

A construção social do conceito de saúde e de direito à saúde¹

Osmir Antônio Globekner

Analista administrativo do Ministério Público da União, assessor jurídico do 2º Ofício de Tutela Coletiva da Procuradoria da República no Estado da Bahia, contencioso e tutor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU); mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FD/UFBA); especialista em Direito Sanitário pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade Estadual de São Paulo (FSP/USP) e em Regulação da Saúde Suplementar pela Universidade de Brasília (UnB); bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e engenheiro químico pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

Resumo: Este artigo busca especificar o conteúdo dos conceitos de saúde e de direito à saúde como função de sua construção social. Nesse escopo, aborda alguns aspectos relevantes a eles relacionados, tais como: a natureza das necessidades humanas no campo sanitário, as relações entre a inovação tecnológica em saúde e a desigualdade social no acesso à atenção sanitária e as circunstâncias político-sociais em torno da constitucionalização do direito à saúde no Brasil. Concluindo, no que se refere ao direito à saúde, entende-se que seu conteúdo se desdobra entre as distintas dimensões dos direitos humanos, sendo fundamental, à sua apreensão e realização, a compreensão do contexto histórico e cultural em que desenvolvido, bem como das aspirações da sociedade na qual o direito está sendo considerado.

Palavras-chave: Direito fundamental social. Direito à saúde. Atenção à saúde. Cidadania.

Abstract: This paper aims to specify the content of the health and right to health concepts as a function of their social construction. In

1 Trabalho apresentado no 18º Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado de 4 a 7 de novembro de 2009, em São Paulo-SP, sob o Tema: “Estado, Globalização e Soberania: o direito no século XXI”, com alterações.

such intent, it approaches some aspects related to them, such as: the nature of human needs in the health field, the relationships between technological innovation in health and social inequality in health services accessibility and the political-social circumstances around the constitutionalization of the right to health in Brazil. Being concluded, in terms of the right to health, by a content that is unfolded among the different dimensions of the human rights, being fundamental to its apprehension and accomplishment, the understanding of the historical and cultural context in which it is developed, as well as of the aspirations of the society in which such right is considered.

Keywords: Fundamental social rights. Health rights. Health care. Citizenship.

Sumário: 1 Introdução. 2 A saúde como um bem. 2.1 O conceito de saúde. 2.2 A medicina tecnológica e sua relação com as desigualdades. 2.3 A natureza das necessidades no campo sanitário. 3 A saúde como um direito. 3.1 Alguns fatos em torno da constitucionalização do direito à saúde no Brasil. 3.2 O conteúdo do direito à saúde. 4 Conclusões.

1 Introdução

A busca, neste artigo, de maior compreensão sobre o conceito de saúde e sua repercussão no conceito de direito à saúde, a par da complexidade ínsita à matéria, deve-se também a uma razão circunstancial.

O atual estágio de avanço tecnológico no campo das ciências da saúde tem colocado nas mãos do homem opções que há pouco não possuía. À medida que as possibilidades de intervenção na saúde humana passam a comportar uma crescente margem de escolha, passam também, por via de consequência, a exigir maior reflexão ética e disciplina jurídica.

O tema das implicações que a evolução das ciências da saúde determina sobre as ciências sociais em geral e sobre as ciências sociais aplicadas em particular é por demais extenso, porém, o que se pretende no restrito escopo deste artigo é a extração de alguns pressupostos mínimos que possam orientar a discussão jurídica dos problemas do acesso aos cuidados em saúde nesse contexto de acelerada evolução da tecnologia da saúde.

É necessário também compreender as razões que tornam a saúde um bem a proteger e um direito a ser garantido, de forma peculiar e distinta de outros bens e direitos juridicamente tutelados.

2 A saúde como um bem

A ideia de saúde associa-se com a ideia de bem. O estado natural do ser humano seria o estado de pleno gozo de suas faculdades físicas e psíquicas, o estado de perfeito bem-estar, denominado saúde. A doença seria uma disfunção desse estado natural. Assim, valora-se a saúde positivamente, atribuindo-lhe a característica de um bem.

A definição desse bem, de sua natureza e características, é, entretanto, profundamente dependente das representações sociais sobre o estado de saúde. Em outras palavras, o conceito de saúde é social e culturalmente construído; depende, entre outros fatores, da percepção de normalidade presente em uma sociedade, de suas crenças, experiências e pré-conceitos sobre o processo saúde-doença.

Evidentemente, alguns consensos não apenas são possíveis, mas, sobretudo, necessários. Apreender o conceito de saúde como um bem e as características desse bem é incontornável para que se possa discutir sua proteção jurídica. Assim, a seguir, serão discutidos alguns conceitos de saúde, tal como normativa e

internacionalmente aceitos, e também alguns temas que gravitam em torno desses conceitos.

2.1 O conceito de saúde

O conceito de saúde sempre foi e provavelmente continuará sendo uma matéria tormentosa. Não obstante, um marco reconhecidamente importante para uma aproximação do conceito é o que foi oferecido pela Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1948, no contexto do pós-guerra. A Constituição da OMS proclamava que: “A saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”².

Essa definição, por certo, não ficou livre de crítica. Registra Giovanni Berlinguer (1996, p. 21) que um conceito assim abrangente³ estabelece uma verdadeira utopia, já que dificilmente se encontraria qualquer indivíduo que gozasse de um pleno estado de higidez em todas essas dimensões. Parte da crítica dirigiu-se ao que seria o caráter demasiadamente genérico e pouco operacional do conceito oferecido pela OMS.

No entanto, salienta Sueli Gandolfi Dallari (2008, p. 94) que:

[...] curiosamente, os trabalhos de crítica dessa conceituação terminam concluindo que, embora o estado de completo bem-estar não exista, a saúde dever ser entendida como a busca constante de tal

2 “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity” (World Health Organization Constitution. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008).

3 Berlinguer (1996, p. 22) registra mesmo que “[...] no final dos anos oitenta os delegados do Estado do Vaticano e das nações muçulmanas propuseram à Assembléia da OMS acrescentar às palavras ‘físico, mental e social’ uma quarta categoria de saúde: a espiritual”, tendo a proposta sido aprovada por 24 votos a favor, 10 contra e uma centena de abstenções.

estado, uma vez que qualquer redução na definição objeto o deformará irremediavelmente.

O conceito que emerge da Constituição da OMS possui, sobretudo, a relevância de tornar definitivo o fato, antes controverso, de que, como fatores determinantes da saúde, devem concorrer não apenas os ligados às características pessoais e individuais, tais como os de ordem genética ou comportamental, mas também os relacionados ao meio ambiente, à cultura e à organização social e política em que esse indivíduo está imerso.

A definição, ademais, superou a definição negativa de saúde, como ausência de doenças, e o biologicismo que marcou o contexto do desenvolvimento da Revolução Industrial durante o século XIX e começo do XX. Esse contexto determinava, no campo sanitário, uma visão cartesiana e mecanicista do ser humano, também favorecida pela descoberta da etiologia das doenças infecciosas, com os trabalhos de Pasteur e Koch (DALLARI, 2008, p. 93).

Uma consequência da definição ampliada de saúde, como afirma Sueli Gandolfi Dallari (2008, p. 94), é que se passa a compreender que “ninguém pode ser individualmente responsável por sua saúde”, pelo menos não pode ser inteira e exclusivamente responsável.

Se os fatores individuais são importantes para a determinação do estado de saúde de uma pessoa, há outros fatores que apenas no meio social podem ser resolvidos. Para oferecer um exemplo bastante primário dessa afirmação, pode-se citar o caso da epidemia de dengue, que há vários anos assola distintas regiões do país. Nessa situação, os esforços individuais de prevenção, isoladamente, pouco significam se não acompanhados de uma adesão social massiva à erradicação dos focos de reprodução do mosquito vetor do agravo. Obviamente, muitos outros exemplos mais complexos poderiam

ser cogitados, fundamentalmente envolvendo estilos e modos de vida, reproduzíveis e alteráveis, dentro de uma sociedade.

