conduta contrária às leis de Deus. A questão do castigo, o merecimento inconsciente do sofrimento por algo de errado que se tenha praticado, a tolerância e a submissão, acrescidos da indiferença social ao sofrimento são características de uma sociedade que tem em suas raízes a sólida ideia de que o sofrimento é imposto a quem o merece.

No período renascentista, não houve muitos avanços diretamente ligados à terapia e interpretação da dor. Houve avanços genéricos tais quais o de Leonardo da Vinci, que relacionava a dor estritamente à sensibilidade táctil; Paracelso, que defendia o uso do ópio e outras ervas medicinais a ele aliadas e aplicação de eletroterapia, massagens e exercícios; Ambroise Paré, que argumentava acerca da necessidade do paciente suportar a dor, fato que

²⁴⁸ DRUMMOND, José Paulo. **Dor**: o que todo médico deve saber. São Paulo: Atheneu, 2006, p. 02.

teria influência direta na cura da enfermidade, traduzindo um “pensamento médico em que o estado de espírito ditava a marcha dos eventos mórbidos: um prenúncio da medicina psicossomática.”²⁴⁹

Por outro lado, o Renascimento deu importante contribuição à mudança de paradigma sobre o estudo da dor: em razão da influência exercida pelo protestantismo, a submissão à autoridade religiosa é substituída gradualmente pela exigência do conhecimento, do “ver para saber”, e tem-se a discreta retomada dos estudos do corpo humano via das dissecções cadavéricas.²⁵⁰

Em sentido oposto, Inácio de Loyola funda a Companhia de Jesus que, com as práticas embasadas em exercícios espirituais, desenvolve mecanismos de exame de consciência, meditação, contemplação e orações, colocando alma e corpo sem qualquer restrição a serviço de Deus. Loyola tem na dor uma experiência que ocupa lugar de importância no processo:

Trata-se de tornar a dor do pecado sensível por meio da penitência exterior, que é um fruto da primeira e que se traduz por preceitos rigorosos com relação à alimentação, ao sono e ao corpo: “ela consiste em provocar uma dor sensível, carregando cilícios, cordas, correntes de ferro sobre a carne”; cumprindo penitências, ferindo-se, praticando outros tipos de austeridades. O que parece ser mais conveniente e o menos perigoso nesta experiência, é que a dor só seja sensível à carne, e que nunca penetre até os ossos, de modo que a penitência cause dor e um pouco de incômodo. Assim, parece mais conveniente utilizar chicotes feitos com pequenas cordas que podem causar dor exteriormente, mas evitando tudo que poderia causar interiormente uma enfermidade grave.²⁵¹

No final do século XVII, o pensamento de Montaigne inova ao afastar o discurso sobre o corpo da postura exclusivista de médicos e especialistas interessados na higiene corporal, nas atividades físicas e esportivas, aproximando a percepção do corpo vinculada à carga de prazeres e de sofrimentos que ele causa. Floresce aí um novo relacionamento do indivíduo com o corpo, que não é mais compreendido como simples envoltório de carne que aprisiona a alma nas imundícies mundanas: não é mais a visão do corpo transfigurado pelo sofrimento para aproximar-se do Cristo, nem aumentado em razão da beleza e do prazer que esta pode proporcionar.

²⁴⁹ Ob. cit., p. 03.

²⁵⁰ Ob. cit., p. 03-04.

²⁵¹ REY, Roselyne. **História da dor**. São Paulo: Escuta, 2012, p. 79.

Montaigne apresenta um corpo “assumido na verdade de suas sensações, em sua mistura de dores e de alegrias, em sua humildade cotidiana e sua mediocridade”.²⁵² O desejo imiscuído nessa postura é o do conhecimento pleno do objeto de estudo, o que torna o estudo uma obrigação moral à qual se acresce a exigência humanista do livre exame, com o consequente afastamento da submissão ao pensamento religioso.

Na Idade Clássica, não obstante o racionalismo e o desenvolvimento das ciências verificado, os estudiosos terminam por limitar a dor em classificações formais em razão de um caráter excessivamente descritivo adotado pelos estudos de Medicina. Entretanto a descoberta do mecanismo da circulação sanguínea em 1628, feita por Harvey demarca um referencial de grande importância: a cada nova descoberta científica, fica mais afastado o pensamento mágico e as explicações acerca dos acontecimentos do corpo vinculados a forças ocultas. Embora ainda se possa verificar na atuação científica uma influência religiosa que coloca o controle da dor como temática de menor importância, emerge nessa fase a convicção de que o dever do médico consiste em aliviar o desconforto mesmo em situações em que curar a enfermidade não seja viável.

Um dos marcos de maior importância nesse período é a teoria cartesiana, segundo a qual a dor constitui-se em uma forma de reconhecer a união entre corpo e alma. A teoria de Dèscartes parte da análise da dor relatada em membros fantasma, especificamente do caso de uma mulher que clamava por sentir dores intensas no braço e antebraço que já lhe haviam sido amputados. Adotando posicionamento anteriormente abraçado por Ambroise Paré, Dèscartes identificou na reiterada presença das dores oriundas de membros que sequer existiam a prova inconteste de que tais dores não seriam sentidas pela alma tal qual estivesse localizada na mão, mas sentidas como se estivesse no próprio cérebro.²⁵³

Essa observação de Dèscartes leva à constatação de que a dor é uma percepção da alma e que pode ser decorrente da ação de causas externas ao corpo, ou em razão de razões do próprio corpo: para o teórico, corpo e alma influenciar-se-iam reciprocamente no que Dèscartes denominaria de interacionismo. O pensamento cartesiano abriu espaço para pesquisas que tratavam acerca das funções cerebrais que tinham por objetivo demonstrar que a dor era uma sensação específica.

Assim, o que se depreende desse período histórico como evolução na interpretação da dor é que ainda que as convicções religiosas exerçam influência no pensamento, as obras médicas coadunam com o desejo do paciente: a busca de alívio para o

²⁵² Ob. cit., p. 80.

²⁵³ Ob. cit., p. 101-102.

desconforto que ela gera. Ao médico cabe a missão de estancar a dor, ainda que não consiga a cura de seu paciente.

Causada por maldições, forças ocultas, pela expurgação de pecados ou por uma atuação específica do cérebro, fato era que a dor se relacionava exclusivamente ao corpo. Entretanto, a questão do sofrimento em si não fora até então enfrentada em profundidade.

A doutrina iluminista, mais especificamente a partir da metade do século XVIII, é responsável por uma sensível mudança da mentalidade social e científica, muito por razão do processo de “descristianização da sociedade”, o que tem como consequência o desenvolvimento de um pensamento laico racionalista e a separação entre ciência e metafísica: se a doutrina cristã identificava a dor mais como um estado de angústia e aflição de ordem moral do que propriamente um traumatismo físico embora localizado no corpo – tanto o é que na Bíblia citações como queimaduras nos ossos e cansaço extremo são expressões essencialmente da dor moral ou do reflexo da dor na personalidade e no psiquismo, bem como termos ligados a um desconforto que não é corporal, tais como desgosto, desespero, aflição, são frequentemente utilizados nos textos bíblicos -, no Renascimento a dor perde essa identidade moral e passa a ser considerada tão-somente um evento físico, intimamente relacionado ao organismo e psiquismo humano. Posto de outra forma, origina-se uma espécie de laicização da dor, onde esta é abordada em nível médico fora da questão do pecado, do mal e da punição, e passa a ser relacionada à avaliação entre a qualidade de vida e o preço do sofrimento imposto.²⁵⁴

No século XIX, o manejo da dor através do isolamento das substâncias ativas do ópio e da morfina aplicados em larga escala após o desenvolvimento da seringa hipodérmica com agulha ainda na primeira metade do século constituem passos emblemáticos no controle da dor. Ainda, a utilização do éter como analgésico também data desse período, e em 1874 tem-se a substituição dessa substância por clorofórmio por ser mais confortável para o paciente e mais controlável para o médico.

Outrossim, a dor readentra no âmbito da personalidade graças aos progressos conjuntos, por um lado dos bioquímicos, os investigadores que trabalham sobre as drogas analgésicas, e por outro lado por um então médico desconhecido de Viena, neurólogo de formação, com teorias revolucionárias sobre o psiquismo. Seu nome: Sigmund Freud.²⁵⁵

Freud se interessou pelas particularidades que envolvem as relações existentes entre dor, desprazer e angústia, desde os primeiros estudos que desenvolveu e ao longo de sua

²⁵⁴ DRUMMOND, José Paulo. Ob. cit., p. 04-05.

²⁵⁵ SCHWOB, Marc. Ob. cit., p.54-55.

obra: ao destacar a natureza traumática de uma experiência de perda, define a dor como “a verdadeira reação à perda de objeto”, enquanto que a angústia seria “uma reação à ameaça de que esta perda se produza”. Argumenta em seu estudo que “não pode ser desprovido de sentido que a linguagem tenha criado o conceito de dor interna, psíquica, assimilando completamente as sensações de perda de objeto à dor corporal”, enfatizando que “o *paradigma da experiência dolorosa é a dor corporal*”, enquanto que a dor psíquica corresponderia a uma “*apropriação metafórica* dessa experiência.²⁵⁶

No século XX, percebe-se maior avanço na técnica de contenção e analgesia da dor: o tratamento da dor crônica como doença e não como sintoma e a popularização de técnicas de bloqueio de plexos para finalidades terapêuticas são marcos referenciais na evolução da interpretação do tema.

Em 1945, Beecher trata o tema sob um viés biopsicossocial, argumentando que a dor não está necessariamente vinculada a um proporcional dano tecidual, e que determinados fatores psíquicos teria o condão de modificá-la e desencadeá-la.²⁵⁷ O paradigmático entendimento força a medicina a suplantar o campo físico e a reconhecer o âmbito psicológico como igual fonte de localização da dor: passa-se a se admitir que, da mesma forma que dor física remete o indivíduo às mais rudimentares experiências de desamparo, o sofrimento psíquico como angústia e depressão é capaz de provocar sensações corporais, difusas ou localizadas.

Manoel Tosta Berlink também aborda a questão, acrescendo a temática da depressão às da dor e da angústia:

Enquanto a dor responde a ameaças do aqui e agora, a angústia, na sua manifestação como ansiedade, se refere a ameaças futuras e a depressão está voltada para o passado e para um espaço que não é o do aqui e agora. Há, na depressão, na dor e na angústia sensações que incidem espetacularmente no corpo, mas que são sempre psíquicas, que são inscrições do tempo na carne do humano, frágil e desamparada, que solicita constantes cuidados que atentam a insuficiência diante de ameaças que colocam a existência em permanente perigo. Dor e angústia unem-se à depressão que, nas belas palavras de Pierre Fédida “é uma figura do corpo. Figura cuja expressividade é desenhada ao vivo na impressão de um rosto sensível como um espelho, no peso estirado ou tenso dos membros, na visibilidade aguda e dolorosa da pele” (Fédida, 1999).²⁵⁸

²⁵⁶ VOLICH, Rubens Marcelo. **Psicossomática**: de Hipócrates à psicanálise. 7 ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010, p.271-272.

²⁵⁷ KARLIS, Ivan Pinheiro. FERREIRA, Ricardo Corrêa. **a dor**: uma experiência na história. Disponível em: <<http://sbhm.webnode.com.br/news/a%20dor%3A%20uma%20experi%C3%AAncia%20na%20historia/A>>. Acesso em 19 de junho de 2014.

²⁵⁸ BERLINCK, Manoel Tosta. A Dor. In: BERLINK, Manoel Tosta (org.). **Dor**. São Paulo: Escuta, 1999, p. 10-11.

Denota-se então a atribuição de importância ao aspecto psíquico do ser humano enquanto nascedouro da dor. Nesse sentido, Berlink aborda a teoria freudiana acima mencionada tecendo um alerta à pouca importância dada para certos tipos de dores e suas causas:

Dada a proximidade da dor com a depressão e a angústia que se observa na clínica psicoterapêutica e considerando que ela mesma é um dos fenômenos próprios do psiquismo humano, a psicanálise pode contribuir para a sua compreensão. O próprio Freud, em “Tratamento psíquico (ou mental) (1905) (1969) observa que *“ao formar um juízo sobre as dores, que se costuma considerar como fenômenos físicos, em geral cabe levar em conta sua claríssima dependência das condições anímicas. Os leigos, que de bom grado reúnem tais influências anímicas sob o nome de ‘imaginação’ costumam ter pouco respeito pelas dores decorrentes da imaginação, em contraste com as que são causadas por lesões, doenças ou inflamações. Mas isso é evidentemente injusto: qualquer que seja sua causa, inclusive a imaginação, as dores em si nem por isso são menos reais ou menos violentas”*.²⁵⁹

Conforme entende Schwob, hodiernamente estudos demonstram a subjetividade na interpretação da dor quando comparados grupos étnicos, homens e mulheres, jovens e idosos, bem como apontam em suas conclusões a relevância do afeto enquanto necessidade principal de vários grupos de doentes.²⁶⁰ Destarte, inegável é a ação dos aspectos socioculturais na vivência e interpretação da dor, muito mais do que em sua percepção, e a influência desses fatores na elaboração e molde ulterior da personalidade.

Desta forma, compreender o sofrimento e suas nuances é um processo de importância fundamental no alcance do tratamento daqueles que se esquivam do convívio social em razão de determinados traços e características físicas que lhe são desconfortáveis. A efetivação do direito fundamental à saúde somente pode ocorrer de forma plena quando há sensibilidade para a detecção das consequências dessas impressões dolorosas na saúde psicofísica do indivíduo e, consequentemente, na conformação de sua personalidade.

Com efeito, toda a dor é subjetiva, individual e intransmissível, sendo a expressão demonstrada pelo dolorido o único ponto de contato com o universo externo. Nesse sentido, o sofrimento humano explicita uma determinada experiência emocional vivida em uma situação específica: a dor, qualquer que seja seu fundamento, exprime-se, assim como qualquer outra

²⁵⁹ BERLINCK, Manoel Tosta. A dor. In: BERLINK, Manoel Tosta (org.). **Dor**. São Paulo: Escuta, 1999, p. 8-9.

²⁶⁰ SCHWOB, Marc. Ob. cit., p.63.

emoção, na forma de uma série de comportamentos verbais e físicos reconhecíveis em sociedade.

Dor e sofrimento colocam em xeque um padrão de comportamento social responsável por fixar as regras de sua expressão exterior e de sua adequação à experiência particular vivida, quer no núcleo familiar ou na individualidade. Roselyne Rey ensina que:

[...] a dor tem sempre uma linguagem, mesmo que esta última seja apenas um grito, um soluço, uma contração de fisionomia, e ela é ao mesmo tempo uma linguagem: por esta razão ela se insere nas normas do lícito e da transgressão, entre o que podemos deixar transparecer e o que é preciso calar ou esconder, normas e códigos que dependem da formação cultural da sociedade em que elas se encontram. [...] Assim como não existem folhas com a mesma tonalidade de verde, não há duas dores exatamente semelhantes, e isto para o mesmo sujeito, em diferentes momentos de sua existência: as experiências anteriores de dores análogas, a lembrança que amplifica ou atenua, o estado de espírito no momento em que sobrevêm a dor constituem fatores que modificam o modo de perceber e de suportar a dor: assim a experiência da dor é marcada pelo carimbo da subjetividade.²⁶¹

É a mensagem daquele que sofre que exterioriza o impacto da dor sobre a pessoa. De ordem física, moral e psíquica, este impacto envolve passado e futuro pelas ressonâncias que a dor evoca ao passado do indivíduo e das apreensões e medos que pode provocar com relação ao futuro. Essas características tornam cada dor única e inerente a um indivíduo em especial. “Fenômeno neuropsicológico, a dor é ao mesmo tempo uma emoção intemporal e uma sensação cruelmente presente.”²⁶²

Destarte, a dor tanto pode ser relacionada a um evento meramente físico como relacionar-se intimamente, entre outros, a um descontentamento, frustração, agonia, constrangimento ou congênere:

Se, numa consulta de clínica geral, dois terços dos pacientes que apresentam uma lesão orgânica se queixam de dores, mais da metade dos pacientes que sofrem de distúrbios psicológicos também se queixam. Ter dores distingue pois as pessoas doentes das saudáveis, mas a dor não significa obrigatoriamente a existência de uma causa orgânica. Se a dor é frequentemente uma estimulação nociceptiva, ela é na maior parte das vezes um epifenômeno, o resultado de toda estimulação interna ou externa responsável por um sofrimento de origem física, nervosa ou psíquica e, o que é mais importante, faz parte de um contexto. Numerosos factores psicológicos relacionais e psicossociais representam um papel fundamental em toda a experiência da dor. Para qualquer médico que trate uma pessoa com dores, é essencial a procura do significado da dor e do que ela

²⁶¹ REY, Roselyne. Ob. cit., p. 22-23.