Propostas subsequentes à definição da OMS para um conceito de saúde foram enfatizando o seu caráter dinâmico e complexo, envolvendo múltiplas variáveis que se desenvolvem no tempo e no espaço. Hoje, é praticamente uniforme o entendimento de que a saúde é sempre relativa e dependente de uma contextualização. Uma definição apontada por Berlinguer (1996, p. 23) é a da saúde como “uma condição de equilíbrio ativo (que inclui também a capacidade de reagir às inevitáveis doenças) entre o ser humano e seu ambiente natural, familiar e social”.

Um conceito especialmente enfatizado no contexto latino-americano de acentuadas desigualdades sociais é o proposto pela Primeira Conferência Pan-Americana de Educação em Saúde Pública, realizada em 1994, na cidade do Rio de Janeiro. Trata-se do conceito de *saúde integral*, definida como “a capacidade e o direito individual e coletivo de realização do potencial humano (biológico, psíquico e social) que permita a todos participar amplamente dos benefícios do desenvolvimento” (ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE EDUCACIÓN EN SALUD PÚBLICA, 1994, tradução nossa)⁴.

O conceito assim formulado apresenta diversas vantagens do ponto de vista de sua operacionalização. Primeiro, coloca a saúde sob uma perspectiva não apenas estática, mas dinâmica, como uma capacidade e um direito cuja realização deve ser permanentemente buscada nos âmbitos individual e coletivo. Introduce também uma

4 No original “a capacidad y el derecho individual y colectivo de realización el potencial humano (biológico, psicológico, social) que permita a todos participar ampliamente de los beneficios del desarrollo”.

nova categoria, a *capacidade*⁵, mais realista e mais apta a promover a matização em relação às individualidades de cada ser humano e às particularidades socioculturais que o circundam. Também associa o tema saúde à questão distributiva ao considerá-la igualmente um direito, o qual está direcionado ao objetivo de permitir a todos a participação ampla nos benefícios do desenvolvimento.

O reconhecimento da dimensão social no âmbito da saúde, isto é, de que cuidar do indivíduo implica cuidar da sociedade e vice-versa, traz para dentro do próprio conceito de saúde a questão aqui trabalhada, isto é, a da justiça distributiva e da organização da solidariedade social.

É importante verificar como esse conceito aproxima a definição de saúde do conceito de cidadania e de dignidade da pessoa humana, pois, por ele, desfrutar de um adequado estado de saúde significa, para o indivíduo, não só viver uma vida longa e saudável, mas também possuir os conhecimentos que o habilitem a tanto, significando igualmente desfrutar de um nível decente de vida; ou seja, ter condições para desenvolver suas capacidades e exercitar suas opções de vida e de desenvolvimento humano.

A despeito da amplitude, complexidade, além de certa abstração nos conceitos de saúde expostos, o fato é que a promoção, preservação e recuperação da saúde demandam sempre ações concretas e específicas. Assim, devido ainda à relatividade daqueles conceitos, tais ações só poderão ser entendidas, de um ponto de vista sanitário, quando referenciadas a uma comunidade concreta e às peculiaridades do contexto social em que imersos os seus destinatários.

5 O enfoque das questões distributivas sob o ponto de vista da promoção das capacidades e funcionalidades, antes que do mero provimento de bens e recursos, deve-se principalmente ao pensamento de Amartya Sen (2001, p. 79-102).

Outro ponto relevante é que a assunção de uma definição de saúde e um correspondente modelo de atenção sanitária é matéria que obviamente comporta escolhas e, portanto, também do ponto de vista do princípio democrático, deve estar o mais diretamente possível alocada aos destinatários dessa ação. Daí a necessidade, tanto sob a perspectiva sanitária quanto sob a perspectiva do funcionamento do Estado Democrático de Direito, de que haja múltiplas instâncias de participação popular e de definição de políticas públicas voltadas à saúde.

É possível supor que existam diferentes esferas de contextualização. Para que se exemplifique um pouco: pode-se fazer referência à saúde do ser humano, mas também à saúde do brasileiro, do mineiro, do paulista ou do baiano; do brasileiro do litoral e do brasileiro do sertão, e assim por diante. Pode-se ainda fazer alusão à saúde do idoso ou da criança, do adolescente, da mulher, do portador de distúrbio mental, e assim sucessivamente. Nesse sentido, de acordo com o grau de abstração ou contextualização, haverá macropolíticas e micropolíticas, macroalocações e microalocações, que deverão ser desenvolvidas sempre coordenadamente, com vistas voltadas à percepção de saúde, e dos anseios em relação a ela, dos respectivos destinatários.

Resulta que o sentido de saúde a ser permanentemente construído e reconstruído só pode ser encontrado pelas próprias comunidades interessadas. Isso traz uma implicação que se afina com o jogo democrático, pois há a inegável necessidade de participação popular em todos os níveis de deliberação, definindo as políticas de saúde em quaisquer dos âmbitos de generalização. O destinatário das ações e dos serviços de saúde deve ser também o participante e corresponsável na sua elaboração.

O conceito de saúde que resulte da contextualização social é que haverá de revestir ou preencher o direito à saúde. É a este conceito, comunitariamente construído, que deverá reportar-se o legislador, o administrador, o juiz, ou, em geral, o aplicador do Direito ao buscar dar consequência à previsão constitucional do direito à saúde.

A necessidade de pensar coletiva ou socialmente as questões de saúde não se impõe, entretanto, apenas pelas características peculiares do processo saúde-doença. Trata-se, ademais, de um imperativo de justiça social. Os esforços direcionados à promoção, proteção e recuperação da saúde, como se verá a seguir, são esforços que, por sua complexidade, sempre demandam um alto grau de cooperação social, fazendo ressaltar a importância da distribuição equitativa dos benefícios e dos ônus dela decorrentes.

2.2 A medicina tecnológica e sua relação com as desigualdades

Boa parte dos provimentos jurisdicionais que versam sobre o direito à saúde refere-se à obtenção de medicamentos ou procedimentos inovadores, muitas vezes altamente específicos e de elevado custo unitário⁶. Uma explicação lógica para o fato, embora

6 Em audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, trouxe dados alusivos às demandas judiciais por medicamentos naquela unidade federativa: “[...] apenas 14,31% da demanda é relativa a medicamentos especiais e 9,4% é relativo a medicamentos excepcionais prescritos de acordo com os protocolos do Ministério da Saúde, medicamentos cujo fornecimento compete ao Estado, enquanto 76,23% das demandas judiciais em que o Estado é réu abrangem medicamentos que não são da sua competência, sendo que 18,25% são relativos a medicamentos excepcionais prescritos em desacordo com os protocolos clínicos e 46,84% referentes a medicamentos que não são fornecidos pelo SUS, entre eles medicamentos importados e sem registro na ANVISA” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2009).

não seja a única que deva ser considerada⁷, é a de que é sobre esses medicamentos e procedimentos que recairá com maior frequência a controvérsia e o conflito entre administrado e administração a demandar a intervenção do Estado-juiz.

Algumas das críticas dirigidas a tais provimentos estão relacionadas à efetividade do tratamento, à existência de alternativas terapêuticas mais custo efetivas e à razoabilidade de sua exigência perante o sistema público ou privado de saúde. À razoabilidade, referindo-se às implicações sobre o custo de oportunidade em relação às demandas por medicamentos e tratamentos tradicionais, de menor custo unitário, dentro do amplo espectro de necessidades em saúde a serem atendidas e que competem entre si pelos recursos escassos.