²⁶² SCHWOB, Marc. Ob. cit., p.65.

representa para a pessoa. Aqui o papel do psiquiatra é fundamental, que seja como conselheiro ou como participante numa consulta multidisciplinar antidor. A pessoa com dores crónicas não sente a dor, ela é a dor. A dor refere-se mais ao corpo vívido, psíquico, do que ao corpo físico, com o qual o médico, pessoa exterior, se preocupa. Cada pessoa tem uma representação pessoal individual, única e subjetiva deste corpo psíquico que aparece como o único objecto real de preocupação. Para a pessoa com dores, estar em relação com o seu próprio corpo significa estar a um nível de percepção contínua de si mesma, e a dor torna-se então sofrimento.²⁶³

Assim, do ponto de vista analítico, não há diferenças que se possam elencar entre dor física e dor psíquica: há conceitos que distinguem uma de outra, mas ambas partem do entendimento unitário de dor. Nesse sentido, Juan David Nasio bem observa que “os cientistas reconhecem não saber o que é uma emoção dolorosa. Sabem responder à pergunta ‘Como se produz uma dor?’, mas não sabem dizer o que é sentir uma dor no corpo e no espírito. Distinguem sensação dolorosa e emoção dolorosa”.²⁶⁴

Fato é que existem pontos congruentes entre dor física e dor psíquica. Juan David Nasio afirma sua surpresa ao descobrir as dúvidas e interrogações dos cientistas da International Association for the Study of Pain (Iasp) acerca da incidência do psiquismo na neurofisiologia da dor:

[...] sem conseguir explicar-se formalmente, eles consideram o fator psíquico uma das principais causas da emoção dolorosa, cujos mecanismos continuam inexplorados. Especificamente, consideram que esse fator desconhecido seria também o responsável por uma dor corporal muito atípica, qualificada de “psicogênica”, isto é, de origem exclusivamente psíquica. Trata-se de uma sensação dolorosa efetivamente sentida pelo sujeito, mas sem nenhum motivo tangível que a explique. [...] a dor seria uma “experiência sensorial e emocional desagradável, associada a uma lesão tissular real ou potencial, ou ainda descrita em termos que evocam essa lesão”. [...] Mais do que uma sensação, ela é emoção, e até uma emoção que pode nascer sem lesão tissular responsável: “uma experiência... descrita em termos que evocam essa lesão”. Vemos como essa definição reconhece a existência de uma dor real, isto é, concretamente sentida e deplorada pelo paciente, mas sem ter, necessariamente, uma agressão orgânica que a justifique.²⁶⁵

Portanto, verifica-se a possibilidade de existência de uma dor apenas no plano da vivência e na queixa pela qual é exteriorizada: uma dor intensa pode ter sua origem inevitavelmente vinculada ainda que temporariamente a um transtorno do “eu” e, uma vez

²⁶³ Ob. cit., p.81.

²⁶⁴ NASIO, Juan David. **A dor física:** uma teoria psicanalítica da dor corporal. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 51-52.

²⁶⁵ Ob. cit., p. 09-11.

fixada no inconsciente, poderá reaparecer sob condições penosas e de difícil explicação na vida cotidiana.

O mecanismo de funcionamento da dor quer seja ela corporal causada por alguma lesão física ou originada de um trauma psicológico, pode ser dividido em três etapas iniciando-se com uma ruptura que aciona uma comoção psíquica e desencadeia uma reação defensiva com o objetivo de rejeitar a comoção. Em cada uma dessas fases um dos aspectos típicos da dor tem proeminência.

Da mesma forma que o impacto externo e local fixa no sujeito a imagem do local ferido e dolorido, a violência da comoção também deixa suas marcas. Juan David Nasio salienta que

[...] mais uma vez, trata-se da formação de uma imagem, mas muito diferente da imagem imediata e local cunhada instantaneamente fora da lesão. O abalo interno é tão transtornador e doloroso que seu impacto imprime uma imagem não apenas na memória comum (lembrança) mas no solo do inconsciente, que também é memória, uma memória completamente diferente. De fato, o inconsciente encerra o passado, mas não o reflete na superfície da consciência. Assim, a dor da comoção fica marcada no inconsciente, mas seus retornos assumirão outras formas além da lembrança exclusiva de um episódio infeliz.²⁶⁶

Não raras vezes, a vítima de um trauma recorda-se de detalhes do acontecido e de igual forma vivencia continuamente as sensações de desconforto insuportáveis experimentadas, assumindo inconscientemente uma postura de medo de ser agredido novamente. O sofrimento vivenciado ressurge em regra de maneira inesperada, em lugar diverso da memória consciente: pode aflorar como uma dor psicogênica, inexplicável, ou então no corpo, através de manifestações psicossomáticas. Por fim, pode surgir na consciência, transmutada em outro sentimento tão massacrante quanto a culpa e até transfigurada em um comportamento de fracasso.²⁶⁷

Entretanto, mais interessante é a abordagem que o autor faz quando comenta o terceiro estágio da dor, que se relaciona ao momento defensivo, de rejeição do sofrimento. A adequação do corpo que anteriormente foi mencionada na imposição da sensação de desconforto, angústia ou dor física pode se exteriorizar também em forma de uma defesa ativa. Toda a energia é direcionada para o ferimento na tentativa de curar-se sozinho, o que somente fará com que o sujeito sofra ainda mais. “A dor corporal não se deve mais apenas a

²⁶⁶ Ob. cit., p. 21.

²⁶⁷ Ob. cit., p. 22.

uma lesão e ao transtorno que a acompanha, mas também ao imenso esforço do eu para defender-se contra esse transtorno”.²⁶⁸

Quando o indivíduo vê-se privado de seu corpo íntegro ocorre um excesso de investimento afetivo para o local exato onde ocorreu a lesão ou a agressão. Esse excesso compensatório acaba por traduzir-se em dor. Assim é que um determinado aspecto ou característica que cause frustração, tristeza, angústia na pessoa acaba por se tornar o foco de toda sua atenção e cuidado, o que termina por potencializar o sofrimento. Segundo Juan David Nasio

[...] quer se trate da dor corporal provocada pelo investimento excessivo da representação do local lesado, quer se trate da dor psíquica provocada pelo investimento excessivo da representação do objeto amado e perdido, estamos em ambos os casos diante do mesmo fenômeno. *A dor é gerada pela valorização excessivamente forte da representação em nós da coisa à qual estávamos ligados e da qual estamos agora privados; seja ela uma parte do nosso corpo, seja ela o ser que amamos.* Assim, a dor física é a expressão sensível de uma superestimação reativa da representação da parte ferida do corpo, e a dor psíquica, a expressão sensível de uma superestimação igualmente reativa da representação do objeto amado e perdido. [...] a dor não é apenas um fato fisiológico, mas, acima de tudo, um fato de existência. Não é o corpo que sofre, é o indivíduo por inteiro. A dor não é apenas a medida de uma lesão ou de uma afecção, mas o encontro íntimo entre uma situação potencialmente penosa e um homem imerso numa condição social e cultural, tendo sua história própria, uma psicologia que só pertence a ele.²⁶⁹

Como mencionado em ocasião anterior, a dor tem suscitado diversas interpretações. Entretanto, há dois pensamentos originais que persistem com relação ao seu entendimento: há uma dignidade humana inerente ao indivíduo e outra postiça, que lhe é atribuída por diversos fatores: enquanto a dignidade artificial ou postiça já era atribuída ao homem em decorrência de seu *status* e vinculava-se a uma condição de poder, a interpretação da dignidade intrínseca decorre de dois grandes pilares - a vida e o exercício de uma inteligência reflexiva, criadora e simbolizadora -,²⁷⁰ característica que atua na identidade do indivíduo enquanto ser único em meio aos demais e, ainda, no processo de interrelação social.

Essa também é a linha de argumentação desenvolvida por Antonio Junqueira de Azevedo e adotada neste trabalho, segundo a qual da condição *sine qua non* da dignidade - a intangibilidade da vida humana – decorrem três consequências, consistentes no respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana, o respeito às condições mínimas de vida e,

²⁶⁸Ob. cit., p. 36-40.

²⁶⁹Ob. cit., p. 58.

²⁷⁰ SERRÃO, Daniel. **Dor múltipla:** a dor e a dignidade humana. Disponível em <<http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=73>>. Acesso em 18 de junho de 2014.

ainda, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens.²⁷¹

A dor, segundo Daniel Serrão, é uma vivência que interfere diretamente nas duas bases da dignidade humana, pois ataca o corpo vivo e afeta a inteligência emocional e a inteligência lógica abstrata. “Sempre o souberam os homens e sempre souberam usar a relação da dor e do sofrimento com a dignidade humana, para construírem estruturas de poder, de dominações de uns homens sobre os outros.”²⁷²

A intrínseca ligação entre dor e dignidade relaciona-se ao pensamento do outro – reconhecimento – importante na manutenção da autoestima e, com ela, a autoconsciência da dignidade pessoal²⁷³. Com isso confirma-se o argumento de precedência da dignidade ao Direito, sua dimensão ontológica e, ampliando-se o alcance do conceito, sua conexão necessária às relações sociais:

A percepção pessoal da dignidade humana pode ser afetada pela dor, e principalmente, pelo sofrimento, com ou sem dor física. Mas a vivência pessoal do sofrimento pode gerar, na autoconsciência, respostas reforçadoras da autoestima que podem até, por defeito, conduzir a dignidades postiças, como a de vencedor, de herói ou de mártir; é o que sucede com os jovens palestinos que amarram à cintura os explosivos e avançam fanaticamente para o sofrimento e a morte [...].²⁷⁴

Portanto, dor é um fenômeno complexo e de grande amplitude: dado que o entendimento hodierno vincula a configuração da saúde ao bem-estar psíquico e físico do ser humano, segue-se que a dor é uma perturbação que abrange o ser humano não apenas em sua dimensão somática mas o alcançando em seus aspectos biopsicossocial e espiritual. Absolutamente vinculadas à plenitude da saúde em razão de sua relação direta ao elemento psíquico, dor e sofrimento são nesse sentido fatores conexos à efetivação da dignidade da pessoa humana.

A saúde psíquica tem um caráter autônomo na medida em que pode ser não só visualizada distintamente da saúde física como também pode ser separadamente ofendida. Posto de outra forma, pode o indivíduo cuidar de sua integridade física com a finalidade de se

²⁷¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (org.). **Estudos e pareceres de direito privado:** com remissões ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva: 2004, p. 14-15. Para maior aprofundamento acerca da teoria de Antonio Junqueira de Azevedo sugere-se a leitura do item 1.2.2 do presente trabalho, intitulado “Dignidade humana enquanto vetor de concretização do mínimo existencial: a confirmação do vínculo indissolúvel com os direitos fundamentais”.

²⁷² SERRÃO, Daniel. Ob. cit.

²⁷³ Ob. cit.

²⁷⁴ Ob. cit.

atingir a higidez e completude psíquicas, e bem assim pode a pessoa humana sofrer um dano à sua completude psíquica sem que para isso seja vítima de um dano físico.

É nesse sentido que as ciências da saúde tratam da integridade psíquica, identificando-a com contornos e características próprias e a distinguindo destarte da integridade física, realçando-se assim os dois componentes elementares do direito fundamental à saúde - o físico e o psíquico – bem como exteriorizando seu reflexo no elemento correlacional humano.

3.3 Integridade psíquica

A integridade psíquica é conhecida no ramo da psicanálise como *estrutura do sujeito*. Tal estrutura tem sua construção ao longo da existência humana, e possui características anímicas que predispõem a pessoa a relacionar-se afetivamente, profissionalmente, desenvolver talentos artísticos e lúdicos na convivência com seus semelhantes.

A integridade psíquica de cada um, à sua maneira, tem por objetivo buscar a efetivação de seus prazeres, ou seja, da felicidade. Assim, os valores morais, princípios éticos ou religiosos, a capacidade afetiva emocional, o autoconceito, a autoimagem, o respeito próprio ou sentimento de autoestima são componentes da integridade psíquica da pessoa e constituem um complexo de bens ideais que, somados, determinam o caráter e a personalidade do indivíduo, que o caracterizam como um ser humano único.²⁷⁵

Outrossim, a integridade psíquica possui íntima ligação com o ser humano enquanto titular de personalidade. Isso se verifica principalmente em situações relacionadas à manifestação de vontade na seara jurídica, cuja regular produção de efeitos para ser válida necessita de o agente haver procedido em plena posse de suas faculdades psíquicas e mentais - ou seja, higidez psíquica.

Nesse sentido, o direito à integridade psíquica, obrigação constitucional do Estado, constitui-se, segundo José A. Camargo, da:

[...] faculdade conferida pelo sistema jurídico de conservar-se (a pessoa) integro e perfeito, desenvolvendo-se normalmente sem sofrer qualquer diminuição. [...] o direito à vida envolve a integridade psicofísica, punindo a lei os ilícitos que danifiquem o corpo, a mente, a consciência emocional, “tipificando o delito de lesões corporais de um modo tão amplo que

²⁷⁵ ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. **Dano moral puro ou psíquico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 25.

compreende o sofrimento físico, o prejuízo à saúde e as perturbações às faculdades intelectuais”.²⁷⁶

Também nesse sentido e inspirando-se no pensamento de Antonio Chaves, Elisabete Aloia Amaro afirma que:

[...] o direito à integridade psíquica tem por principal finalidade a proteção do indivíduo contra os atentados praticados contra a sua psique, principalmente quando o sujeito “manifesta sintomas de anormalidade”. Além de perigoso, é arbitrário, e no limite pode até mesmo assumir a atitude de instrumento de repressão dirigido a levar a efeito uma modificação das ideias do paciente, cometendo violência com relação às suas convicções religiosas, políticas, sociais, filosóficas”, a célebre “lavagem cerebral”.²⁷⁶

Ao ser compreendida como direito fundamental da pessoa, a integridade psíquica tem como princípio o emprego de todos os instrumentos existentes para vencer ou aliviar a dor. Observa-se aqui o fundamento da indisponibilidade da saúde em seu mais amplo aspecto constitucional.²⁷⁷

Inspirado em Antonio Chaves e em Rita de Cássia Curvo Leite, José A. Camargo afirma que a concretização da dignidade e da autoestima exige o reconhecimento dos valores da individualidade da pessoa, muito além da saúde física, emocional e mental, que é mais do que a simples ausência de enfermidades:

O viver não está alienado do pensar, transitando de um processo interior (sua intimidade) a um processo exterior (o que manifesta), de modo que sejam reconhecidos, garantidos e respeitados todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana. O seu contorno individual está nas suas diversas expressões, acrescentando-lhe, inclusive, valores como o sentimento, a inteligência, vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade.²⁷⁸

Daí depreende-se a complexidade que envolve a pessoa humana e o sem número de nuances conformadoras de sua personalidade. A integridade psíquica, inquestionavelmente, encontra-se nesse rol de elementos fundamentais à plenificação da dignidade.

²⁷⁶AMARO, Elisabete, Aloia. **Direitos privados da personalidade:** a psique. Disponível em<<http://atualidadesdodireito.com.br/elisabeteamaro/2011/08/10/direitos-privados-da-personalidade-a-psique/>>. Acesso em 01 de julho de 2014.

²⁷⁷RODOTÀ, STEFANO. **La vida y las reglas:** entre el derecho y el no derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 250.

²⁷⁸CAMARGO, José A. Ob. cit., p. 261-284.