No setor público, uma distorção no sentido apontado afetaria diretamente as políticas públicas pelo comprometimento do orçamento público. No setor privado, a mesma distorção afetaria o custo do seguro privado de saúde, recaindo, ao final, sob o ponto de vista dos agregados macroeconômicos, sobre todos os usuários do sistema.

Assim, é interessante, para o escopo deste artigo, lançar um olhar sobre a questão do desenvolvimento técnico e científico em ciências da saúde e suas peculiaridades, bem como das relações desse desenvolvimento com os problemas da desigualdade e do desenvolvimento econômico e social.

7 No setor público, por exemplo, ter-se-ia que considerar que prover acriticamente demandas judiciais embasadas na integralidade da atenção pode ter o efeito inverso de favorecer o acesso ao sistema público de saúde, por parte dos já privilegiados no acesso à prestação jurisdicional. E isso ocorreria, provavelmente com maior intensidade, na atenção de alta tecnologia e alto custo, não suportada pelo próprio particular ou pelo seguro privado de saúde.

Thomas S. Kuhn (2006) alerta que os fundamentos dos paradigmas científicos, usualmente, não costumam encontrar-se no domínio da discussão dos pesquisadores que deles se utilizam. Essa abstração teria a função de permitir a necessária concentração de esforços para produção de resultados. Se o paradigma estivesse constantemente sendo questionado e revisto, isso inviabilizaria o progredir da ciência, até mesmo em direção a novos paradigmas⁸.

Algo semelhante ocorre no campo tecnológico e é explicado pelo modelo das “trajetórias tecnológicas” proposto por Giovanni Dosi (1988). Os agentes que usam e transformam as tecnologias seguem certos padrões evolutivos. Estes, denominados “trajetórias tecnológicas”, condicionam o desenvolvimento e as mudanças experimentadas por tecnologias quando se difundem e são utilizados na produção de bens e serviços. Esses padrões são definidos por maneiras “normais” de solucionar problemas dentro do quadro de determinado paradigma tecnológico.

Albuquerque e Cassiolato (2000), analisando as especificidades do sistema de inovação em saúde, apresentam exemplos de trajetórias tecnológicas que implicariam redução de custos, com conseqüente ampliação do acesso às tecnologias, tais como: técnicas de tratamento e diagnóstico menos invasivas; medicamentos mais eficazes que substituem cirurgias e internação; desenvolvimento de vacinas; educação, resultando em alteração de hábitos e estilos de vida e de trabalho; no campo dos equipamentos médicos, com miniaturização, ampliação de capacidade e barateamento.

8 “Liberada da necessidade de reexaminar constantemente seus fundamentos em vista da aceitação de um paradigma comum, permite a seus membros concentrarem-se exclusivamente nos fenômenos mais esotéricos e sutis que lhes interessam. Inevitavelmente isso aumenta tanto a competência como a eficácia com as quais o grupo como um todo resolve novos problemas” (KUHN, 2006, p. 207).

Por outro lado, a inovação tecnológica em saúde possui características especialíssimas, como salientam os mesmos Albuquerque e Cassiolato, e muitas inovações operam em sentido contrário à redução de custos, na inovação em saúde: novas tecnologias não substituem as antigas, mas somam-se a elas; há descobertas que “abrem” novos horizontes tecnológicos⁹. A assunção de determinadas trajetórias, como mencionado, entretanto, poderia acarretar redução de custos e ampliação do acesso se para esse fim fossem orientadas.

Não é o que ocorre, todavia. Os esforços de pesquisa no setor saúde estão majoritariamente orientados à obtenção de maior lucratividade, um resultado especialmente perverso: a alarmante desconexão entre a carga de doenças e o investimento em pesquisa e a relação inversa entre a inovação tecnológica e o acesso à atenção em saúde.

Uma das principais causas, embora não a única, dessa desconexão é a existência de “doenças de primeiro mundo” e “doenças de terceiro mundo”. Os recursos disponíveis para a pesquisa, mais abundantes nas economias desenvolvidas, são empregados nas pesquisas das enfermidades correspondentes às suas populações, que resultam ser menos prevalentes em termos de população mundial.

Os autores mencionam alguns dados: os recursos investidos em países de baixa e média renda correspondem a 2,25% dos fundos globais. Utilizando-se o índice Ano de Vida Ajustado pela Incapacidade (AVAI) – índice que mede o impacto dos agravos –, resulta, por exemplo, que, a despeito da pneumonia e de doenças diarreicas (as duas maiores causas de morte) corresponderem a 15,4% da carga de doenças, estas recebem apenas 0,2% dos recursos

9 A descoberta de antibióticos, por exemplo, possibilitou a abertura de novos horizontes de intervenção cirúrgica antes não concebíveis.

mundiais em inovação em saúde. De acordo com o *Global Forum for Health Research*, 2002: 10% dos gastos mundiais em pesquisa correspondem a 90% da carga mundial de doenças (ALBUQUERQUE; SOUZA; BAESSA, 2004, p. 288).

Uma relevante questão levantada é a de saber qual a razão das diferenças regionais e entre países na relação entre crescimento econômico e redução da mortalidade/expansão longevidade. O relatório do Banco Mundial sobre o desenvolvimento, publicado em 1993, indicava a relação entre o aumento de renda *per capita* e a expectativa de vida em diferentes países e crescente em distintos períodos do século passado (compararam-se dados em três décadas, 1930, 1960 e 1990) (WORLD BANK, 1993, p. 34).

Amartya Sen (apud ALBUQUERQUE; SOUZA; BAESSA, 2004, p. 288) conclui que o crescimento econômico é importante na determinação do estado de saúde de uma população, porém, outros fatores concorrem. O desvio ascendente das curvas no século XX sugere outros fatores operando entre crescimento econômico e saúde. A compreensão requer, segundo o autor, além de análises de crescimento e distribuição da renda, a análise das medidas de saúde pública e de acesso à assistência médica. O próprio estudo do Banco Mundial aponta que o aumento da renda *per capita*, os avanços tecnológicos, o desenvolvimento da saúde pública, a disseminação de conhecimentos e a abrangência da cobertura eram os fatores determinantes da ascensão verificada ao longo do século (ALBUQUERQUE; SOUZA; BAESSA, 2004, p. 281).

Algumas conclusões que Albuquerque e Cassiolato (2000) extraem do panorama descrito nesse relatório do Banco Mundial é no sentido da existência de uma forte interação entre sistema de inovação em saúde e sistema de bem-estar social, derivando daí a necessidade de medidas de regulação do setor de inovação em vista

dessa interação e visando à proteção do segundo sistema. O sistema de inovação tenderia a buscar a eficiência econômica; e o sistema de bem-estar social, a equidade.

A desconexão entre o investimento em pesquisa e a carga de doenças, embora constitua problema especialmente aflitivo em termos de relação norte e sul entre países centrais e periféricos, marca também a realidade interna de cada país, independentemente de seu estágio de desenvolvimento tecnológico, social e econômico e do modelo de Estado adotado, intervencionista ou liberal. A título de exemplo, vejam-se as críticas feitas por Porter e Teisberg (2006) ao sistema de atenção em saúde norte-americano, modelo paradigmático de assistência médica privada, mas marcado por profundas desigualdades e baixa eficiência, apesar dos montantes de recursos financeiros investidos, sobretudo na pesquisa científica e tecnológica.

As distintas possibilidades abertas pelas trajetórias tecnológicas em saúde colocam o homem e a sociedade diante de escolhas. Há necessidade de compreender as decisões sobre o setor tecnológico sanitário como integrantes das decisões pertinentes à saúde humana. São decisões que competem à comunidade envolvida em suas diferentes etapas de abstração e contextualização.

Como visto, o conteúdo do conceito de saúde só pode ser encontrado pelas pessoas em sua própria comunidade. Assim, o sistema de proteção jurídica à saúde, em amplo senso, abrangendo mecanismos administrativos e judiciais de proteção, deve ter também a função de tutelar, a par de outras, a liberdade nas escolhas relacionadas às trajetórias tecnológicas em saúde. A tutela jurisdicional do direito à saúde, especialmente nas demandas por medicamentos e procedimentos inovadores, há de levar em conta

os fatos descritos neste subtópico em relação às características da inovação tecnológica em saúde.

2.3 A natureza das necessidades no campo sanitário

Norman Daniels (1985) aponta a necessidade de desenvolvimento de uma teoria das necessidades de atenção à saúde, com dois propósitos centrais: o primeiro, de responder por que se entende, ou, pelo menos, por que a maioria das sociedades entende que a atenção à saúde é especial e deve ser tratada diferentemente de outros bens sociais; o segundo, de oferecer uma base para distinguir a mais e a menos importante entre as múltiplas necessidades de atenção à saúde. Assim, uma teoria das necessidades de atenção em saúde deveria enfrentar dois julgamentos: 1) se há algo especialmente importante sobre cuidados em saúde; e 2) se algumas espécies de cuidados em saúde são mais importantes que outras (DANIELS, 1985, p. 19).

Susana Vidal (2009) introduz o tema das necessidades no campo sanitário e jurídico como um determinante do desenvolvimento das capacidades humanas, tema já mencionado quando se tratou da definição do conceito de saúde. Ressalta a autora que a forma de definir a necessidade revela o marco conceitual e ideológico que lhe dá fundamento:

Nisto há uma polarização entre aqueles que entendem as necessidades humanas como valor relativo que depende das opções individuais e das possibilidades que cada pessoa e sua família tenham para adquiri-las no mercado (corrente liberal) e que relacionam necessidade com capacidade de consumo e aqueles que entendem as necessidades como um processo determinante da vida e cuja realização (como capacidade) se constitui em um direito humano inalienável, a que se deve ter acesso sob uma distribuição equitativa e segura para todos os membros de uma sociedade que deve ser construída

solidariamente (corrente solidaria) (VIDAL, 2009, p. 20-21, tradução nossa)¹⁰.

Há uma inquestionável relatividade no conceito de necessidade que se manifesta no fato de não haver uma linha divisória clara entre o que seja necessidade e o que seja desejo no campo sanitário, uma vez que os aspectos social e psicológico integram o conceito de bem-estar, e, sob esta perspectiva, a subjetividade na classificação das necessidades e aspirações torna-se inevitável.

Para exemplificar: a fertilidade possui valores distintos em diferentes culturas, é valorada de maneira diversa em cada sociedade. Devido a essa valoração, as técnicas de reprodução assistida podem configurar-se em uma necessidade de saúde, pois sem elas o indivíduo ou o casal infértil não poderia desenvolver-se em suas capacidades para integrar-se plenamente àquela sociedade. Eventualmente, em outra sociedade, que valore a fertilidade de forma diferente, a necessidade de superar a infertilidade poderia ser de todo ignorada ou significar apenas uma preferência que poderia ser exercitada ou não.

Angél Puyol González (1999) alerta para as dificuldades em extrair, de uma teoria das necessidades, critérios para decisões alocativas concretas. O critério de necessidade é condicionado à variação e interpretação do que seja uma necessidade, pois, na sua definição, intervêm valores morais diferentes e não mensuráveis. O autor reconhece, entretanto, a possibilidade de mínimos éticos

10 No original: “Y en esto hay una polarización entre quienes entienden las necesidades humanas como valor relativo que dependen de opciones individuales y de las posibilidades que cada persona y su familia tienen para adquirirlo en el mercado (corriente liberal) y que relaciona necesidad con capacidad de consumo y, las necesidades como un proceso determinante de la vida cuya realización (como capacidad) se constituye en un derecho humano inalienable, al que debe accederse bajo una distribución equitativa y segura por parte de todos los miembros de una sociedad que debe construirse solidariamente (corriente solidaria)”.

universalizadores para a conformação do conceito de necessidade, algo entre a pretensa neutralidade ética absoluta e o também pretense relativismo ético absoluto e indiferente.

Norman Daniels (1985, p. 26) considera a possibilidade de caracterização de categorias relevantes e objetivamente atribuíveis a qualquer pessoa ou sociedade. Recorre aos conceitos formulados por David Braybrooke de “necessidades curso-de-vida” (*course-of-life needs*) e “necessidades casuais” (*adventitious needs*). Necessidades curso-de-vida são aquelas que as pessoas “[...] têm, todas, através de suas vidas ou em certos estágios da vida através dos quais todos devemos passar” (BRAYBROOKE apud DANIELS, 1985, p. 26, tradução nossa)¹¹. Necessidades casuais ocorrem em face de projetos particulares contingentes, mesmo que duradouros, nos quais nos envolvemos. Necessidades curso-de-vida humanas incluiriam comida, abrigo, vestuário, exercícios, descansos, companhia, um(a) parceiro(a) e assim por diante. Tais necessidades não são elas mesmas deficiências, mas a deficiência com relação a elas “[...] coloca em risco o normal funcionamento do sujeito da necessidade considerado como um membro da espécie natural” (BRAYBROOKE apud DANIELS, 1985, p. 26, tradução nossa)¹².

O conceito ajuda a pensar as necessidades em saúde, mas não resolve de modo completo o problema de sua definição. Bastaria remeter-se ao problema de definir o que seria o “normal funcionamento da espécie” para reaparecerem dois extremos: um conceito demasiado conservador, restritivo, biomédico dessas necessidades ou um conceito demasiado livre que passaria a integrar elementos atados ao relativismo cultural e social. A solução, como sempre, há

11 No original, “[...] have all through their lives or at certain stages of life through which all must pass”.

12 No original: “[...] endangers the normal functioning of the subject of need considered as a member of a natural species”.

de ser buscada em uma posição de equilíbrio intermediário entre um e outro desses extremos, quer se reconheça um mínimo de necessidades objetivamente delimitado, quer se reconheça um conjunto mais ou menos aberto de necessidades universalizáveis¹³.

A questão da hierarquização das necessidades em saúde é bastante complexa. A demanda por atenção em saúde e a gama de serviços voltados a atendê-la são muito amplas. Algumas necessidades relacionam-se com a recuperação ou compensação de uma diminuição de capacidades ou funções; outras, com o incremento da qualidade de vida por outros meios.

Por fim, a hierarquização de necessidades em saúde pode ser feita não apenas por sua importância ou natureza intrínseca, mas também por critérios outros, como o da urgência, da repercussão em termos de saúde pública, da proteção de grupos especialmente vulneráveis, para citar apenas alguns exemplos.

O modelo anteriormente descrito das necessidades em saúde é tributário do conceito de capacidades e desempenhos (*functionings*). O caráter distintivo das necessidades de saúde estaria ligado precisamente à essencialidade desta para o normal funcionamento da espécie.

Voltando ao tema do caráter especial da saúde, em relação a outros bens e interesses, não se trata de conferir um valor absoluto à saúde e, por consequência, uma prioridade absoluta ao atendi-

13 Norman Daniels indica um elenco: “1) adequada nutrição, abrigo; 2) condições de vida e trabalho limpo, seguro e não-poluído; 3) exercício, descanso e outras características de estilos de vida saudáveis; 4) serviços médicos pessoais preventivos, curativos e de reabilitação; 5) serviços de suporte pessoal (e social) não-médico” (DANIELS, 1985, p. 32, tradução nossa). No original: “1) adequate nutrition, shelter; 2) sanitary, safe, unpolluted living and working conditions; 3) Exercise, rest, and some other features of life-style; 4) Preventive, curative, and rehabilitative personal medical services; 5) Non-medical personal and social support services”.

mento das necessidades à saúde. Basta reconhecer que, sob perspectiva individual, para muitas pessoas, alguns de seus objetivos, talvez os mais importantes, não são necessariamente comprometidos pela falta de saúde ou pela incapacidade. Outras pessoas, por outro lado, acederiam à diminuição de capacidades em razão de determinados bens ou perspectivas de vida. Trata-se, entretanto, de reconhecer o caráter normalmente preponderante das necessidades de saúde, comparado com os de outra índole.