Como expressões de comprometimento dessa integridade assegurada constitucionalmente, afetando de forma determinante a concretização da vida digna estão o dano psíquico e a baixa autoestima do indivíduo – esta última como ponte para toda uma sorte de transtornos psíquicos dela decorrentes –, demonstrações inequívocas de como dor e sofrimento, pela extremada influência que exercem sobre o elemento da saúde psíquica, guardam relação estreita com a efetivação do direito fundamental à saúde.

A título de exemplo, explanar-se-á sobre duas situações que bem ilustram os dois extremos da saúde psíquica (ofensa e promoção): de um lado o fenômeno do bullying, externando seus viés devastador e total interferência no exercício pleno da personalidade; de outro, a cirurgia plástica estética como meio para o resgate da autoestima e consequente restabelecimento da saúde psíquica da pessoa. A intenção da abordagem é demonstrar o quanto amplo se desenha o conteúdo do direito à saúde psíquica e a importância de um olhar mais atento às nuances delicadas de sua conformação, para que de fato se possa alcançar a efetivação do direito fundamental à saúde.

3.3.1 Dano psíquico: o bullying como exemplo de agressão direta à saúde psíquica

Entende-se por dano psíquico toda ofensa ao universo mental e às faculdades morais e intelectuais do ser humano, gerando neste resultados irreversíveis ou, se reversíveis, sê-lo-iam a muito custo: o ofendido sofreria um prejuízo tal que incutiria em sua alma e emoções sequelas permanentes ou no mínimo de longa duração, em razão de evento traumático desencadeado. Luiz Carlos Goiabeira Rosa e Fernanda da Silva Vieira Rosa assim identificam sua ocorrência:

o dano psíquico configura-se quando um evento danoso causa à vítima trauma capaz de gerar modificação prejudicial no comportamento do ofendido, uma extrema introspecção afetiva ou prejuízo e dificuldade na sociabilidade e adaptação do lesado às situações cotidianas, tais quais as atividades habituais e laborativas: há um prejuízo de ordem emocional, irradiando-se para a intimidade mental e física do indivíduo e resultando em traumas emocionais que inibem e dificultam, quando não impedem, a vida em sociedade.²⁷⁹

²⁷⁹ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. ROSA, Fernanda da Silva Vieira. Diálogo das fontes: a saúde mental enquanto direito fundamental e o dano psíquico puro. In: MOTTA, Maria Carolina Carvalho (org.); PALUMA, Thiago (org.). **Temas de direito constitucional**. Curitiba: Íthala, 2012, p. 149.

Infira-se que o dano psíquico não se origina invariavelmente de uma lesão física: pode-se ter perturbada a integridade psíquica sem ter prejudicada sua integridade física, tal qual se dá no *bullying* – o que será comentado oportunamente.

Bem assim, o dano psíquico não necessariamente é consequência de uma humilhação ou agressão à honra, tal qual o dano moral genérico: pode ser autônomo, bastando para sua configuração a existência de um estresse pós-traumático na vítima a ponto de, entre outros, causar-lhe distorções e alterações emocionais que lhe impeçam de desenvolver normalmente a vida do ponto de vista psicossocial. Posto de outra forma: o dano psíquico seria algum evento exterior que causaria uma ferida incurável ou dificilmente sanável na psique do ofendido, agredindo-lhe a integridade psíquica de tal forma a impedi-lo de exercer normalmente sua vida tal qual antes do evento danoso, sem que para isso haja ofensa à honra.

Para tanto, a identificação do dano psíquico puro inicia-se não pela constatação de ofensa à honra mas pela apuração do fato causador do trauma, conhecido por “estressor traumático”: um fato real ou iminente objetivamente causador de um fundado e intenso temor de dano à integridade psicofísica, como se dá no roubo, estupro, sequestro e congêneres. Ato contínuo, na apuração do dano psíquico puro analisa-se o comportamento do ofendido após o evento danoso para se apurarem mudanças psicossociais negativas em seu comportamento – isto é, apura-se a mudança de sociabilidade, tranquilidade ou irritabilidade entre outros -, e assim se identifica o que se convencionou denominar Transtorno de Estresse Pós-traumático: uma série de reações que geram sofrimento ao indivíduo, principalmente reações de ansiedade, desencadeadas pela lembrança da exposição a um evento trágico, traumático para a pessoa.²⁸⁰

Então, o dano psíquico restaria caracterizado ao se verificarem desconforto e frustração em decorrência dos traumas causados pelo evento danoso sofrido, sem no entanto haver necessariamente uma agressão à honra, intimidade ou privacidade.

Segue-se daí que a lesão à integridade psíquica tem relação direta com a violação ao direito fundamental à saúde: elemento componente do conceito, uma vez ofendido acarreta em cadeia o prejuízo ao direito à saúde, e na sequência à efetivação da dignidade da pessoa humana. Dito de outra forma, o indivíduo que tem comprometida sua integridade psíquica sofre também um prejuízo significativo no direito fundamental à saúde do qual é titular.

Além da perda da autoestima e do amor-próprio, aspectos também vinculados à perda da saúde, tem-se mais uma questão juridicamente relevante: priorizar a questão do

²⁸⁰ Transtorno de estresse pós-traumático. Disponível em: <<http://depressaoeansiedade.com.br/tratamentos.asp?codigo=16>>. Acesso em 28 jun. 2014.

prejuízo à integridade psíquica do sujeito e tratá-la como ameaça direta ao direito fundamental à saúde fundamenta a defesa de que saná-la prontamente reflete também como prevenção de um mal maior - a agressão de terceiros em razão da referida característica corporal por exemplo, que culminaria potencialmente em pedido contencioso de reparação. Stefano Rodotà ensina que

Para la regla jurídica, por tanto, el dolor es una realidad presente aunque inaferrable en sus infinitas manifestaciones. Puede ser nombrado, pero nunca definido. “Para ser reconducido a los esquemas de la norma jurídica, el dolor tiene que apenar a la esperanza de una prohibición eficaz; debe adecuarse al diseño de quien detenta al poder; debe someterse a una medición contable, en una lógica de transacciones que determinan su precio. Y de ahí el dolor negado, el dolor legitimado, la <economía del dolor>.”²⁸¹

Assim, referida lógica fundamenta a consequência jurídica que em regra se dá, quando num movimento encadeado de ações e reações negligencia-se o sofrimento e a angústia sentidos pela pessoa: a perspectiva da reparação do dano permite recompor a unidade da pessoa tomando-se a saúde como ponto de partida, protegendo-se sua integridade psicofísica. Entretanto, a saúde não pode ser compreendida tendo como referencial unicamente as agressões sofridas pelo sujeito, em um jogo incessante de compensações por dores sofridas: quando a saúde chega a configurar-se como um direito, o primeiro que deve ocorrer é a garantia do direito à imunidade frente aos riscos que a ela podem ameaçar.²⁸²

O dano psíquico suportado por alguém que conviva diuturnamente com uma característica corporal que lhe cause sofrimento possui várias vertentes. Além da dor íntima que somente toca ao indivíduo e dificilmente é compartida com terceiros, há uma situação clássica que merece menção e que constitui uma das causas importantes do agravamento da condição de violação à saúde psicofísica da pessoa: o *bullying*.

Sinteticamente, o *bullying* pode ser entendido como um comportamento hostil e opressivo exercido sistematicamente com o objetivo de intimidar e causar sofrimento a alguém incapaz de defender-se, gerando neste entre outros traumas de ordem psíquica. Constitui-se de um fenômeno que não é exclusivo de um ambiente ou meio em especial, verificando-se sua ocorrência em qualquer lugar onde haja relações interpessoais: desde a

²⁸¹ RODOTÀ, STEFANO. Ob. cit., p. 251. Em livre tradução: Para a regra jurídica, portanto, a dor é uma realidade ainda que inapreensível em suas infinitas manifestações. Pode ser nomeada, mas nunca definida. Para ser reconduzida aos esquemas da norma jurídica, a dor tem que apenar a esperança de uma proibição eficaz; deve adequar-se ao desejo de quem detém o poder; deve submeter-se a uma medição contábil, em uma lógica de transações que determinam seu preço. De dor negada a dor legitimada, a economia da dor.

²⁸² Ob. cit., p. 239.

década de 1990 a literatura científica tem demonstrado ser o *bullying* um problema de proporções mundiais, não se restringindo a nenhum tipo em especial de modelo de instituição. As agressões podem se dar de diversas formas. Conforme argumentam Vinícius Guimarães Dornelles, Cristina Würdig Sayago e Fernanda de Almeida Ribeiro:

O *bullying* é estabelecido por meio de atos, palavras ou comportamentos intencionais, repetitivos e dolorosos, contra a mesma vítima e num período prolongado de tempo, com ausência de motivos que justifiquem os ataques. Essas ações repetitivas são comumente: apelidar, ofender, humilhar, intimidar, constranger, discriminar, amedrontar, excluir, perseguir, chantagear, empurrar, ameaçar, ferir, furtar e roubar. O *bullying* é caracterizado por uma ampla variedade de comportamentos que têm impacto em diversos aspectos de uma pessoa, como o corpo, os sentimentos, os relacionamentos, a reputação e o status social. [...] O *bullying* verbal trata-se de um ataque à personalidade, aos atributos físicos ou à posição social, abalando a autoconfiança da vítima e podendo ser mais doloroso e traumático que o *bullying* físico. [...] o *bullying* pode ser classificado como direto ou indireto. O direto ocorre quando as vítimas são atacadas diretamente, isto é, são ataques abertos, como socos e empurrões, ofensas em público e exclusão. O indireto ocorre na ausência das vítimas, ou seja, o autor espalha boatos maliciosos a respeito da vítima. [...] Os alvos, na maioria das vezes, são pessoas tímidas, passivas e submissas, sendo considerados “diferentes” [...] As vítimas de *bullying* se sentem indefesas, vulneráveis, com vergonha, insegurança, angústia, raiva e constrangimento e apresentam sensação de impotência, o que leva a um aumento da vitimização. [...] Quem sofre *bullying* prefere enfrentar seu sofrimento calando-se ou isolando-se dos outros. A agressividade e a intimidação que sofrem agravam sua baixa autoestima.²⁸³

Maria José D. Martins condensa as espécies de *bullying* em três grupos:

— Directo e físico, inclui bater ou ameaçar fazê-lo; dar pontapés, roubar objectos que pertencem aos colegas, estragar os objectos dos colegas, extorquir dinheiro ou ameaçar fazê-lo, forçar comportamentos sexuais ou ameaçar fazê-lo, obrigar ou ameaçar os colegas a realizar tarefas servis contra a sua vontade; — Directo e verbal, que engloba insultar, chamar nomes ou pôr alcunhas desagradáveis, gozar, fazer reparos racistas e/ou que salientam qualquer defeito ou deficiência dos colegas; — Indirecto, que se refere a situações como excluir alguém sistematicamente do grupo de pares, ameaçar com frequência a perca da amizade ou a exclusão do grupo de pares como forma de obter algo do outro ou como retaliação de uma suposta ofensa prévia, espalhar boatos sobre os atributos e/ou condutas de alguém com vista a destruir a sua reputação, em suma manipular a vida social dos pares.²⁸⁴

²⁸³ DORNELLES, Vinícius Guimarães. SAYAGO, Cristina Würdig. RIBEIRO, Fernanda de Almeida. *Bullying*. In: DORNELLES, Vinícius Guimarães (org.). SAYAGO, Cristina Würdig. *Bullying: avaliação e intervenção em terapia cognitivo-comportamental*. Porto Alegre: Sinopsys, 2012, p. 26-29.

²⁸⁴ MARTINS, Maria José D. O problema da violência escolar: uma clarificação e diferenciação de vários conceitos relacionados. *Revista Portuguesa de Educação*, vol. 18, n. 1, 2005, p. 104.

Para o presente estudo, realça-se a segunda modalidade: o ofensor insulta o ofendido valendo-se para tanto de determinadas características da aparência do segundo – ainda que consideradas pelas ciências como dentro dos padrões de normalidade –, por se afastarem do “padrão aceito” em sociedade e por isso representarem fardos insuportáveis para quem as possui, chegando a comprometer, além da qualidade de vida, a própria integridade da pessoa. Assim, o *bullying* se manifesta através das mais diversas formas de insultos e intimações, apelidos cruéis, gozações que magoam profundamente, acusações injustas, e têm como denominador comum a intenção de levar à exclusão de seus alvos, convertendo os mais frágeis em objetos de diversão.²⁸⁵

Como prelecionam Jane Middleton-Moz e Mary Lee Zawadski:

O *bullying* não é simplesmente, como muitos minimizam, um comentário cortante ocasional feito por uma pessoa importante para quem o ouve, à mesa do café da manhã, um dia ruim com o chefe ou crianças brigando no pátio. *Bullying* é crueldade deliberadamente voltada aos outros, com intenção de ganhar poder ao infligir sofrimento psicológico e/ou físico. [...] As pessoas que se constituem como alvos do *bullying* costumam sentir vulnerabilidade, medo ou vergonha intensos e uma auto-estima cada vez mais baixa, que pode aumentar a probabilidade de vitimização continuada. As vítimas podem ficar deprimidas e se sentir sem forças. Muitos dos que sofrem *bullying* por um longo período passam a manifestar tendências suicidas. Outros podem retaliar com atos de violência ou começar a exercer *bullying* contra terceiros.²⁸⁶

O termo “*bullying*” foi adotado em razão da dificuldade de traduzi-lo com fidelidade para outros idiomas. Segundo Sônia Maria Ferreira Koehler a amplitude do conceito se dá em razão de tratar-se de uma forma de comportamento humano que diz respeito a relações interpessoais. Muitas vezes compreendido como uma espécie de “brincadeira” pelos adultos, acaba por interferir diretamente no desenvolvimento humano saudável, comprometendo o processo de aprendizagem bem como a formação socioemocional de suas vítimas.²⁸⁷

A violência explícita concretizada por ofensa verbal ou física ou implícita nas formas de promoção de exclusão e indiferença, atua como degradação emocional e psíquica que oprime, promove o abandono e o isolamento, limita a liberdade de expressão, atingindo o

²⁸⁵ PEREIRA, Sônia Maria de Souza. *Bullying e suas implicações no ambiente escolar*. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 31-32.

²⁸⁶ MIDDLETON-MOZ, Jane. ZAWADSKI, Mary Lee. *Bullying*: estratégias de sobrevivência para crianças e adultos. Trad. Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 14.

²⁸⁷ KOEHLER, Sônia Maria Ferreira. As faces do *Bullying*. In: ALKIMIN, Maria Aparecida (org.). *Bullying: visão interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011, p. 39.

indivíduo em sua personalidade, deteriorando sua essência básica através da eliminação da autoestima e da capacidade de desejar e decidir que levam ao sofrimento emocional.

A sociedade contemporânea apresenta um quadro de dilemas que são demonstrativo de seu intenso processo de transformação, através do qual se substitui o novo por algo ainda mais novo e onde o velho é constituído por algo que até recentemente era considerado novidadeiro. Marcius Tadeu Maciel Nahur argumenta que comportamentos e desejos padronizados, um turbilhão de informações desconexas, a aceitação de tudo, uma alta carga de permissividade, a indiferença para com o outro e uma total carência de delimitação do que é valor são situações que podem ser elencadas dentre os dilemas da vida atual.²⁸⁸ O cenário desenhado pelo autor é o pano de fundo ideal para que aflorem novos ícones de idolatria para uma sociedade formada por indivíduos de consciência padronizada. De igual forma, também é terreno fértil para a multiplicação do voluntarismo e da violência, visto que o outro vai sendo cada vez mais “instrumentalizado”, “coisificado”. Destarte, o *bullying* pode ser considerado uma forma de se reduzir alguém a algo, ou seja, retirar do ofendido a sensação de dignidade e valor perante os semelhantes e lhe fazer sentir-se irrelevante, desprezível.

Estudo publicado em obra de autoria de Vinícius Dornelles, Cristina Sayago e Fernanda Ribeiro demonstra que dentre os dez principais motivos de provação em situações de *bullying* a aparência física do indivíduo figura como o mais mencionado.²⁸⁹ Como consequência direta do trauma sofrido, relatam entre outros sintomas dificuldade de concentração, queda nas notas escolares, pesadelos, insônia, alterações na alimentação, preocupação excessiva com a segurança pessoal, mudança súbita de comportamento, perturbação emocional e alterações extremas de humor, agressividade e rebeldia, pensamentos de abandonar a escola ou o trabalho, depressão, pensamentos ou ações suicidas.²⁹⁰

As repetidas agressões que constituem o *bullying* são responsáveis por uma demanda estressante que se conecta intrinsecamente a problemas nos campos físico e emocional, tendendo a gerar uma série de alterações no processo de desenvolvimento do indivíduo. Essas alterações podem contribuir para a formação de quadros patológicos, físicos ou mentais. Isso significa dizer que os alvos de *bullying* possuem um potencial mais elevado

²⁸⁸ NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Violência (*Bullying* e *Cyberbullying*). In: ALKIMIN, Maria Aparecida. *Bullying: visão interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011, p. 64.

²⁸⁹ DORNELLES, Vinícius Guimarães. SAYAGO, Cristina Würdig. RIBEIRO, Fernanda de Almeida. *Bullying*. In: DORNELLES, Vinícius Guimarães (org.). SAYAGO, Cristina Würdig. *Bullying: avaliação e intervenção em terapia cognitivo-comportamental*. Porto Alegre: Sinopsys, 2012, p. 29.

²⁹⁰ Ob. cit., p. 33.

de possibilidades para apresentar problemas psicológicos ou somáticos, muitos deles persistentes durante a idade adulta.²⁹¹

Os indivíduos alvos de *bullying* em regra são desprovidos de recursos, *status* ou instrumentos para reagir ou interromper as agressões. Em regra, são pessoas cujas características comportamentais pautam-se pela insegurança, pouca sociabilidade e desesperança quanto a uma possível adequação ao grupo social. Possuem escassos amigos, são passivos introspectivos e tem a autoestima seriamente comprometida e prejudicada, o que acaba por fazê-los crer que são merecedores dos maus tratos e agressões recebidos.”²⁹²

Diante da importância dos fatores que envolvem a questão, é crescente o número de estudos que concluem por evidenciar o *bullying* como fator causador ou agravador de uma gama de enfermidades e sintomas físicos e psicológicos como depressão, ansiedade, baixa autoestima, dificuldades para dormir, incontinência urinária, dores de cabeça, anorexia e bulimia nervosa, entre outros.²⁹³ Esse é o argumento defendido na pesquisa de Dornelles, Schäfer e Führ:

A exposição ao *bullying* é um estressor social vivido por muitas pessoas e pode ameaçar seriamente o desenvolvimento saudável de qualquer indivíduo. [...] supõe-se que ser alvo de *bullying* leva a um maior número de problemas emocionais e de saúde devido aos altos níveis de estresse associados a esse tipo de violência.²⁹⁴

Um evento estressor pode ser descrito como um estímulo que causa uma ameaça ao organismo, a que este responde com um padrão de reações físicas utilizadas para evitar ou escapar de uma situação compreendida como desconfortável ou perigosa. Assim, estressores vitais seriam situações eventuais que costumam ter grande impacto para a vida do indivíduo, como morte inesperada, estupro e acidentes, geralmente trazendo prejuízos significativos. Esse tipo de estressor permite identificar mais facilmente a causa do estresse, visto que é um episódio pontual, que foge do curso esperado. Já os eventos diários menores,

²⁹¹ DORNELLES, Vinícius Guimarães. SCHÄFER, Julia Luiza. FÜHR, Sabrina. Consequências do *Bullying*. In: DORNELLES, Vinícius Guimarães (org.); SAYAGO, Cristina Würdig. **Bullying**: avaliação e intervenção em terapia cognitivo-comportamental. Porto Alegre: Sinopsys, 2012, p. 115.

²⁹² CAMINHA, Marina Gusmão. LAND, Bruna. CAMINHA, Renato Maiato. *Bullying* e Transtornos Mentais Associados. In: DORNELLES, Vinícius Guimarães (org.). SAYAGO, Cristina Würdig. **Bullying**: avaliação e intervenção em terapia cognitivo-comportamental. Porto Alegre: Sinopsys, 2012, p. 171-172.

²⁹³ DORNELLES, Vinícius Guimarães. SCHÄFER, Julia Luiza. FÜHR, Sabrina. Ob. cit., p. 113.

²⁹⁴ Ob. cit., p. 115.

caracterizados como episódios corriqueiros, são demandas irritantes, frustrantes e aflitivas que fazem parte do dia a dia.²⁹⁵

Essas situações em geral passam despercebidas, mas têm igual potencial nocivo, podendo causar prejuízos tão importantes quanto os anteriores.

O organismo busca se adaptar às circunstâncias que a vida lhe apresenta: diante de um cenário adverso, o indivíduo é forçado a adaptar-se para sobreviver. Buscando esse equilíbrio o corpo tenta se ajustar às variações fisiológicas repentinas e abruptas, agindo de modo a reequilibrar seus sistemas fisiológicos em um processo denominado alostase. Entretanto, quando o estresse sofrido tem grande intensidade ou é um acontecimento crônico a sobrecarga sobre o organismo passa a índices patológicos, como salientam Rigoli, Lobo e Schaefer:

Por ser um evento estressor muitas vezes crônico, as vítimas de *bullying* apresentam alterações psicofisiológicas típicas do estresse [...]. Esses efeitos decorrentes da violência direta ou indireta entre pares trazem muitas vezes, consequências para a vida adulta da pessoa que foi uma vítima crônica de *bullying*. Além da diminuição da autoestima, dos prejuízos no desempenho escolar e profissional e nas relações sociais, o *bullying* pode trazer outras consequências graves, incluindo o desenvolvimento de psicopatologias, como a depressão, a fobia social, e, até mesmo, a tentativa de suicídio para aqueles indivíduos que são vitimizados.²⁹⁶

3.3.2. A baixa autoestima e a melhora estética como um de seus instrumentos de reparação: a cirurgia plástica como mecanismo garantidor da concretização do direito fundamental à saúde psíquica e da dignidade

Já foi mencionado que, de acordo com a OMS, saúde psíquica não é somente a ausência de doença mental, mas sim um estado de bem-estar onde qualquer pessoa tem consciência de seu próprio potencial, pode lidar com as situações normalmente estressantes da vida, pode trabalhar produtivamente e frutiferamente, e está apto a contribuir para a sociedade

²⁹⁵ RIGOLI, Marcelo Montagner. LOBO, Beatriz de Oliveira Meneguelo. SCHAEFER, Luiziana Souto. BUSNELLO, Fernanda de Bastani. KRISTENSEN, Christian Haag. *Bullying e Estresse*. In: DORNELLES, Vinícius Guimarães (org.). SAYAGO, Cristina Würdig. *Bullying: avaliação e intervenção em terapia cognitivo-comportamental*. Porto Alegre: Sinopsys, 2012, p. 147.

²⁹⁶ RIGOLI, Marcelo Montagner. LOBO, Beatriz de Oliveira Meneguelo. SCHAEFER, Luiziana Souto. BUSNELLO, Fernanda de Bastani. KRISTENSEN, Christian Haag. *Bullying e Estresse*. In: DORNELLES, Vinícius Guimarães (org.). SAYAGO, Cristina Würdig. *Bullying: Avaliação e Intervenção em Terapia Cognitivo-Comportamental*. Porto Alegre: Sinopsys, 2012, p. 151-152.

em que vive.²⁹⁷ Logicamente transtorno psíquico seria o oposto, consubstanciando-se numa alteração de comportamento tal que prejudica a pessoa a ponto de esta não conseguir viver na plenitude de suas faculdades psicofísicas. Segundo Adriana Calvo, valendo-se do ensinamento retirado da obra de Adriana Cajado Costa,

em psiquiatria e em psicologia prefere-se falar em transtornos mentais, e não em doença, isso porque apenas poucos quadros clínicos mentais apresentam todas as características de uma doença no sentido tradicional do termo – isto é, conhecimento exato dos mecanismos envolvidos e suas causas explícitas. O conceito de transtorno, ao contrário, implica um comportamento diferente, desviante, anormal.²⁹⁸

Não obstante a ideia recorrente de dano psíquico remonte a uma atuação efetiva, geralmente externa, causadora de um trauma e, em decorrência dele o sofrimento e o consequente comprometimento da saúde psíquica, existem outras questões, em não raras vezes oriundas da própria intimidade da pessoa com semelhante potencial para comprometer de modo extremado sua saúde psíquica.

Essas situações que transtornam o indivíduo não derivam de um ato ou fato de terceiro determinado: não raras vezes, a alteração comportamental resulta de fatores biológicos, psicológicos e socioculturais, havendo também a possibilidade de fatores genéticos e ambientais também exercerem tal tipo de influência. Assim, uma insatisfação estética, por exemplo, poderia redundar num transtorno de comportamento na medida em que prejudicasse consideravelmente a pessoa no seu viver cotidiano, dado que tal insatisfação poderia causar-lhe desde depressão ou ansiedade até esquizofrenia.

A complexidade que envolve a identidade humana e a necessidade de sentir-se aceito, de fazer parte, pode também dar ensejo a um processo que, a despeito de não ser diagnosticado inicialmente como um transtorno pode atuar como fonte real causadora de dor e sofrimento, colocando em risco a saúde psíquica do indivíduo. Mencionado processo envolve a autoestima da pessoa e a sua visão de identificação de si consigo e de si com o mundo social, e interfere sobremaneira na plenificação de sua dignidade.

De fato, a compreensão da dignidade contém em si um aspecto díplice de grande relevância, e absolutamente conexo à sua intrínseca ligação aos direitos fundamentais. O

²⁹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **What is mental health?** Disponível em <<http://www.who.int/features/qa/62/en/>>. Acesso em 10 jul. 2014. No original: Mental health is not just the absence of mental disorder. It is defined as a state of well-being in which every individual realizes his or her own potential, can cope with the normal stresses of life, can work productively and fruitfully, and is able to make a contribution to her or his community.

²⁹⁸ CALVO, Adriana. **O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho:** o combate ao assédio moral institucional – visão dos tribunais trabalhistas. São Paulo: LTR, 2014, p. 110.

primeiro deles é o que toca à relação da pessoa consigo mesma; o ulterior refere-se ao relacionamento do indivíduo com o meio onde se insere. Na formulação de Wambert Gomes Di Lorenzo,

[...] poderíamos dizer que a cada dimensão do existir humano – individual e social – corresponde uma dimensão de sua dignidade. Ou, ainda, que a realização da dignidade exige duas experiências fundamentais: plenitude e reconhecimento. Desse modo, a dignidade da pessoa pressupõe uma implicação entre plenitude e reconhecimento de tal forma que uma não pode estar dada sem que a outra também o esteja.²⁹⁹

Claro é que este “autopertencimento” não impede que a pessoa possa, sem que perca sua condição de sujeito, dar-se voluntariamente aos demais - ou seja, amar. Com isso, não deixa de pertencer a si mesma: muito ao contrário, a pessoa deve primeiro possuir-se para poder dar-se aos demais. Deve primeiramente possuir a si mesma e esse autopertencimento deve subsistir enquanto subsiste o ato de doação de si. Ao invés de anular-se, ela se personaliza ainda mais ao servir aos demais, em razão de sua natureza profundamente social.³⁰⁰

Nesse mister, ressalta-se que na personalidade encontra-se também um viés não essencialmente jurídico, mas intimista, conformador de sua dignidade: para se sentir igual aos demais membros da sociedade e assim por esta aceito, o indivíduo também lida com a personalidade sob um ponto de vista estético e psicofísico, na medida em que adota comportamento e aparência condizentes com os padrões sociais de “normalidade”.

E a adoção desses padrões vincula-se de modo intrínseco com a questão da autoestima pessoal. Na lição de Miguel Lucas

a autoestima surge da auto-imagem positiva que temos de nós, é algo que de forma pro-activa construímos. A autoestima não se constrói na passividade, nem quando pensamos que vem dos acontecimentos exteriores, a autoestima desenvolve-se no mundo real. O que se pretende é uma construção sólida, e isto só é possível a partir do nosso interior.³⁰¹

A importância da autoestima na configuração da personalidade do indivíduo é de grande monta. Segundo Patrícia Adnet

²⁹⁹ DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 52.

³⁰⁰ ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**. Madrid: Tecnos, 2012, p. 69.

³⁰¹ LUCAS, Miguel. **Como melhorar a autoestima**. Disponível em <<http://www.escolapsicologia.com/como-melhorar-a-auto-estima/>>. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

ela representa grande importância na vida de qualquer ser humano, porque seja no ambiente familiar, no trabalho, na escola ou no âmbito social, esse ponto de vista negativo íntimo determinará suas escolhas e aquilo que deixará de conquistar. A baixa autoestima se apresenta tanto de maneira externa quanto interna: fisicamente, uma pessoa se mostra com a aparência desleixada, postura curvada, olhar sem brilho e para baixo, voz vacilante e em tom mais baixo; psicologicamente, há insegurança, ansiedade, timidez, isolamento, culpas e vergonha.³⁰²

Segundo a autora, é plena a conexão entre os problemas, antigos ou atualmente vividos pela pessoa e a baixa autoestima. Além disso, tem-se que uma baixa autoestima, se não é propriamente um transtorno de ordem psíquica, pode atuar como uma ponte, ou como uma porta aberta para que a enfermidade acabe se instalando. Assim, quando há indícios de uma baixa autoestima faz-se necessário uma avaliação cuidadosa, pois que se pode estar diante de diversas possibilidades: a baixa autoestima pode ser apenas um aspecto de um problema maior, como a depressão, constituindo sintoma importante; pode se concretizar como consequência de outros problemas, tais como uma ansiedade vivida durante um grande espaço de tempo que resulte em baixa autoconfiança ou em uma alteração crítica da percepção de si mesmo; pode ainda atuar como fator de vulnerabilidade para outros problemas, como a depressão, transtornos alimentares, fobia social.³⁰³

Assim, o contexto social de convivência é um dos elementos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade, que somente se plenifica através do reconhecimento que o outro lhe dirige e proporciona. Quanto mais os imperativos do bem-estar e do bem-viver são fixados como meta imprescindível, mais intransitáveis se tornam as alamedas do desapontamento.³⁰⁴ Os novos ideais culturais, os fluxos de informação, as cobranças sociais acabam por tornar o ser humano mais introvertido e exigente, mas, ao mesmo tempo, mais suscetível à decepção. “A sociedade hipermoderna caracteriza-se pela multiplicação e pela alta incidência da experiência frustrante, tanto no âmbito público quanto no âmbito privado.”³⁰⁵

É dizer: não obter o mencionado reconhecimento pelos semelhantes levaria ao estado crônico de decepção e por conseguinte à baixa autoestima que desemboca nos mais variados transtornos psíquicos. Lipovetsky preceitua que:

³⁰² ADNET, Patrícia. **O que é baixa autoestima?** Disponível em <<http://www.patriciaadnet.com/2010/03/o-que-e-baixa-auto-estima/>>. Acesso em 12 de dezembro de 2104.

³⁰³ Ob. cit.

³⁰⁴ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade da decepção.** Barueri: Manoel, 2007, p. 6.

³⁰⁵ Ob. cit., p. cit.