Ronald Dworkin (1993), em palestra que se tornou célebre no contexto da discussão em torno das limitações materiais à efetivação do direito à saúde, descreve, em três fundamentos, o que denomina “modelo clássico ou do isolamento” (*insulation model of health care distribution*) da justiça sanitária: 1) a saúde seria o bem mais importante do indivíduo; 2) o critério de sua distribuição seria do acesso pela necessidade, independentemente do custo; 3) isso implica para a sociedade a “regra do resgate” (*principle of rescue*), pela qual não se tolera que alguém venha a sofrer ou morrer quando se pode aliviar o sofrimento ou postergar a morte.

Em oposição, apresenta um modelo em que: 1) há outros bens que competem com a saúde, como educação, segurança, previdência e assistência social; 2) o critério da necessidade torna-se complexo em face da interpretação do que seja, de fato, uma necessidade; e, por último, 3) o critério do resgate choca-se com muitas das intuições sobre prioridades sanitárias (manutenção de enfermos terminais em estado vegetativo, chances de sobrevivência etc.). Dworkin conclui que seria ingênuo, e mesmo imoral, em um contexto inevitável de escassez de recursos, menosprezar os custos reais das decisões.

O caráter relativo das necessidades de saúde não enfraquece a importância do reconhecimento do direito à saúde. Pelo contrário,

essa relatividade, ao acrescer à ponderação desse direito fundamental fatores como a responsabilidade pessoal e social pelas escolhas e decisões alocativas, o fortalece e o reconduz à necessidade de tutela jurídica e jurisdicional a conferir-lhe maior precisão e eficácia.

3 A saúde como um direito

Enquanto a saúde humana esteve envolvida em práticas mágicas ou entendida como estado revelador da graça divina e muito pouco relacionada com atos de vontade ou de decisão humana; ou, ainda, enquanto os cuidados a ela referentes estavam associados com a prática de virtudes pessoais como a caridade e a compaixão, não havia que se falar da saúde ou dos cuidados para com esta como uma virtude secular e racional ou como um objeto de preocupações da justiça¹⁴.

Obviamente, tudo muda com o desenvolvimento científico no campo da saúde, a profissionalização da Medicina, o aumento da extensão da cobertura da atenção sanitária sobre a população, as conquistas tecnológicas que permitiram um razoável domínio sobre as condições individuais e coletivas da saúde e da qualidade de vida humana. Adquirir e manter um razoável estado de saúde e bem-estar passam a ser objetos de vontade e de escolha. A atenção à saúde humana torna-se, por um lado, um bem disponível no mercado e, por outro, um objeto de proteção jurídica, já que está inserida no campo dos bens de escassez moderada, demandando critérios de justiça para sua alocação.

14 “A medicina ocidental [...] substituiu a ignorância e superstição por conhecimentos científicos. Mas sobretudo demonstrou que a boa ou má saúde não são fatos imutáveis, mas condição passível de modificação; e substituiu as idéias sacras de destino e culpa sempre associadas às doenças, por idéia laica, fundamentada na experiência: a idéia de que é possível enfrentar e vencer muitas doenças. Apoiados nessas colocações adquiriram consistência: um princípio moral [...] e uma esperança, associada a objetivo jurídico-político: o direito à saúde” (BERLINGUER, 1996, p. 34).

Importa, no próximo subtópico, percorrer alguns dos antecedentes da constitucionalização do direito à saúde entre os brasileiros, o conceito de direito à saúde resultante e a forma como se procurou garantir tal direito por meio da jurisdição.

3.1 Alguns fatos em torno da constitucionalização do direito à saúde no Brasil

Com relação às condições do desenvolvimento do “direito” à saúde, Ana Paula Oriola de Raeffray (2005) faz um apanhado histórico, que é reproduzido aqui em apertadíssima síntese.

Ao longo da história, amiúde, a doença possuía o significado de um sinal dos deuses, em regra, no sentido de que estariam em desacordo com a conduta do indivíduo doente. Assim ocorreu na Antiguidade Oriental. Na Era Clássica, a valorização do bem-estar conectava-se ao entendimento do homem como integrante da *polis*; a saúde do cidadão refletindo na saúde da sociedade. Na Idade Média, novamente apareceu o caráter místico, com a religião vinculando saúde à fé. No Renascimento e no Iluminismo, a despeito da revalorização da pessoa humana, os cuidados e a proteção à saúde foram relegados a um segundo plano em face do princípio de maior valor na época, a liberdade, em especial a de crença.

A partir da Revolução Industrial, o valor da saúde foi atrelado à capacidade laboral, importante para movimentar a indústria, o que não impediu, entretanto, inicialmente, a propagação da miséria e insalubridade nos centros urbanos. Contudo, o industrialismo fomentou a ideia do seguro social, que seguiu, entretanto, atrelado à ideia de proteção exclusiva do trabalhador.

Apenas após a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, a ideia do seguro social foi sendo estendida progressivamente como um meio

político de minorar os sofrimentos gerados pela guerra. O fundamento do seguro social passou a incorporar o reconhecimento do valor do homem em si mesmo; o seu objetivo principal voltou-se ao seu bem-estar, convergindo, nos países capitalistas, para a concepção do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

No Brasil, como demonstrado por Raeffray (2005, p. 306), por meio da análise das sucessivas Constituições, desde 1824: “os modelos jurídicos engendrados para a proteção da saúde seguiram quase o mesmo processo de formação que os modelos adotados pela Europa, sempre, com algum período de atraso”. A autora cita, como exemplo, o fato de que a seguridade social baseada no bem-estar social nasceu na Europa durante os anos 50 do século XX e somente foi instituída no Brasil no final da década de 80, com a promulgação da atual Constituição Federal.

O direito à saúde, ao tornar-se, entre os brasileiros, direito fundamental com a Constituição de 1988 (art. 196), vinha, conforme visto, ganhando veemência no contexto global desde o pós-guerra. O direito à saúde já se encontrava, em gérmen, proclamado no item 1 do art. XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (COMPARATO, 2005, p. 236).

A criação da Organização Mundial de Saúde, que entrou em funcionamento no dia 7 de abril de 1948, é testemunho do propósito de proteger a saúde, expressando que seu papel é o de possibilitar para todos os povos o melhor nível de saúde possível.

Sugestiva, para compreender a apreensão dos direitos sociais pelas nações, é a adoção de dois distintos pactos voltados a dar eficácia jurídica vinculante à Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, ambos concluídos em 1996. É que:

As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas [...]. Já os países do bloco comunista e os países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos [...]. Decidiu-se por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, “até o máximo dos recursos disponíveis” de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º, alínea 1) (COMPARATO, 2005, p. 276).

Portanto, especificamente para o direito fundamental social à saúde, foi de grande relevância a realização, em setembro de 1978, na antiga capital do Cazaquistão, a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, organizada pela OMS e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).

Dessa conferência resultou a Declaração de Alma-Ata¹⁵, documento que, a par de reafirmar a saúde como um direito do homem¹⁶, asseverou a necessidade da sua promoção, proteção e recuperação para o desenvolvimento econômico e social dos povos e estatuiu ainda a responsabilidade dos governos, perante seus cidadãos, por tais ações, genericamente denominada atenção à saúde.