[...] a onda atual, caracterizada pela globalização e pelo culto à saúde e ao bem-estar apresenta ainda contornos mal definidos, estando cada vez mais envolvida de dúvidas e incertezas. O hedonismo foi despojado de sua aura triunfal: passamos de um ambiente de euforia progressista para uma atmosfera de ansiedade. Antes, havia a sensação de que a existência se tornara um tanto menos pesada; hoje, “tudo se contrai”, endurecendo de novo. Este é o paradoxo da felicidade: uma atmosfera de entretenimento e distensão dos obstáculos para se viver e o aprofundamento do mal-estar hoje subjetivo.³⁰⁶

O contorno das carências e necessidades que envolvem o indivíduo é relacionado concomitantemente a um processo subjetivo de modos de vida, valores e desejos e a uma ausência ou vazio constantes de algo querido, almejado, e nem sempre razoável. Em virtude de serem imensuráveis no tempo e no espaço, os anseios humanos carecem de permanente redefinição e recriação. Por isso é compreensível e se justifica o aparecimento de novas motivações, interesses e cenários sociais que fundamentam o surgimento de outras necessidades e desejos.³⁰⁷ Carlos Villas Boas Filho, em trabalho relacionado à temática do transtorno e suas implicações no exercício da personalidade colaciona um relato impactante:

Quando eu era pequena chamava a atenção por meus olhos azuis, meu cabelo loiro e liso e minhas bochechas rosadas. Nas crianças esses atributos chamam muito a atenção. Fui crescendo como toda criança, de modo um pouco desproporcional, cresci muito rápido, mas engordei pouco, tinha um aspecto de Pernalonga e ficava idêntica ao personagem, principalmente quando usava minhas pantufas. Na infância a desproporção é normal e os apelidos também, como toda criança, eu tive os meus. Quando chega a adolescência, chega com ela também o período que considero o mais cruel no ser humano. Os apelidos vêm sempre recheados de maldade e são sempre direcionados às partes mais fracas do oponente. Nesta fase aparecem os tucanos, os dumbos, os pernalongas, as tábuas, as leiteiras, etc.³⁰⁸

O que poderia justificar a decisão de um indivíduo a se submeter a uma cirurgia plástica estética eletiva? O entendimento recorrente – e superficial – é o de que a procura pelo referido procedimento cirúrgico tem por finalidade principal o embelezamento e as preocupações supérfluas dele decorrentes. Tal posicionamento é decorrente da crença de que a cirurgia meramente estética, também conhecida por embelezadora, em nada se relaciona à nobre finalidade das cirurgias - a reparação de uma deformidade ou de uma lesão. Por não ser imprescindível à sobrevivência do paciente, mencionada modalidade de cirurgia teria uma conotação marginal e secundária.

³⁰⁶ Ob. cit., p. 4.

³⁰⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Ob. cit., p. 276.

³⁰⁸ VILLAS BOAS FILHO, Carlos. **Cirurgia Plástica**: Recuperando a auto-estima. São Paulo: Scortecci, 2005, p. 13-14.

Entretanto, diante das construções acerca de dor e sofrimento e do impacto que tais fenômenos causam na autoestima, comprometendo como consequência direta a saúde psíquica do indivíduo, não se justifica o argumento de que seria simplesmente um ideal supérfluo e de mero consumo optar pela cirurgia estética com vistas a alcançar a resolução de uma angústia, a satisfação de um desejo de reconhecer-se verdadeiramente naquela imagem. A busca pela recuperação da autoestima é um elemento justificador que não deve ser negligenciado, pois que conformador do direito fundamental à saúde. Segundo Gilles Lipovetsky:

A obsessão de si, hoje, manifesta-se menos pela febre de prazer e de gozo que pelo medo da doença e da idade, a medicalização da vida. Narciso está menos apaixonado por si mesmo que aterrorizado pela vida cotidiana; seu corpo e o ambiente social parecendo-lhe mais agressivos. O neo-individualismo não se reduz ao hedonismo e ao psicologismo, mas implica, cada vez mais, um trabalho de construção de si, de tomada de posse de seu corpo e da sua vida. [...] Vivemos a época da mobilidade subjetiva. Cada um se serve. Fica o problema para aqueles que não conseguem ter acesso a essa mobilidade, convertida num imperativo das democracias liberais. De qualquer maneira, essa mobilidade e essa autonomia têm um custo, com frequência, elevado, pois são acompanhadas por um crescimento inquietante da ansiedade, da depressão, de perturbações psicopatológicas comportamentais diversas. Narciso não é o indivíduo triunfante, mas o indivíduo fragilizado e desestabilizado por ter de carregar-se e de construir-se sozinho, sem os apoios que, outrora, eram constituídos pelas normas sociais e referências coletivas introjetadas.³⁰⁹

Com efeito, a cirurgia plástica estética em regra tem sido interpretada pela sociedade como uma escolha fútil e simplesmente ligada à vaidade. A decisão de alterar alguma característica vinculada à aparência, no entanto, é muito mais complexa e envolve diversas questões, das quais sobressaem-se duas a seguir comentadas.

A primeira de tais questões é a que se relaciona à identidade e ao reconhecimento, sobre a qual discorreu-se mais profundamente no capítulo um deste estudo. Zigmunt Bauman alerta que a construção da identidade não é como a montagem de um quebra-cabeças: não é como se houvesse uma caixa com um modelo a ser seguido e algumas peças numa ordem pré-estabelecida. Quando se monta um jogo assim acredita-se que ao final, empregado o devido esforço, o lugar certo para cada peça e a peça certa para cada lugar será encontrada uma certeza com a qual se caminha desde o início. No caso da identidade é absolutamente diferente:

³⁰⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **Metamorfoses da cultura liberal**: ética, mídia e empresa. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 20-21.

[...] o trabalho total é *direcionado para os meios*. Não se começa pela imagem final, mas por uma série de peças já obtidas ou que pareçam valer a pena ter, e então se tenta descobrir como é possível agrupá-las e reagrupá-las para montar imagens (quantas?) agradáveis. *Você está experimentando com o que tem*. Seu problema não é o que você precisa para “*chegar lá*”, ao ponto que pretende alcançar, mas quais são os pontos que podem ser alcançados com os recursos que você já possui, e quais deles merecem os esforços para serem alcançados. Podemos dizer que a solução de um quebra-cabeças segue a lógica da racionalidade *instrumental* (selecionar os meios adequados a um determinado fim). A construção da identidade, por outro lado, é guiada pela lógica da racionalidade do *objetivo* (descobrir o quão atraentes são os objetivos que podem ser atingidos com os meios que se possui).³¹⁰

A necessidade de construção de uma identidade que contenha em si os aspectos agradáveis que Bauman ressalta em muito se relaciona com a segunda questão a ser colocada: o pertencimento. A dignidade somente se efetiva em plenitude através das interrelações: ser aceito, pertencer a um grupo e sentir-se parte de uma comunidade são aspectos de fundamental importância para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e concretização da dignidade humana, dado que o ser humano é por sua natureza gregário.

Vale dizer que o primeiro ponto em que a dignidade da pessoa humana encontra fundamento consiste no princípio da igualdade, no qual está contida a premissa de não ser tratado com qualquer tipo de ação discriminatória, além do direito de ter iguais direitos a todas as pessoas. Esse é o modelo original de igualdade, também denominado “igualdade formal”, explicitado na máxima “*todos são iguais perante a lei*”, complementado pela “igualdade substancial” compreendida como a necessidade de tratamento desigual para as pessoas na medida de sua desigualdade.³¹¹

Tal princípio demonstra que a sociedade não reivindica mais uma identidade comum aos seres humanos, mas, de outro norte, sejam contempladas as inúmeras diferenças que existem entre as pessoas. É através desse pensamento que se tende a substituir o conceito unitário de “identidade” pelo de “reconhecimento”.

Outrossim, conforme já comentado a sociedade está em constante mutação e por consequência os referenciais de identidade e pertencimento, o que influencia diretamente os atos, comportamento e mentalidade do indivíduo que busca ser aceito pelo grupo social a que acredita pertencer de forma a sempre e ininterruptamente buscar preencher as exigências sociais para ser aceito pelos semelhantes.

³¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 55.

³¹¹ Ob. cit., p. 86.

Ainda, mister se faz ressaltar o fato de que a identidade é construída também a partir de anseios de ordem particular, no sentido de que mesmo que o meio em que se vive influencie, sob o aspecto psicológico a noção de bem-estar é diretamente relacionada às aspirações e anseios individuais. Cada pessoa tem para si um modelo de identidade a que tem por meta ainda que não seja o mesmo durante toda a vida, dado que possa ser alterado em razão de mudanças em sua personalidade ou de fatores como novas experiências de vida.

Com efeito, cada indivíduo possui um arcabouço de características singulares, de difícil senão impossível constatação em qualquer um de seus semelhantes, em que se perfaz a identidade: é seu direito portanto, afirmar esse conjunto único e desenvolvê-lo em sua vida e atividade, visto que a dignidade humana enquanto valor é insuscetível de mensuração e quantificação objetivas.

Outro ponto a se considerar concerne ao que se deve entender por estética e beleza.

Não obstante o termo “estética” tenha sido proposto pela primeira vez pelo alemão Baumgarten em livro homônimo lançado no ano de 1750³¹², construções acerca da beleza e do que é belo têm sido ao longo da história objeto das mais diversas reflexões e estudos. O argumento de Baumgarten desenvolve-se no sentido de que a estética liga-se à ideia do sentir; entretanto, essa assertiva não se relaciona ao “sentimento” mas aos sentidos, ao emaranhado de percepções de ordem física. Não obstante, como disciplina filosófica a estética tem seu surgimento identificado na Grécia, resultado de uma reflexão acerca das manifestações do belo natural e do belo artístico. Segundo Carlos Fontes o florescimento desse pensamento é intrinsecamente vinculado à vida cultural da sociedade grega, em que o livre debate de ideias detinha grande importância.³¹³

É interessante mencionar a obra de Sergio Aguiar de Medeiros, que ressalta o lamento de Freud em reconhecer que a psicanálise “pouco encontrou a dizer sobre a beleza”, marcando o enigma reservado para a estética ao dizer que “a beleza não conta com um emprego evidente; tampouco existe claramente qualquer necessidade cultural sua. Apesar disso, a civilização não pode dispensá-la.”³¹⁴

³¹² BARILLI, Renato. **Curso de estética**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 18. O filósofo alemão Alexander Baumgarten é o criador da primeira teoria estética sistemática. O autor é responsável pela introdução do termo estética, em 1758, inspirado na palavra grega *aisthesis*, que, traduzida, significa sensação ou percepção do sensível.

³¹³ FONTES, Carlos. **Breve história da estética**. Disponível em <<http://afilosofia.no.sapo.pt/histestetica.htm>>. Acesso em 21 de junho de 2014.

³¹⁴ MEDEIROS, Sergio Aguiar de. **Estética, angústia e desejo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 37. A citação do autor remete à obra de Sigmund Freud intitulada “O Mal Estar da Civilização”.

A estética é objeto pertencente à cultura,³¹⁵ e em razão disso possui características históricas e marcadas por um processo de evolução e transformação contínua dado que a cultura humana sofre incessantemente um número incontável de mutações, que continuam a reproduzir-se em ritmo cada vez mais acelerado. Cada sociedade em determinado tempo e lugar é marcada por padrões de aceitabilidade e inclusão social: culturais, econômicos, físicos, sociais, características entendidas como “modelo” a ser alcançado e passaporte de pertencimento. Zygmunt Bauman assevera que:

[...] assim como “cultura” ou “civilização”, modernidade é mais ou menos beleza (“essa coisa inútil que esperamos ser valorizada pela civilização”), limpeza (“a sujeira de qualquer espécie parece-nos incompatível com a civilização”) e ordem (“ordem é uma espécie de compulsão à repetição que, quando um regulamento foi definitivamente estabelecido, decide quando, onde e como uma coisa deve ser feita, de modo que em toda circunstância semelhante não haja hesitação ou indecisão”). A beleza (isto é, tudo o que dá o sublime prazer da harmonia e perfeição da forma), a pureza e a ordem são ganhos que não devem ser desprezados e que, certamente, se abandonados, irão provocar indignação, resistência e lamentação. Mas tampouco devem ser obtidos sem o pagamento de um alto preço. Nada predispõe “naturalmente” os seres humanos a procurar ou preservar a beleza, conservar-se limpo e observar a rotina chamada ordem. (Se elas parecem, aqui e ali, apresentar tal “instinto”, deve ser uma inclinação criada e adquirida, ensinada, o sinal mais certo de uma civilização em atividade). Os seres humanos precisam ser obrigados a respeitar e apreciar a harmonia, a limpeza e a ordem. Sua liberdade de agir sobre seus próprios impulsos deve ser preparada. A coerção é dolorosa: a defesa contra o sofrimento gera seus próprios sofrimentos.³¹⁶

A reflexão de Bauman leva ao questionamento inevitável: de que se trata o belo?

Um interessante exercício para a melhor compreensão da interpretação da beleza e dos fundamentos e bases de uma teoria alicerçada no belo é proposto por Dabney Townsend:

[...] Tome-se o cosmos, não como espécie de mecanismo, mas como organismo cujas partes constituintes são comandadas por um espírito único. [...] Os elementos, na sua totalidade, estão em relação entre si e articulam-se harmoniosamente. Quando essa relação é abalada, o todo transforma-se em desordem e caos. Dizemos então que é feio. Quando o todo se apresenta harmonioso, e todas as partes ocupam o seu lugar, diz-se que o todo é belo. A beleza traduz-se então, num princípio cosmológico ou metafísico de ordem e de relação - <Deus está no céu e está tudo bem na terra>. A beleza pode ser concebida, em tais teorias, enquanto propriedade, tanto dos objectos

³¹⁵ BARILLI, Renato. Ob. cit., p. 17.

³¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 7-8.

individualmente, quanto do todo. Ela é vista sob o prisma de que uma e uma só ordem é completa e a melhor. A beleza ínfima dos vários objectos dá origem a ordens de pequena escala que espelham a beleza grandiosa do todo. [...] A beleza, a verdade, a virtude e a bondade correspondem a propriedades intrínsecas dessa realidade ordenada. Na sua ausência, o todo desagrega-se.”³¹⁷

Enquanto no plano filosófico o estético relaciona-se a um juízo de valor, seu significado comum tem realmente a vinculação com algo formalmente belo, que por suas conformações seja atraente e agradável aos olhos do ser humano e tenha o condão de lhe causar um sentimento de prazer ao apreciá-lo, o que novamente leva à relatividade e a dificuldade de estabelecimento de padrões. Consequentemente o senso estético é subjetivo, e em razão disso está situado nas áreas relacionadas ao sentimento e à sensibilidade da pessoa.³¹⁸

Muitos se debruçaram diante da temática da estética e sua relação com a beleza, e inúmeros posicionamentos puderam ser conhecidos ao longo da história. Kant entendia a beleza livre de qualquer ideia de perfeição e de utilidade, vinculada ao prazer desinteressado dos sentidos. Na fenomenologia de Husserl, a essência do objeto estético repousa na consciência, enquanto que na ontologia de Heidegger estética e seu objeto vinculam-se aos questionamentos relacionados à existência do ser. Ainda assim, o referencial da beleza prevaleceu em várias concepções contemporâneas, como ocorre em Jacques Maritain, que defende a teoria segundo a qual o objeto da estética é o esplendor da forma.³¹⁹

Existe na contemporaneidade um certo desprezo no que toca ao significado comum da estética. Como salienta Nicolau da Rocha Cavalcanti:

Parece pouco séria. Talvez a palavra que lhe caia bem seja “superficial”. É, sim, um elemento da vida, mas pouco importante, com o qual não vale a pena gastar muito tempo. Seria coisa para desocupados. Beleza não põe mesa, diz o antigo ditado. A impressão é de que a estética pouco ajuda no nosso dia a dia, cujas preocupações vão por outros rumos. [...] por outro lado, há uma enorme e crescente preocupação com a beleza. Forma física, roupas, cabelo, pele, sapatos, bolsas, músculos, unhas, dentes, postura. Tudo isso desemboca em academias, médicos, cirurgias, lojas, consultores, especialistas.³²⁰

³¹⁷ TOWNSEND, Dabney. **Introdução à estética**: História, Correntes, Teoria. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 21-22.

³¹⁸ ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. **Dano moral puro ou psíquico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 31.

³¹⁹ MEDEIROS, Sergio Aguiar de. **Estética, angústia e desejo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 72.

³²⁰ CAVALCANTI, Nicolau da Rocha. **A beleza humana: reflexões sobre ética e estética**. São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 12.