15 DECLARATION OF ALMA-ATA, 1978. Disponível em: <http://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2008.

16 Também no preâmbulo do ato de Constituição da OMS, há uma afirmação de princípios atinentes à saúde humana. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

Responsabilidade, ademais, somente realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais.

No referido documento, afirmou-se, portanto, o direito do indivíduo não meramente à saúde, mas também ao acesso aos cuidados em saúde, em correspondência com um dever imposto aos governos do mundo, o de prover os referidos cuidados. Começou-se a vislumbrar aí não apenas um direito abstrato à saúde, como também um direito concreto à atenção sanitária¹⁷.

Lamentavelmente, a declaração formal não foi seguida, em termos internacionais, por ações adequadamente orientadas à obtenção do objetivo declarado. E isso ocorreu, em grande parte, pela conjuntura histórica que se seguiu à declaração.

Giovanni Berlinguer (2008) aponta que os propósitos estabelecidos em Alma-Ata em 1978 voltavam-se, primordialmente, à garantia da atenção primária em saúde. A ênfase nesse nível de atenção sendo importante, quer por sua natureza estratégica em relação aos demais agravos à saúde, quer pela sua universalidade, passível de disseminação uniforme em praticamente todas as populações, independe das suas condições socioeconômicas¹⁸.

17 Para uma distinção entre direito à saúde e direito à atenção em saúde, conferir: GONZÁLEZ, 1999.

18 A atenção primária normalmente se caracteriza pelo baixo custo por unidade de atenção. É definida na Declaração de Alma-Ata como: “Atenção essencial à saúde baseada em tecnologia e métodos práticos, cientificamente comprovados e socialmente aceitáveis, tornados universalmente acessíveis a indivíduos e famílias na comunidade por meios aceitáveis para eles e a um custo que tanto a comunidade como o país possa arcar em cada estágio de seu desenvolvimento, um espírito de autoconfiança e autodeterminação. É parte integral do sistema de saúde do país, do qual é função central, sendo o enfoque principal do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. É o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde, levando a atenção à saúde o mais próximo possível do local onde as pessoas vivem e trabalham, constituindo o primeiro elemento de um processo de atenção continuada à saúde” (DECLARATION OF ALMA-ATA, 1978, tradução nossa).

Não obstante, ainda de acordo com o sanitarista italiano, no período que se seguiu àquela conferência, subverteram-se os propósitos ali assumidos, em razão do que o autor denomina “a globalização enviesada”, a qual significou, em termos de saúde pública, que:

Ao mesmo tempo que o mundo se transformava, começava a era do neoliberalismo: uma corrente de pensamento e de ação propensa a considerar a saúde como uma mercadoria, a criticar os sistemas públicos de saúde como obstáculos à iniciativa privada [...]. A partir dos anos 80, o objetivo da saúde para todos os seres humanos afastou-se do horizonte político. À idéia de que pode ser uma finalidade do desenvolvimento, um multiplicador dos recursos humanos e uma prioridade do compromisso público, opôs-se a tese de que os sistemas universais de cuidados de saúde são um peso para as finanças dos Estados e um obstáculo para o crescimento da riqueza (BERLINGUER, 2008).

Mencionam-se aqui essas considerações de um sanitarista não apenas pela relação que possuem com os argumentos opostos à efetivação de uma atenção em saúde universalista, mas também para introduzir uma questão de ordem fática, com imensas repercussões na tutela jurisdicional do direito à saúde, que é a assunção da saúde como mercadoria.

No mesmo sentido, Dallari e Ventura (2003, p. 35) indicam que o final do século XX viu surgir uma nova concepção de saúde pública. Nela, alguns fatores, como o relativo fracasso das políticas estatais de prevenção e inclusão, o reconhecimento da importância dos comportamentos individuais na determinação do estado de saúde e o predomínio da ideologia neoliberal, fizeram com que os Estados buscassem diminuir seu próprio papel nas políticas de saúde em favor da participação da sociedade por meio de grupos e associações e da própria responsabilidade individual. Ainda segundo as autoras, as estruturas estatais de prevenção sanitária passam a estabelecer suas prioridades

não mais em razão dos dados epidemiológicos, mas principalmente em decorrência da análise econômica de custo/benefício.

Essa mercantilização é causa e efeito da já mencionada tecnologia da Medicina. Como causa, influi na eleição das trajetórias tecnológicas que serão trilhadas. Ao entregar ao mercado esta seleção, serão negligenciadas as atenções menos rentáveis a curto prazo, embora, muitas vezes, mais impactantes em termos de saúde pública e possivelmente mais resolutivas, até mesmo economicamente, a longo prazo.

A proteção jurisdicional do direito à saúde não está imune à pressão exercida pelo mercado, fazendo com que se torne extremamente relevante a discussão sobre “qual atenção” se pretende tutelar quando se trata da efetivação do direito à saúde: da atenção primária ou da atenção tecnológica que emerge nesse contexto de mercantilização.

Ainda que no âmbito das declarações formais, se a afirmação internacional do direito à saúde tem imposto aos governos a obrigação de prover cuidados em saúde; por outro lado, a forma de implementação desses cuidados pode diferir grandemente de país para país. Há fundamentalmente dois modelos de prestação da atenção à saúde: o de natureza pública e o de natureza privada. Em tese, em ambos os sistemas, presume-se que haverá condições de acesso garantidas a toda a população pelo Estado. É esta a obrigação que emerge da Conferência de Alma-Ata.

A par do contexto internacional acima descrito, a constitucionalização do direito à saúde no Brasil resultou, também, imediata e fortemente, de um movimento popular bastante significativo que se formou na sociedade civil brasileira a partir da década de 70 do século XX e que passou a ser designado Movimento da Reforma Sanitária. Deve-se, praticamente, a esse movimento o sistema de saúde delineado

na Constituição, o qual emergiu como proposta na 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986 em Brasília¹⁹.

A atenção em saúde até então era vista no Brasil em três contextos distintos: o empresarial, florescente a partir das décadas de 1960 e 1970, com a “privatização da assistência médica promovida pelo Estado” (CASTRO, 2003) e advento das empresas de medicina de grupo; o da previdência social; e o da caridade. Com a Constituição de 1988, o país aderiu ao modelo de atenção universalista em saúde pública. Isto é, a atenção em saúde passou a ser responsabilidade do Estado, o qual deve prover políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, mediante ações e serviços públicos de acesso universal.

O desafio que se pôs de imediato quando da promulgação da “Constituição Cidadã” foi o da efetivação dos dispositivos voltados à garantia dos direitos fundamentais sociais. Isso, no campo da saúde, implicava a estruturação e efetivação do Sistema Único de Saúde, o SUS, constitucionalmente delineado no art. 198 da Constituição Federal (COHN; ELIAS, 2001) e também em uma regulação do setor privado de serviços de assistência à saúde.

Assim, a busca da efetivação do direito fundamental social à saúde passou pela necessidade de sua tutela jurisdicional no controle das omissões do Poder Público, por um lado, e, por outro, na disciplina das relações privadas no setor econômico-privado da saúde.

No campo da atenção à saúde, as esferas pública e privada sempre compartilharam algumas de suas problemáticas. Por exemplo, a da incorporação tecnológica em saúde, comum aos sistemas público e privado, ou a da repartição de encargos sociais, que, em um caso, na

19 Para um histórico do Movimento Sanitário Brasileiro e dos antecedentes à Constituição na matéria saúde, conferir: RODRIGUEZ NETO, 2003.

vertente pública, ocorre por meio dos instrumentos fiscais de tributação e realização de despesa pública e, em outro, na vertente privada, por meio dos custos do seguro.