Habitualmente a comunidade social se vale de dois referenciais para avaliar a beleza de um indivíduo: harmonia corporal e adequação aos “padrões de beleza”. A harmonia corporal significa proporcionalidade. Ter uma cabeça proporcional em relação à totalidade do corpo, um nariz proporcional ao rosto, orelhas proporcionais à cabeça, ou seja, um justo equilíbrio de medidas.³²¹

Enquanto a questão da harmonia é praticamente consensual, os denominados “padrões de beleza” são muito diversificados. De acordo com a época, a cultura e a localização geográfica as características físicas recebem pesos variáveis, e o que anteriormente foi considerado belo pode hoje não mais ser assim interpretado.³²² Percebe-se que, não obstante a sua importância em todo processo de evolução do pensamento estético:

[...] a beleza humana nunca é algo segmentado, específico, pontual. Ela sempre tende a ser uma avaliação global da pessoa. [...] *Belo é aquilo que, ao ser conhecido, agrada*. Esse sintético conceito de beleza de Tomás de Aquino pode nos ajudar a pensar sobre o que é o belo. Há diversos níveis de conhecimento e, consequentemente, há diversos níveis de beleza, de percepção da beleza.³²³

A relação da beleza com a vida anímica em muito intrigou Sigmund Freud quando este questiona acerca das fontes da felicidade. Sergio Aguiar de Medeiros ao debruçar-se na temática transcreve uma passagem do pai da Psicanálise:

[...] podemos passar à consideração do interessante caso em que a felicidade na vida é predominantemente buscada na fruição da beleza, onde quer que esta se apresente a nossos sentidos e a nosso julgamento – a beleza das formas e dos gestos humanos, a dos objetos naturais e das paisagens e das criações artísticas e mesmo científicas. A atitude estética em relação ao objetivo da vida oferece muito pouca proteção contra a ameaça do sofrimento, embora possa compensá-lo bastante. (...) a fruição da beleza dispõe de uma qualidade peculiar de sentimento, tenuamente intoxicante.³²⁴

Fato é que desde os idos da década de mil novecentos e sessenta estudos têm constatado que a autoestima dos jovens está cada vez mais dependente de um fator exclusivo: a beleza. Estes estudos demonstram que não importa se os adolescentes têm dificuldade no estudo ou se seus pais estão vivenciando um momento de instabilidade no casamento, ou

³²¹ Ob. cit., p. 16.

³²² CAVALCANTI, Nicolau da Rocha. **A beleza humana**: reflexões sobre ética e estética. São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 17.

³²³ Ob. cit., p. 18.

³²⁴ MEDEIROS, Sergio Aguiar de. **Estética, angústia e desejo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 38.

mesmo se a perspectiva profissional futura não é positiva: quando se consideram bonitos, a sua autoestima tende a ser excelente.³²⁵

Assim, sob uma perspectiva psíquica a referência dos padrões estéticos influencia decisivamente na formação e exercício da personalidade, na medida em que se constituem fatores decisivos de aceitabilidade junto à sociedade. Nesse sentido, Nicolau da Rocha Cavalcanti bem aponta a forma pela qual a beleza é relacionada à normalidade e aceitação sociais:

Recentemente, um estudante universitário resumia assim o seu período escolar: “passei o colégio inteiro tentando ser bonito”. Por que ocorre esse fenômeno? Por que é tão importante a beleza? A beleza abre portas. Ela é o passe de entrada para o grupo de amigos. Para ser aceito. Para ser querido. A cultura juvenil valoriza a beleza. [...] com independência da superficialidade, futilidade, etc. – a beleza produz resultados reais na vida das pessoas.³²⁶

Por fim, há a questão da reparação ou prevenção da saúde psíquica por meio da cirurgia plástica estética.

A origem da terminologia “cirurgia plástica” remete ao vocábulo grego *plastikos*, cujo significado relaciona-se à forma. Sinteticamente, a doutrina especializada classifica a cirurgia plástica em duas modalidades: reparadora e estética.

A modalidade denominada “reparadora” relaciona-se ao trabalho cirúrgico em lesões ou deformidades congênitas ou adquiridas, e tem como objetivo principal restaurar a aparência pré-lesão ou deformidade e otimizar a funcionalidade da parte ou membro. Assim, percebe-se que a reparação ocorre sempre em uma esfera considerada anormal e com o intuito de se alcançar ou se aproximar ao máximo da normalidade anterior ao evento danoso.

A cirurgia reparadora abarca uma infinidade de utilizações, sendo de larga escala a sua descrição na literatura médica, bem como a repercussão que causa na seara jurídica. É pacífico o entendimento de que a reparação e a reconstrução de partes do corpo para fins de corrigir defeitos congênitos ou adquiridos via de acidentes ou enfermidades relaciona-se intrinsecamente com o direito fundamental à saúde, devendo ser custeada pelos serviços de saúde pública e, em diversas situações, também abarcada pelo setor privado de prestação de serviços de saúde.

A cirurgia estética, por sua vez, foi por muito tempo interpretada como um artifício de futilidade destinado ao mero embelezamento, visto ser realizada em estruturas

³²⁵ CAVALCANTI, Nicolau da Rocha. Ob. cit., p. 12.

³²⁶ Ob. cit., p. 14.

corporais normais e ter como finalidade a modificação de traços fisionômicos que desagradam os pacientes. O ponto que em regra não é considerado é o fato de que, em não raras situações, tais traços fisionômicos são causas de complexos que se arrastam desde a idade infantil, sendo portanto severos obstáculos ao bem-estar psicofísico. Em outras palavras, são causas concretas de baixa autoestima, portas abertas e potenciais à que se instalem transtornos de ordem psíquica comprometedores da vida digna.

Destarte, a cirurgia plástica classificada como estética é modificadora de formas e volumes, com o objetivo de se dar ao paciente não só a aparência física desejada mas também conferir-lhe a tão sonhada satisfação íntima que o leva a adquirir a aludida "dignidade pessoal" e a paz interior tão necessária ao bem-estar individual. Dito de outra forma: a cirurgia plástica estética torna-se necessária quando não há alternativa pela qual o ser humano atinja sua satisfação psicológica e isso possa causar grave dano à sua integridade psíquica. Nesse sentido:

Cada indivíduo vê-se de forma diferente daquilo que é, na realidade, e possui uma imagem idealizada de si mesmo. Se a maioria de nós suporta essa leve distorção entre a idealização do eu sonhado e a realidade que apreende, em compensação outros há que sofrem com isso. Essa sobreposição da imagem sonhada e da imagem real, um pouco como uma focagem falhada, pode tornar-se tão intolerável que leve a um pedido de correção.³²⁷

Em se havendo realmente perturbação de ordem psíquica em razão do inconformismo com a estrutura estética corporal, tal fato pode redundar em sério distúrbio de comportamento. Juan Antonio Gisbert Calabuig assevera que tal distúrbio pode variar entre um transtorno psicótico devido a enfermidade médica, transtorno do estado de ânimo, transtorno pela dor, transtorno psicoemocional, o transtorno neurocognoscitivo leve, entre outros.³²⁸

Portanto, pode-se afirmar que a cirurgia plástica estética não é supérflua, haja vista que um distúrbio de comportamento ou uma doença psicossomática pode se originar de um defeito estético do paciente; assim, remodelado o corpo de forma cosmetológica, extingue-se a angústia do paciente – e, em consequência, a doença de que padece.

Nesse sentido, Aguiar Dias bem observa:

³²⁷ Ob. cit., p. cit.

³²⁸ CALABUIG, Juan Antonio Gisbert. **Medicina legal y toxicología**. 6. ed. Barcelona: Masson, 2004, p. 1217-1234.

Os defeitos físicos conduzem a estados psíquicos que podem ir da simples tristeza à loucura e ao suicídio; portanto, não é só para ajudar os caprichos que agem os médicos que a praticam; trata-se, então, de uma arte da qual se deve falar com o respeito devido às mais nobres manifestações da ciência.³²⁹

Com efeito e conforme já comentado, “saúde” é uma expressão cujo conceito vai além do mero bem-estar físico. O ser humano não padece apenas de males físico-orgânicos; também sofre moléstias de origem mental e psíquica, ainda que com consequências orgânicas. Daí o caráter reparador da cirurgia plástica estética, mesmo quando inexistente lesão física: conforme já dito, fatores como beleza e a juventude podem influenciar sobremaneira o psiquismo do indivíduo, a ponto de sentir-se no mínimo diminuído, “coisificado”, quando em contato com seus semelhantes.

É dizer: de *per si*, o indivíduo condena-se por possuir uma aparência em seu modo de ver depreciante ou constrangedora, e por isso vive enclausurado em si mesmo evitando relacionar-se com seus semelhantes dado o extremo complexo de inferioridade que punge sua alma. Assim, com a correção corporal reconquista a saúde psíquica e volta a ser uma pessoa feliz. Carlos Villas Boas Filho bem resume tal pensamento:

Para muitas pessoas que procuram a cirurgia plástica, a convivência com certos tipos de alterações físicas, acaba por acarretar transtornos psicológicos com os quais muitas vezes a pessoa não consegue conviver. Seria muito simplista de nossa parte pensar que cada pessoa deveria se adaptar ao corpo que tem e que não é através da mudança do tipo físico que se chega à felicidade. Posso até concordar com essa ideia, mas e quanto àquele que não consegue este convívio pacífico consigo mesmo, o que fazer com ele? Simplesmente abandoná-lo?³³⁰

Necessário se torna frisar-se que, tal qual em qualquer assunto afeto ao Direito, não se deve generalizar a ponto de se eleger a cirurgia plástica estética como solução para todos os males: dado que se trata de uma alternativa extrema, deve-se averiguar se realmente este é o último recurso para a recuperação da saúde psíquica do paciente. Nesse sentido:

Os candidatos à cirurgia estética, e que se apresentam ao cirurgião plástico para uma consulta prévia podem ser catalogados em três grupos: 1) Pacientes com personalidade normal e com deformidades reais, cuja correção de pequenos defeitos produzem bom resultado e excelente ganho psicológico; 2) Pacientes neuróticos e com deformidades maiores ou menores, que podem ser melhoradas com tratamento cirúrgico. Como estas pessoas colocam todos os seus problemas pessoais na correção da deformidade, por menor que seja, a

³²⁹ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 306.

³³⁰ VILLAS BOAS FILHO, Carlos. **Cirurgia plástica:** recuperando a auto-estima. São Paulo: Scortecci, 2005, p. 10.

colaboração do analista em conjunto com o cirurgião plástico é imprescindível; 3) Pacientes com deformidades imaginárias e que buscam a correção de algo que não existe. Nestes casos, a desilusão vai ocorrer com certeza, e uma decisão de operar este tipo de paciente pode resultar em tentativa de suicídio ou mesmo agressão direta contra o cirurgião. O paciente, entretanto, não deverá sair do consultório sem esperanças e precisará ser tratado cuidadosamente, pois muitas vezes uma recusa cirúrgica pode destruir todas as esperanças de uma existência normal. Pacientes psicóticos com deformidades imaginárias e com preocupações sobre defeitos imaginários não respondem bem à cirurgia estética.³³¹

Feita a devida ressalva, vê-se a necessidade de se repensar o papel da cirurgia plástica estética, abandonando-se a estigmatizante imagem de cirurgia supérflua e a compreendendo como um importante recurso para a recuperação da saúde psíquica do indivíduo, aliando-se a beleza corporal ao equilíbrio psíquico.

Tal afirmação também se legitima na crença de que dignidade é pseudônimo de felicidade: uma vez que a finalidade precípua do Estado é garantir o bem-estar à sociedade, a razão de ser do Estado é a felicidade das pessoas que a ele estão vinculadas, isto é, a *eudaimonia*.³³² Não poderia ser diferente: a felicidade e o sucesso da própria vida são medidas de plenitude; a felicidade é o objeto da incessante busca pelo ser humano, envolvendo-se aí as ideias de autossuficiência, autodeterminação e exercício pleno de todas as potencialidades da personalidade.

A vinculação do conceito de dignidade à satisfação encontrada na felicidade é tratada de forma interessante na abordagem de Bernhard H. F. Taureck:

Pertence à ética contemporânea a tarefa de vincular a dignidade humana fundada no autoposicionamento de três outros determinantes, a saber, felicidade, formação e liberdade. [...] *Felicidade*, dir-se-ia, pode consistir em uma *sábia suficiência*. *Formação* significaria primeiramente *conhecimento e capacidade de decisão* sobre o que é o caso e o que não é, em segundo lugar *autodomínio e controle dos impulsos* e, em terceiro lugar, *capacidade de se relacionar e cooperar* com nosso semelhante.³³³

Entretanto, alcançar a autossuficiência e a plenitude individual são destinos cujos caminhos necessariamente devem passar pela convivência em sociedade.

Assim, a dignidade da pessoa humana sob o enfoque da intersubjetividade tem por premissa uma “obrigação geral de respeito pela pessoa”, em razão de seu valor intrínseco

³³¹ Ob. cit., p. 25-26.

³³² DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 56.

³³³ TAURECK, Bernhard H. F. **A dignidade humana na era da sua supressão**: um escrito polêmico. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2007, p. 105-106.

enquanto tal, compreendido como um conjunto de direitos e deveres correlacionados e cuja natureza não se reduz a caráter meramente instrumental, mas vinculado a um rol de bens indispensáveis à vivência humana em parâmetros dignos.

Esses direitos e deveres constituem exatamente os elencados como fundamentais da pessoa humana na sociedade atual, em face do que se pode afirmar que a dignidade somente tem razão de ser se considerada no espectro da intersubjetividade, não obstante a irrefutável relevância de sua dimensão ontológica.

3.4 O Argumento da Dignidade Humana Refletido na Ampliação do Tratamento Doutrinário e Jurisprudencial do Direito Fundamental à Saúde Psíquica

A força do princípio da dignidade da pessoa humana no cenário constitucional brasileiro vincula-se, inequivocamente à interpretação neoconstitucional adotada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O fenômeno do neoconstitucionalismo tem suas bases fundadas, sobretudo, nos entornos da Constituição. É de seus postulados comprometidos em totalidade com a Lei Maior e com seu significado para o contexto social que parte toda a análise neoconstitucionalista do ordenamento, de forma a tornar o conjunto dos direitos fundamentais o epicentro do direito.³³⁴

O neoconstitucionalismo reconhece a força normativa dos princípios constitucionais, o que fortalece a dignidade da pessoa humana e potencializa a realização do direito justo.³³⁵ Em sua teoria traz como características pontuais a aceitação moral do direito, reaproximando a Constituição dos valores morais, éticos e sociais, ao mesmo tempo que estabelece peso normativo a toda essa intervenção axiológica via da positivação de princípios.³³⁶

Mais ainda: sob a égide da dignidade humana a saúde ganha contornos ampliados, pois a pessoa também passa a ser reconhecida pela complexidade de suas características e necessidades que, somente atendidas em sua totalidade poderão garantir o acesso à vida digna.

A dimensão do conceito dado à saúde pela OMS e adotado pela Constituição brasileira vem ao encontro da nova dinâmica da dignidade onde o homem está inserido: uma

³³⁴ MARTINS, Flávia Bahia. **O direito fundamental à saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo.** Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077034.pdf>>. Acesso em 22 de dezembro de 2014.

³³⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.122.

³³⁶ Ob. cit., p.128.

dignidade que demanda qualidade de vida, bem-estar, desenvolvimento pleno de suas potencialidades e reconhecimento e respeito de sua identidade perante a sociedade.

Foi sob a égide dessas novas concepções que o direito à saúde foi alçado ao *status* de preceito fundamental, vinculando setores público e privado ao cumprimento imediato das disposições contidas no texto constitucional. Maria Helena Diniz esclarece que

A Constituição de 1988 constituiu a tutela jurídica da saúde individual e da saúde pública. As atividades médicas, que envolvem a vida e a saúde física e mental, deverão sujeitar-se à tutela estatal e aos ditames da legislação. (...) O acesso aos serviços de saúde é um direito fundamental do ser humano, e ao Estado caberá fornecer medicamentos, dar assistência à preservação da saúde física e mental de todos sempre que a ausência de sua atuação e seus recursos colocar em risco a coletividade, sendo que as ações de profilaxia e controle de doenças endêmicas também são de sua alçada.³³⁷

A saúde psíquica, não obstante o silêncio constitucional no sentido de detalhar com exatidão o conteúdo do direito à saúde, faz parte do contexto que envolve o direito fundamental à saúde, gozando da mesma importância por ser, a um só tempo, elemento essencial constitutivo do direito e direito autônomo, passível de reparação e indenização.