Ademais, observa-se uma convergência de temas, uma vez que, por exemplo, aspectos assistenciais preventivos, que até há pouco só ocupavam as reflexões no espaço público, passaram a ocupar a pauta do seguro privado de saúde. Por outro lado, a racionalização de custos, que sempre foi matéria ligada ao seguro privado, tendo em vista a competitividade do mercado, passou a ocupar a pauta do sistema público de saúde, em razão da necessidade crescente da eficiência administrativa.

Entende-se que, em termos de seus fundamentos, a discussão sobre a realização do acesso à atenção em saúde, bem como a efetivação do direito à saúde, deve prescindir da prévia consideração sobre a natureza do modelo de atenção adotado, público ou privado, permitindo que seja encetada tanto em países de tradição liberal quanto naqueles de tradição social, dicotomia que há de ser ultrapassada.

3.2 O conteúdo do direito à saúde

A saúde humana é objeto de proteção em todos os âmbitos do Direito e também de disciplina em praticamente todos os seus ramos²⁰. O direito à saúde, como direito humano e direito fundamental, compartilha da trajetória destes. Sua apreensão se dá mediante suas diferentes dimensões.

Como direito de primeira dimensão, liga-se à proteção da vida e da integridade humana. A obrigação correspondente é de natureza negativa; trata-se da abstenção de causar dano. Berlinguer (1996, p. 34) refere-se aos “direitos inerentes e inalienáveis” à “preservação da

20 Conferir: AITH, 2007, p. 127-140.

vida”, inserta na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, para afirmar: “Reivindicar o direito à vida, naquela época, objetivava sobretudo protegê-la do abuso pessoal e do arbítrio legal”. A saúde só vai inspirar direitos de natureza positiva característicos dos direitos de segunda dimensão quando as condições históricas assim o permitirem. O autor ainda afirma que “uma necessidade pode transformar-se em direito apenas quando existem condições históricas (compreendidos também os conhecimentos científicos) para dar-lhes resposta em escala ampla ou universal” (BERLINGUER, 1996, p. 35).

Conforme visto no subtópico anterior, as condições históricas propícias ao reconhecimento do direito à saúde como um direito de segunda dimensão ocorrem, principalmente, com o segundo pós-guerra. A partir daí, o conteúdo do direito à saúde passou a integrar distintos âmbitos de proteção, desde as garantias típicas da primeira geração, contra a indevida agressão – e neste âmbito se teria desde a tutela penal dos delitos contra a pessoa e contra a saúde pública até a polícia administrativa dos produtos e serviços de saúde, cristalizada na atividade da vigilância sanitária –, passando pelas garantias liberais de acesso aos produtos e serviços de saúde, até as garantias típicas da segunda geração de direitos fundamentais, com todas as ações que se voltam a assegurar, ao indivíduo e às sociedades, condições favoráveis de saúde.

Neste campo dos direitos a prestações, o direito à saúde segue sendo um direito bastante vago, como observa a autora argentina Suzana Graciela Cayuso:

A distinção entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos civis e políticos, e apesar de serem consideradas categorias interdependentes, tem conduzido na prática a dar-se menor importância à primeira. Esta tendência se alimenta da falta de clareza conceitual com relação aos direitos que integram essa categoria, questão que impede sua implementação. Dentre esses direitos se encontra

o direito à saúde, o qual se caracteriza por sua particular vagueza, resultante da falta de identificação das obrigações que impõem aos Estados (CAYUSO, 2001, p. 40, tradução nossa)²¹.

A autora aponta a necessidade de que o direito à saúde seja compreendido não meramente como direito de proteção, mas também como direito de prestação. Analisa o tema sob o ponto de vista da Constituição argentina para concluir que:

O objetivo das garantias tradicionais era proteger o indivíduo das ingerências arbitrárias. Os direitos sociais têm por finalidade criar o que deverá proteger. [...] A liberdade exige a possibilidade de optar, portanto, ela não está suficientemente protegida ao assegurar-se a não ingerência estatal, pelo contrário, exige também a criação das condições para a opção. A não criação dessas condições impacta sobre o gozo e a garantia dos direitos fundamentais (CAYUSO, 2001, p. 43-44, tradução nossa)²².

Cayuso, no contexto de seu país, afirma que os direitos tradicionais, isto é, os de primeira geração ou de natureza negativa, habilitam ações do indivíduo perante o Judiciário, ao passo que os direitos à prestação, isto é, os de segunda geração ou de natureza positiva, requerem, em princípio, concreção legislativa. Admite, contudo, que, ante a omissão legislativa, deva-se reconhecer haver um direito *prima facie* a

21 No original: “La distinción entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos, y a pesar de ser consideradas categorías interdependientes, ha conducido en la práctica a brindarle a la primera de ellas menor importancia. Esta tendencia se alimenta de la falta de claridad conceptual respecto de los derechos que integran esta categoría, cuestión que impide su implementación. Dentro de ellos se encuentra el derecho de la salud, el cual se caracteriza por su particular vaguedad, resultante de la falta de identificación de las obligaciones que impone a los Estados”.

22 No original: “El objetivo de las garantías tradicionales es proteger al individuo de injerencias arbitrarias. Los derechos sociales tienen por finalidad crear lo que se deberá proteger. [...] La libertad conlleva la posibilidad de optar, por lo tanto ya no resulta suficientemente protegida asegurando la no injerencia estatal sino que exige crear las condiciones para la opción. La no creación de las condiciones impacta sobre el goce y garantía de los derechos fundamentales”.

um mínimo, que habilite o controle da omissão mediante a ponderação dos princípios contrapostos (CAYUSO, 2001, p. 44).

O tema da tutela e do controle judicial será abordado no próximo subtópico, porém, o que se quer ressaltar, com base nas palavras da autora, é que a questão do conteúdo do direito à saúde se conecta diretamente com o conteúdo da contrapartida em obrigações a serem impostas ao Estado, à sociedade e ao próprio indivíduo.

Em benefício da efetividade desse direito, faz-se necessário especificar um pouco mais o seu conteúdo. A tarefa não é fácil, pois as dificuldades começam pela própria largueza do conceito de saúde, conforme visto, definido como um campo aberto, uma meta direcionada ao completo bem-estar físico, mental e social, nunca plenamente atingível, porém sempre passível de incremento. Há, evidentemente, limites fático-temporais, como os expressos por Guilherme Cintra (2008, p. 440):

A saúde trabalha com a idéia do contínuo aumento do bem-estar físico, mental e social dos indivíduos. Esse objetivo constitui uma espécie de ideal regulador, utilizado para nortear o complexo de ações, decisões e procedimentos adotados na área da saúde. Trata-se de um objetivo que possui um sentido ou valor próprio específico para as questões sanitárias, mas que é constantemente submetido a outros condicionantes de natureza política, jurídica e econômica. O aumento do “bem-estar físico, mental e social” das pessoas também depende inevitavelmente da formulação e implementação de políticas públicas, da garantia e defesa de direitos e da administração e aplicação de recursos financeiros em um contexto de escassez.

Na extensão original do conceito de saúde, o direito correspondente confina com os demais direitos de cidadania e com o âmbito da qualidade de vida do cidadão.

[...] é importante reconhecer a amplitude que possui este direito e não defini-lo somente como um direito de acesso à assistência sanitária, mas também às precondições da saúde [...] em determinados

aspectos o direito à saúde se superpõe aos direitos civis e políticos e em outros, aos direitos econômicos, sociais e culturais [...] O conteúdo essencial do direito à saúde é o acesso a certos serviços sanitários básicos que os Estados devem garantir imediatamente, com independência de recursos de que disponha, e se diferencia de outros conteúdos sujeitos a serem garantidos em uma forma progressiva (TOEBES apud CAYUSO, 2001, p. 44, tradução nossa)²³.