A premissa tomada por parâmetro para o desenvolvimento de uma análise dos direitos relacionados ao elemento psíquico da saúde é a necessidade de proteção jurídica da incolumidade da mente humana. Segundo Gagliano e Pamplona Filho “o direito à integridade mental é o direito-base, de onde surgem todos os demais”.³³⁸

A interpretação doutrinária da questão tem na primorosa lição de Maria Helena Diniz acerca da incolumidade da mente um referencial seguro de atuação. A autora estabelece o direito à integridade psíquica como componente do rol dos direitos de personalidade, o que impõe à todos o dever de respeito à organização psíquica de outrem, via de atuação direta ou indireta, em tratamentos de ordem psicológica ou ainda em ações de cunho repressivo³³⁹. E continua:

É preciso resguardar os componentes identificadores da estrutura interna da pessoa, suas convicções, ideias, modo de pensar, etc., para que possa haver tutela integral à sua personalidade. Até mesmo ao nascituro deve ser garantido, desde a concepção, o direito à incolumidade mental, evitando-se que alguém administre à sua mãe ou que ela mesma ingira medicamentos que possam causar dano ao seu desenvolvimento psíquico. Ninguém deve

³³⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 194-195.

³³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 14 ed. Revista, atualizada e ampliada. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212.

³³⁹ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 215.

prejudicar a saúde mental de outrem, sob pena de ser responsabilizado penal e civilmente.³⁴⁰

Da análise do trecho transcrito depreende-se a conexão existente entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, e, com isso, a dimensão da dignidade a permear as searas do público e do privado, unificando-as no sentido de ampliar ao máximo o alcance do conjunto de preceitos indispensáveis à sua concretização. O direito à saúde psíquica, assim, tem viés que caminha na esfera da personalidade que acaba por reforçar a fundamentalidade de seu conteúdo enquanto elemento imprescindível à efetivação da dignidade humana.

A proteção jurídica da saúde psíquica encontra respaldo em diversas determinações contidas no texto constitucional, além dos ditames propriamente estabelecidos no contexto do direito fundamental à saúde. Maria Helena Diniz assevera que “em todas as nações civilizadas há a consagração do princípio da incolumidade mental nos Textos Constitucionais e em normas substantivas e adjetivas.”³⁴¹ No ordenamento constitucional brasileiro a integridade psíquica consta expressamente protegida no artigo 5º, inciso III, que admite a indenização em razão de ocorrência de dano moral. Também está expressa no inciso XLIX do mesmo dispositivo, em que se assegura a integridade física e moral do preso, bem como no inciso LVI, que proíbe a utilização processual de qualquer prova obtida ilicitamente, com o intento de salvaguardar a integridade psíquica do acusado diante de uma eventual tentativa de auferir confissão através de atos que violem sua liberdade e sua incolumidade mental.³⁴²

A legislação infraconstitucional também alcança a proteção da integridade, elemento constitutivo da saúde psíquica. Assim é que o Código Penal brasileiro pune os seguintes tipos, que possuem como característica comum a potencial violação da integridade psíquica da pessoa: constrangimento ilegal, consoante dispositivo do artigo 146; cárcere privado com imposição de sofrimento mental, previsto no artigo 148, §2º, ofensa à saúde de terceiro que ocasione enfermidade incurável, incluso as relacionadas à esfera psíquica, a teor do disposto no artigo 129, §2º, II, exposição da saúde de terceiro a perigo direto ou iminente, conforme artigo 132, práticas de charlatanismo – artigo 283 – e curandeirismo, por força do dispositivo contido no artigo 284.³⁴³

³⁴⁰ Ob. cit., p. cit.

³⁴¹ Ob. cit., p. 218.

³⁴² Ob. cit., p. cit.

³⁴³ Ob. cit., p. 219.

Ainda no que toca à proteção do elemento psíquico em seara infraconstitucional tem-se a questão que envolve o direito à saúde mental no ambiente de trabalho. A saúde mental, segundo Adriana Calvo, é termo utilizado para “descrever o nível de qualidade de vida cognitiva ou emocional”, podendo incluir a capacidade de um indivíduo de “apreciar a vida e procurar um equilíbrio entre as atividades e os esforços para atingir a resiliência psicológica”.³⁴⁴ Destarte, assim como a saúde é mais que a ausência de doenças, a saúde psíquica também não se resume à ausência de transtornos mentais.

A autora ressalta a relação intrínseca existente entre as patologias físicas e mentais, e colaciona em sua obra o Decreto 3048/99 da Previdência Social que relaciona, no Anexo II, as doenças ocupacionais assim caracterizadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), mencionando de forma expressa aquelas constantes do Grupo V da CID-10, quais sejam, os transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho. Neste anexo há aproximadamente duzentas novas doenças relacionadas ao trabalho, dentre as quais figura a depressão. Além dela, problemas relacionados ao desemprego, reações após acidente, assalto no trabalho, desacordo com colega ou patrão, até má organização e má adaptação ao horário laboral.³⁴⁵

Até aqui tratou-se das premissas relacionadas à proteção da saúde psíquica. No que toca à sua recuperação, em situações onde já consta comprovado o comprometimento da integridade psíquica do indivíduo a doutrina fala de doença mental, definindo-a como

uma perturbação psíquica oriunda de processo patológico instalado no mecanismo cerebral, como se dá com a arteriosclerose, psicose traumática, sífilis cerebral, etc., causada por veneno *ab externo*, como álcool, morfina, cocaína, etc., toxina metabólica produzida por infecções agudas ou, ainda, desvios da conduta normal psíquica, como paranoia, histeria, psicose maníaco-depressiva, esquizofrenia, oligofrenia, loucura, etc.³⁴⁶

Na lição de Maria Helena Diniz é necessário que se evite qualquer espécie de tratamento que venha a causar degradação à pessoa que apresenta transtorno mental, que, para ser assim considerada tem por imprescindível diagnóstico que deve ser formalizado seguindo-se estritamente os padrões médicos convencionados internacionalmente. Para além desse criterioso diagnóstico, também são proibidos os usos de instrumentos como camisas de força e celas fortes, bem como quaisquer outros que tenham o poder de lesão à personalidade, saúde

³⁴⁴ CALVO, Adriana. **O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho:** o combate ao assédio moral institucional – visão dos tribunais trabalhistas. São Paulo: LTR, 2014, p. 109-110.

³⁴⁵ Ob. cit., p. 111.

³⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 222.

física ou psíquica. Por fim, “a psicocirurgia e outros tratamentos invasivos e irreversíveis para transtornos mentais apenas poderão realizar-se em paciente mediante consentimento esclarecido e parecer favorável do Conselho Regional de Medicina”.³⁴⁷

O direito à incolumidade da mente é, da mesma sorte que o direito fundamental à saúde, direito-dever: há obrigações de parentes e do Estado de velar pelo insano mental.³⁴⁸

Acerca das consequências jurídicas oriundas da violação do direito fundamental à saúde psíquica via da ofensa à integridade psicofísica Maria Helena Diniz pondera acerca da existência de muitas variações, pelo fato de que o problema abrange lesão à saúde, à estética, à mente.³⁴⁹

Segundo a autora a indenização relativa ao dano geralmente é fixada por arbitramento, sofrendo influência, por um lado, do aspecto subjetivo que envolve o dano moral, e, por outro, pelo critério objetivo relacionado à situação econômica do lesante, da repercussão do dano, da posição social e necessidade do lesado, bem como da incidência de lucros cessantes e danos emergentes. Mas pondera:

O problema mais sério é a avaliação do aspecto subjetivo, pois, como medir a dor do lesado? A dor é um fenômeno de origem nervosa, tendo, por isso, caráter subjetivo, mas apesar disso tem havido métodos objetivos para estabelecer o montante satisfatório. Por exemplo, nos Estados Unidos e em alguns países europeus utiliza-se um aparelho para medir a dor, denominado dorímetro, que a classifica em sete categorias: muito leve, leve, moderada, média, quase importante, importante e muito importante. Deveras, é impossível ignorar a consequência psicológica do dano, que pode atingir a vítima temporária ou definitivamente, incidir em seu trabalho, vida, relações sociais e afetivas etc., mas o órgão judicante não poderia negar reparação ao lesado por falta de provas de seu sofrimento, dor, prejuízo sofrido no seu lazer ou afeição, mesmo porque o dano moral não é a dor, o desgosto, a mágoa, a humilhação, etc., que são estados contingentes e variáveis em cada caso e inindenizáveis, pois não se exprimem em dinheiro; sua reparação seria tão somente uma compensação ante a impossibilidade de haver equivalência entre o dano e o ressarcimento.³⁵⁰

Assim, não obstante o conceito fuja da seara do Direito, não pode o julgador se abster da análise transdisciplinar que alcance a justiça material. Aliás, fato é que, em razão da fundamentalidade formal e material que incide sobre o direito à saúde e, consequentemente, sobre seu elemento psíquico, o conteúdo principiológico ganha em importância e auxilia sobremaneira nas decisões em que a dignidade da pessoa humana será não a superficial

³⁴⁷ Ob. cit., p. 205.

³⁴⁸ Ob. cit., p. 205.

³⁴⁹ Ob. cit., p. 216.

³⁵⁰ Ob. cit., p. 16-217.

justificativa que tudo absorve, mas a explicação mais aprofundada e legítima. A dor e seu reflexo na saúde psíquica do indivíduo, se não podem ser mensuradas objetivamente por um critério formal, podem, certamente, ser identificadas através da lesão à dignidade da pessoa humana. Aliás, outro não é o pensamento de Miguel Reale:

O valor é a dimensão do espírito humano, enquanto este se projeta sobre a natureza e a integra em seu processo, segundo direções inéditas que a liberdade propicia e atualiza.³⁵¹

Tal vertente de pensamento tem embasado decisões paradigmáticas nos tribunais pátrios. Toma-se como exemplo o julgamento da ADPF 54, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inexistência de crime de aborto em situações de fetos anencefálicos. De acordo com o voto do ministro Gilmar Mendes,

a inconstitucionalidade da omissão legislativa está na ofensa à integridade física e psíquica da mulher, bem como na violação ao seu direito de privacidade e intimidade, aliados à ofensa à autonomia da vontade. “Competirá [como na hipótese do aborto de feto resultante de estupro] a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir.³⁵²

Não obstante tenha deixado expressa a necessidade de que o Estado discipline com zelo a questão que envolve o diagnóstico de anencefalia fetal, o Supremo valeu-se do critério da preservação da integridade física e psíquica da mulher, sua saúde mental, levando-se em consideração o desgaste e potenciais consequências psíquicas que poderiam ser acarretadas durante uma gestação considerada desde o início inviável. Assim, o reconhecimento da leitura da dignidade no fundamento da decisão é inequívoco.

Por derradeiro, é fundamental que se estabeleça uma convergência entre o direito público e o direito privado, pois se a Constituição positivou princípios fundamentais a fim de proteger a pessoa contra o Estado, não pode negligenciar o fato de que entre particulares também há potencial possibilidade de violação de tais princípios.³⁵³

A promoção, prevenção e recuperação do elemento psíquico que envolve a saúde é dever de todos, estendendo seus braços na esfera do Estado e também no universo privado. Esse é, sem dúvidas, mais um efeito do fenômeno neoconstitucionalista, que traz consigo a

³⁵¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 213.

³⁵² JUSBRASIL. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3085273/adpf-54-e-julgada-procedente-pelo-ministro-gilmar-mendes>>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.

³⁵³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no código civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 81.

interpretação de todos os dispositivos e legislações sob o referencial primaz da Constituição. É na defesa deste argumento que Ricardo Luis Lorenzetti preleciona que:

[...] a Constituição tem disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito Privado. De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.³⁵⁴

A vinculação do texto constitucional aos assuntos de âmbito privado tem o condão de transformá-lo em uma disciplina mais humana, justa e adequada às necessidades da sociedade. Somente através da compreensão da ordem jurídica como um todo em que a proteção da pessoa desempenhe papel principal torna-se possível dar à noção de direitos da personalidade a sua dimensão efetiva.³⁵⁵

Na lição de Fernando Rodrigues Martins:

[...] a Constituição deixa de ser, ainda que esta fórmula venha toda hora mecanicamente repetida, somente a fonte suprema do direito público, reguladora da forma de governo e das garantias de liberdade dos cidadãos no confronto com o Estado; mas torna-se, ao mesmo tempo, a lei fundamental do direito privado, reguladora das relações entre privados, ou mesmo normas imediatamente fundamentais, ou, mais frequentemente, como normas de endereço para a legislação ordinária.[...] já não é interessante perscrutar se a norma é pública ou privada, mas a quem ela se aplica.³⁵⁶

A abordagem e a tratativa desejada do direito fundamental à saúde psíquica está intimamente vinculada a este pensamento. Poder Público e iniciativa privada, Estado e sociedade devem caminhar juntos na intenção verdadeira de efetivar direitos e concretizar dignidade. O critério de análise, independente do que seja a questão, deve pautar-se nos direitos da pessoa humana. Segundo Diogo Leite de Campos, o Direito possui um fundamento axiológico que lhe serve de justificação, imposto pela pessoa humana. A principal tarefa do jurista, assim, consiste no reconhecimento dos direitos da pessoa, pois que a pessoa humana é “anterior e superior à sociedade”, impondo-se, portanto, ao Direito.³⁵⁷

³⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 252-253.

³⁵⁵ CORRÊA, José Lamartine. MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. n. 19. Curitiba: UFPR, 1980, p. 228.

³⁵⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. Ob. cit., p. 87-88.

³⁵⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 54.

CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana é considerada na atualidade como fundamento máximo de todo o ordenamento jurídico. Em se reconhecendo essa premissa, reconhece-se por consequência que todas as normas jurídicas que tenham sua essência vinculada à defesa e proteção do interesse público ou das relações privadas devem ter por objetivo primaz o alcance e a atenção à dignidade.

Mais que isso: a dignidade humana, na contemporaneidade, se estende às relações intersubjetivas, pautando-se, além de na dimensão ontológica do ser, em sua perspectiva correlacional, geradora de reconhecimento e concretizadora da identidade.

A compreensão de pessoa como um conjunto complexo de variáveis que precisam de atendimento em sua totalidade para que a personalidade possa ser vivenciada em plenitude foi reconhecida em diversas searas do conhecimento. Isso motivou a evolução de diversos conceitos correlatos, entre eles, como mencionado, a dignidade.

Nesse sentido, vincular a dignidade humana como referencial para a análise da amplitude da saúde psíquica enquanto elemento do direito fundamental à saúde é deitar um olhar sobre o direito tendo como preocupação principal a pessoa humana e seu lugar no mundo. Eis porque a análise da dimensão, amplitude e alcance do conceito de saúde psíquica deve ter como referencial seguro o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a perspectiva neoconstitucional que hoje dá a tônica da interpretação do direito pátrio direcionou a adoção de um referencial de expressivo conteúdo axiológico e ao mesmo tempo normativo. Entretanto, de forma inquietante e até recentemente reinou o silêncio do legislador constituinte em fixar o alcance do direito fundamental à saúde e em identificar seus elementos conformadores, situação que justificou a intenção de se analisar em que parâmetros o elemento psíquico conformador de tal direito era compreendido pelo ordenamento.

Em face disso, restou demonstrado que o direito fundamental à saúde constitui parte essencial do conjunto de direitos intrinsecamente vinculados à efetivação da dignidade. Ao se adotar o conceito de saúde estabelecido pela OMS, entende-se por saúde uma situação de completo bem-estar que envolve entre outros elementos o bem-estar psíquico. A integridade psíquica, por sua vez, além de elemento constituinte do conceito de saúde é reconhecidamente elemento conformador do núcleo dos direitos da personalidade.

Assim, provou-se que os caminhos entre os conteúdos desses conceitos são tangentes e em muitas vezes coincidentes: a dignidade ampliou-se, abraçando o ser humano,

suas relações e sua identidade; o conceito de pessoa ampliou-se, passando a ser consideradas suas dimensões física, intelectual e moral; ato contínuo, expande-se a definição de saúde, que não se contenta mais apenas com a ausência de enfermidades, mas abrange qualidade, equilíbrio e vida digna tanto no aspecto físico quanto no aspecto psíquico.

Demonstrou-se ainda que essa evolução deve alcançar também os elementos constitutivos do direito e sua interpretação. Como a saúde não pode mais ser taxada simploriamente de ausência de doenças, a saúde psíquica também não deve ser considerada tão somente um estado de ausência de transtornos mentais. Também a saúde psíquica conglobra outros elementos, que, se não protegidos, podem levar a um desequilíbrio potencialmente causador de enfermidades.

Diante do exposto, evidenciou-se a amplitude do elemento psíquico conformador do direito fundamental à saúde, tendo como norte de ação e referencial primaz a dignidade da pessoa humana. Para tanto, analisou-se desde os fatos históricos que contêm a evolução do conceito de dignidade até a compreensão contemporânea de dignidade vinculada às relações intersubjetivas. Estudou-se também a vinculação desse princípio à estrutura dos direitos fundamentais, bem como sua íntima conexão com o conjunto de direitos considerados indispensáveis à concretização de uma vida digna, dentre os quais está inserido o direito fundamental à saúde.

Bem assim, na análise do direito fundamental à saúde tratou-se de delimitar a abrangência de seu conceito, bem como situá-lo no ordenamento constitucional vigente, explicitando suas dimensões objetiva e subjetiva a fim de consubstanciar a amplitude de sua atuação. Buscou-se ainda, no desenvolvimento de suas características de fundamentalidade formal e material demonstrar o caráter de essencialidade que envolve o direito.

Analizando-se a característica de direito-dever da qual o direito fundamental à saúde é titular atentou-se para a extensão do conceito ao direito à saúde psíquica, e, via de consequência, a necessidade de comprometimento de todos os atores sociais a ele vinculados.

A abordagem transdisciplinar que tratou da dor e do sofrimento, dos danos psíquicos e da baixa autoestima como porta aberta para transtornos mentais comprometedores da saúde psíquica demonstrou a importância de um estudo que integre o conhecimento oriundo de ciências que tenham o ser humano como centro de sua atuação, objetivando o maior alcance e domínio do tema para que sua proteção possa ser efetiva.

Através da compreensão do mecanismo da dor e do sofrimento alcançaram-se as nuances delicadas que envolvem a saúde psíquica e os seus elementos conformadores, do

modo a construir-se assim um conceito mais humanizado cujo conteúdo atente para vieses não contidos expressamente em nenhum diploma legal.

Ato contínuo esclareceu-se que na relação entre saúde psíquica e personalidade, enquanto a primeira consubstancia-se num dos mais eficazes fatores de modificação da segunda, esta reciprocamente incide relevantemente na vivência de qualquer dor, sob qualquer circunstância; em menor ou maior grau, a dor enquanto resultado da ausência de saúde psicofísica sempre será sentida como uma realidade, tanto pelo dolorido quanto por aqueles que cuidam de minorar os sofrimentos daqueles que padecem, e bem assim terá influência no exercício da personalidade pelo indivíduo.

Assim, restou demonstrado que, sob o referencial da dignidade humana a saúde psíquica se constitui em elemento imprescindível à plenificação do direito fundamental à saúde, por identificar-se intimamente ao processo de reconhecimento, identidade e equilíbrio da pessoa.

A análise doutrinária e o exemplo trazido da jurisprudência de nossa Corte maior consolidam o entendimento pátrio do caráter essencial desse elemento, dando-lhe lugar de destaque e valendo-se de seu conteúdo para justificar novos posicionamentos interpretativos dos fatos relacionados ao direito fundamental à saúde.

Dessume-se, ao final, que o conhecimento ampliado do conteúdo do direito contribui sobremaneira para que os operadores da norma aliem a técnica jurídica à busca de justiça material. Aliás, essa deve ser a tônica da sistemática de interpretação e tratamento dos direitos fundamentais: uma análise conjunta, em que as esferas de conhecimento e atuação se coadunem na busca de concretização e consolidação efetiva de seu conteúdo. Por isso a necessidade de envolvimento comprometido do setor público e da iniciativa privada. O viés de direito-dever em que se envolve a saúde psíquica ressalta a importância do trabalho conjunto de Estado, sociedade e indivíduo em sua efetivação.

REFERÊNCIAS

- ADNET, Patrícia. **O que é baixa autoestima?** Disponível em <<http://www.patriciaadnet.com/2010/03/o-que-e-baixa-auto-estima/>>. Acesso em 12 de dezembro de 2104.
- AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário:** a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos fundamentais:** introdução geral. 2. ed. revisada e atualizada. Cascais: Princípia, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALKIMIN, Maria Aparecida (org.). **Bullying:** visão interdisciplinar. Campinas: Alínea, 2011.
- ALMEIDA FILHO, Naomar de. **Transdisciplinaridade e o paradigma pós-disciplinar na saúde.** Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v14n3/04.pdf>. Acesso em 28 de dezembro de 2014.
- ALMEIDA MARTINS, Maria da Conceição de. Factores de risco para a saúde psicossocial. In: **Millenium - Revista do ISPV**, junho, n. 29, 2004. Disponível em <www.ipv.pt/millenium/Millenium29/33.pdf>. Acesso em 30 mai. 2014.
- ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à Saúde:** efetividade e proibição do retrocesso social. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.
- ALVES, Eliana Calmon. Código de defesa do consumidor e o código civil: temas limítrofes. **Biblioteca Digital Jurídica do STJ (BDJUR-STJ)**, 15/06/2004. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/166>>. Acesso em 01 jun. 2014.
- AMARO, Elisabete, Aloia. **Direitos privados da personalidade:** a psique. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/elisabeteamaro/2011/08/10/direitos-privados-da-personalidade-a-psique/>>. Acesso em 01 jul. 2014.
- ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona.** Madrid: Tecnos, 2012.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana:** valor-fonte da ordem jurídica. São Paulo: Cautela, 2007.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direitos humanos e direitos fundamentais:** diálogos contemporâneos. Salvador: Juspodvm, 2013.
- ARISTÓTELES. **Política.** Trad. Mário Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. **Dano moral puro ou psíquico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

ASENSI, Felipe (coord.). MUTIZ, Paula Lucia Arévalo (coord.). PINHEIRO, Roseni. **Direito e saúde**: enfoques interdisciplinares. Curitiba: Juruá, 2013.

ASENSI, Felipe (org.) PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de (org.). **Estudos e pareceres de direito privado**: com remissões ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva: 2004.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARILLI, Renato. **Curso de estética**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

BARROS, Sérgio Resende de (coord.). ZILVETI, Fernando Aurélio (coord.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórico e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **A Democracia na Constituição de 1988**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 194.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BECCHI, Paolo. **O princípio da dignidade humana**. Trad. Ubenai Lacerda. Aparecida: Santuário, 2013.

BERLINCK, Manoel Tosta. A dor. In: BERLINK, Manoel Tosta (org.). **Dor**. São Paulo: Escuta, 1999.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Trad. Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave-Maria, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29 ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 22 de dezembro de 2014.

BUZZI, Arcângelo R. **A identidade humana: modos de realização**. Petrópolis: Vozes, 2002.

CALABUIG, Juan Antonio Gisbert. **Medicina legal y toxicología**. 6. ed. Barcelona: Masson, 2004.

CALVO, Adriana. **O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho: o combate ao assédio moral institucional – visão dos tribunais trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2014.

CAMARGO, José A. O direito à integridade psicofísica nos direitos brasileiro e comparado. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 261-284, 2009.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes (org.); CORREIA, Marcos O. G. (org.). CORREIA, Érica Paula Barcha. (Org.) **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes (coord.); MENDES, Gilmar Ferreira (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); STRECK, Lenio Luiz. (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Direito, estética e arte de julgar**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008.

CAVALCANTI, Nicolau da Rocha. **A beleza humana**: reflexões sobre ética e estética. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Trad. João Mendes Neto. São Paulo: Saraiva, 1965.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial – O papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORRÊA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 19, Curitiba: UFPR, 1980.

COSTA, Alexandre Bernardino (org.); DALLARI, Sueli Gandolfi (org.); DELDUQUE, Maria Célia (org.); et al. **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 110.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/22/pr/pr4.pdf>> Acesso em 21 de dezembro de 2014.

_____. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CREMA, Roberto. Além das disciplinas: reflexões sobre a transdisciplinaridade geral. In: WEIL, Pierre; D'AMBROSIO Ubiratan; CREMA, Roberto. **Rumo à nova transdisciplinaridade**: sistemas abertos de conhecimento. São Paulo: Summus, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da República e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

DORNELLES, Vinícius Guimarães (org.); SAYAGO, Cristina Würdig. **Bullying**: avaliação e intervenção em terapia cognitivo-comportamental. Porto Alegre: Sinopsys, 2012.

DRUMMOND, José Paulo. **Dor**: o que todo médico deve saber. São Paulo: Atheneu, 2006.

DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ponderação e proporcionalidade no estado constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: Teoria e Prática. São Paulo: RT, 2014.

DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **direitos fundamentais e direito privado:** textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ENGELHARDT JR. H. Tristán. **Fundamentos da bioética.** Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.

ERIKSON, Erik H. **Identidade:** juventude e crise. Trad. Álvaro Cabral. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 6 ed. revista, ampliada e atualizada e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 2-23.

FONTES, Carlos. **Breve história da estética.** Disponível em <<http://afilosofia.no.sapo.pt/histestetica.htm>>. Acesso em 21 jun. 2014.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** parte geral. 14 ed. Revista, atualizada e ampliada. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional:** do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

JUSBRASIL. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3085273/adpf-54-e-julgada-procedente-pelo-ministro-gilmar-mendes>>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KARKLIS, Ivan Pinheiro; FERREIRA, Ricardo Corrêa. **A dor:** uma experiência na história. Disponível em: <<http://sbhm.webnode.com.br/news/a%20dor%3A%20uma%20experi%C3%A7%C3%A3o%20na%20historia/A>>. Acesso em 19 jun. 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade da decepção.** Barueri: Manoel, 2007.

_____. **A sociedade pós-moralista:** o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri: Manoel, 2005.

- _____. **Metamorfozes da cultura liberal**: ética, mídia e empresa. Porto Alegre: Sulina, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LUCAS, Miguel. **Como melhorar a autoestima**. Disponível em <<http://www.escolapsicologia.com/como-melhorar-a-auto-estima/>>. Acesso em 12 de dezembro de 2014.
- LUNARDI, Soraya. **Direitos fundamentais sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- LUÑO, Antonio Enrique. Pérez. **Los derechos fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995,
- _____. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). **doutrinas essenciais**: direito do consumidor. São Paulo: RT, 2011.
- MARQUES, Leonardo Nunes. **Uma teoria constitucional do tributo**: direitos e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.
- _____. **Derechos sociales y positivismo jurídico**: escritos de filosofía jurídica y política. Madrid: Dykinson, 1999.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013.
- _____. **Estado de perigo no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARTINS, Flávia Bahia. **O direito fundamental à saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo**. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077034.pdf>>. Acesso em 22 de dezembro de 2014.
- MARTINS, Maria José D. O problema da violência escolar: uma clarificação e diferenciação de vários conceitos relacionados. **Revista Portuguesa de Educação**, vol. 18, n. 1, 2005.

MATIAS. João Luis Nogueira. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDEIROS, Sergio Aguiar de. **Estética, angústia e desejo**. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

MENDES, Jussara Maria Rosa; LEWGOY, Ana Maria Baptista; SILVEIRA, Esalba Carvalho. Saúde e interdisciplinaridade: um vasto mundo novo. **Revista Ciência & Saúde**, 2008, jan/jun, v. 1, n. 1, pp. 24-32.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito à saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENÉNDEZ, Augustín J. ERIKSEN, Erik O. **La argumentación y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

MIDDLETON-MOZ, Jane; ZAWADSKI, Mary Lee. **Bullying**: estratégias de sobrevivência para crianças e adultos. Trad. Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRÀNDOLA, Pico Della. **A dignidade do homem**. São Paulo: Escala, 1985.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Doria. 15 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

MOTTA, Maria Carolina Carvalho (org.); PALUMA, Thiago (org.). **Temas de direito constitucional**. Curitiba: Íthala, 2012.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NASIO, Juan David. **A dor física**: uma teoria psicanalítica da dor corporal. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Disserta?sequence=1>>. Acesso em 21 de dezembro de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 02 de junho de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-psocial.htm>>. Acesso em 20 de dezembro de 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 22 de dezembro de 2014.

_____. **Carta da Organização dos Estados Americanos.** Disponível em <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em 22 de dezembro de 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial de Saúde (Constitution of World Health Organization).** Disponível em <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>>. Acesso em 20 jun. 2014.

_____. **What is mental health?** Disponível em <<http://www.who.int/features/qa/62/en>>. Acesso em 10 jul. 2014.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais:** reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo, Saraiva, 2012.

PAUL, Patrick. **Visão transdisciplinar na saúde pública.** Disponível em <<http://cetrans.com.br/textos/visao-transdisciplinar-na-saude-publica.pdf>>. Acesso em 27 de dezembro de 2014.

PEREIRA, Sônia Maria de Souza. **Bullying e suas implicações no ambiente escolar.** 3 ed. São Paulo: Paulus, 2011.

PIOVESAN, Flávia (org.); GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas essenciais:** direitos humanos. teoria geral dos direitos humanos: princípios, histórico, temas atuais. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia (org.); GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas essenciais:** direitos humanos: econômicos, sociais, culturais e ambientais. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Portugal-Brasil ano 2000.** Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PIVETTA, Saulo Lindofer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: RT, 2014.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

RAMÍREZ, Salvador Vergés. **Derechos humanos**: fundamentación. Madrid: Tecnos, 1997.

RASSAM, Joseph. **Tomás de Aquino**. Lisboa: Edições 70, 1988.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REY, Roselyne. **História da dor**. São Paulo: Escuta, 2012.

RIOS, Roger Raupp. **Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos**. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm>?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigo/edicao031/roger_rios.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2014.

ROBLES, Gregorio. **Os Direitos fundamentais e a ética da sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005.

RODOTÀ, STEFANO. **La vida y las reglas**: entre el derecho y el no derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional**: algumas aproximações e alguns desafios. Disponível em <<http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>>. Acesso em 30 jun. 2014.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **O direito fundamental à moradia na Constituição**: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Salvador: 2009/2010, Número 20.

_____. (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- _____. TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHWOB, Marc. **A dor**. Lisboa: Piaget, 1994.
- SCHWARTZ, Germano (org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.
- _____. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- _____. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007.
- SEN, Amartya. KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- SERRÃO, Daniel. **Dor Múltipla**: a dor e a dignidade humana. Disponível em <<http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=73>>. Acesso em 18 jun. 2014.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, 1998.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, 1998.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 122.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos fundamentais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SPAGNUOLO, Regina Stella; GUERRINI, Ivan Amaral. **A construção de um modelo de saúde complexo e transdisciplinar**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832005000100020>. Acesso em 27 de dezembro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TAURECK, Bernhard H. F. **A dignidade humana na era da sua supressão**: um escrito polêmico. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **A jurisprudência dos valores**. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/73585111/Artigo-Ricardo-Lobo-Torres-Filosofia-Constitucional>>. Acesso em 29 mai. 2014.

_____. **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

_____. (org.); KATAOKA, Eduardo Takemi (org.). GALDINO, Flavio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TOWNSEND, Dabney. **Introdução à estética**: história, correntes, teoria. Lisboa: Edições 70, 1997.

TRANSTORNO DE ESTRESSE PÓS-TRAUMÁTICO. Disponível em <<http://depressaoeansiedade.com.br/tratamentos.asp?codigo=16>>. Acesso em 28 jun. 2014.

TRONCA, Dinorah Sanvitto. **Transdisciplinaridade em edgar morin**. Caxias do Sul: EDUCS, 2006.

VILLAS BOAS FILHO, Carlos. **Cirurgia plástica**: recuperando a auto-estima. São Paulo: Scortecci, 2005.

VIÑAS, Antoni Rovira. **El Abuso de los Derechos Fundamentales**. Barcelona: Edições Península, 1983.

VOLICH, Rubens Marcelo. **Psicossomática**: de Hipócrates à Psicanálise. 7 ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

WEBER, Thadeu. **A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-2X2013000100011&script=sci_arttext>. Acesso em 29 jun. 2014.

WEYNER, Bruno Cunha. **As dificuldades teóricas da concepção ontológica da dignidade da pessoa humana**. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/880/1066>>. Acesso em 14 de dezembro de 2014.

_____. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 31, n. 122, abril/junho de 1994.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.