Na doutrina nacional, a questão do conteúdo do direito à saúde deveria ser mais pacífica, em face até mesmo do ordenamento constitucional brasileiro, que o reconhece como direito de segunda dimensão. Nessa extensão, o direito à saúde está identificado como o direito à atenção sanitária, esta entendida como o conjunto de ações e serviços que visem a promover, proteger e recuperar a saúde²⁴.

Germano Schwartz (2001, p. 98-99), ao tratar do direito à saúde na legislação brasileira, preocupa-se em extremar, nos termos utilizados pelo constituinte, as ideias que possam ser associadas a uma saúde “curativa”, típica do individualismo liberal, a uma visão mais atualizada de saúde, com seu aspecto social e preventivo e com uma abordagem mais holística do ser humano. Assim, identifica a expressão “risco de doença” do texto constitucional com a ideia de saúde preventiva e “outros agravos” com a impossibilidade de tudo se prever em relação à saúde. Enfatiza a expressão “promoção” como o vínculo entre a qualidade de vida e saúde e “proteção” como a necessidade

23 No original: “[...] es importante reconocer la amplitud que tiene este derecho y no definirlo solamente como un derecho de acceso a la asistencia sanitaria sino también a las condiciones de la salud... en ciertos aspectos el derecho a la salud se superpone con los derechos civiles y políticos y con otros derechos económicos sociales y culturales [...]. El contenido esencial del derecho a la salud es el acceso a ciertos servicios sanitarios básicos que los Estados deben garantizar inmediatamente, con independencia de los recursos de los que dispongan, y se diferencia de otros contenidos que deben garantizar en forma progresiva”.

24 A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, estatui que: “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”.

de atuação sanitária em momento anterior à manifestação da doença. Concede ao termo “recuperação” apenas o reconhecimento de que, na ocorrência de certos infortúnios, a saúde deve ser restabelecida mediante um processo “curativo”.

José Luiz Bolzan de Moraes (2003) extrapola o entendimento de saúde meramente como direito de segunda dimensão para inseri-lo também no âmbito dos direitos humanos de terceira dimensão, ou geração, na expressão do autor, referindo-se aos direitos de solidariedade. Assim, poder-se-ia pensar o direito à saúde já não apenas em termos do individualismo liberal ou do igualitarismo social, não somente do ponto de vista de uma saúde “curativa” ou “preventiva”, mas também do ponto de vista dos direitos de solidariedade.

Nessa perspectiva, teríamos como núcleo central a idéia de qualidade de vida, [...] que se expande para além de uma possível percepção holística, apropriando-se dos conteúdos próprios à teoria política e jurídica contemporânea. Talvez possamos vê-la como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas, um direito de cidadania que projeta a pretensão difusa e legítima a não apenas curar/evitar a doença, mas a ter uma vida saudável, expressando uma pretensão de toda(s) a(s) sociedade(s) a um viver saudável (MORAES, 2003, p. 24).

Ocorre que a reintrodução do componente social e solidário no próprio conteúdo do direito à saúde faz reintroduzir nele, de uma forma mais profunda, a questão da limitação dos recursos sociais e da necessidade da razoabilidade na sua utilização. Quer dizer, pensar o conteúdo do direito à saúde como integrador do caráter social e solidário do ser humano converte em parte essencial do referido direito a consideração do problema do uso racional dos recursos escassos.

Para contemplar um tema, menos frequente nas discussões doutrinárias, das limitações impostas pela escassez no campo privado, deve-se considerar que a escassez referida não é privilégio do sistema

público de saúde ou das finanças públicas. Considere-se ainda que, por vezes, o “bem” pode estar fora do comércio, como ocorre no caso de transplante de órgãos e tecidos humanos, e, de toda forma, o fato de recursos, bens, produtos e serviços de atenção à saúde estarem disponíveis à apropriação e exploração privada não elide a necessidade de responsabilidade na sua utilização.

Uma forma de introduzir o tema no campo do consumo privado de produtos e serviços de saúde é oferecida pela ética do consumo proposta por Adela Cortina, com o conceito de consumo justo, o qual é entendido como o consumo passível de ser universalizável:

Será justo [o consumo] se as pessoas estão dispostas a aceitar uma norma mínima, segundo a qual só se consumirão os produtos que todos os seres humanos possam consumir e que não prejudiquem nem ao resto da sociedade, nem ao meio ambiente. O primeiro critério para discernir se uma forma de consumo é justa consiste, pois, em considerar se ela pode ser universalizada. [...] é consumo ético o que proporciona às pessoas uma vida boa. E aqui conviria trocar esse estúpido *chip*, determinado em identificar a felicidade com o consumo indefinido de produtos do mercado, quando os mais inteligentes já estão de volta e optam pela qualidade de vida em vez da quantidade dos produtos, por uma cultura das relações humanas, do desfrute da natureza, do sossego e paz, totalmente relutante com a aspiração a um consumo ilimitado (CORTINA, tradução nossa)²⁵.

25 Disponível em: <<http://webs.uvigo.es/consumoetico/eticadelconsumo.htm>>. No original: “Será justo [...] si las personas están dispuestas a aceptar una norma mínima, según la cual, sólo se consumirán los productos que todos los seres humanos puedan consumir y que no dañen ni al resto de la sociedad ni al medio ambiente. El primer criterio para discernir si una forma de consumo es justa consiste, pues, en considerar si puede universalizarse. [...] es consumo ético el que proporciona a las personas una vida buena. Y aquí convendría cambiar ese estúpido *chip*, empeñado en identificar la felicidad con el consumo indefinido de productos del mercado, cuando los más inteligentes ya están de vuelta y optan por la calidad de vida frente a la cantidad de los productos, por una cultura de las relaciones humanas, del disfrute de la naturaleza, del sosiego y la paz, totalmente reñida con la aspiración a un consumo ilimitado”.

Presentemente, parece tratar-se de um limite, sobretudo, moral, mas que certamente evoluirá para uma disciplina jurídica. No campo da saúde, os produtos e serviços de atenção à saúde podem ser objeto da atividade econômica privada lucrativa. No caso brasileiro, com a expressa permissão constitucional do art. 197. A saúde humana, todavia, não é, e não pode ser considerada, uma mercadoria qualquer, devendo recair sobre sua exploração comercial um especial controle e supervisão pelo Estado.

Definir ou delimitar o conteúdo do direito à saúde é, em grande parte, firmar um compromisso e um equilíbrio entre o objetivo ideal expresso no conceito de saúde como completo estado de bem-estar físico, mental e social e as possibilidades de sua realização, em termos igualitários, em face das condicionantes econômicas, sociais e políticas que governam a vida em sociedade.

Assim, à semelhança do que ocorre com o próprio conceito de saúde, o conteúdo do direito à saúde, vedado o retrocesso na proteção social, deve ser permanentemente construído e reconstruído, com base na realidade fática e orientado pela ideia da busca do máximo bem-estar e qualidade de vida individual e social possível, assegurado o acesso equitativo.

O equilíbrio entre o bem-estar e a qualidade de vida individual e social há de ser mediado por princípios que tenham em conta a promoção da equidade no acesso aos bens sociais correspondentes, quer pelo sistema público, quer pelo sistema privado de atenção à saúde.

4 Conclusões

Resulta que a participação popular e cidadã na construção do direito à saúde, mais do que uma exigência do direito fundamental à

participação popular, é também uma necessidade imposta pelo próprio conceito de saúde.

A análise desse conceito, de fato, revela a necessidade de considerar não apenas as necessidades, mas também os desejos, anseios e ambições humanas e as capacidades necessárias para a realização de seus projetos de vida. Revela ainda que a permeabilidade do meio social aos agravos e o fato de que a saúde humana não se resume às funcionalidades físico-biológicas, mas também às funcionalidades mentais e sociais relacionadas com aqueles anseios e capacidades e com os modos e estilos de vida, determinam que as condicionantes da saúde só possam ser entendidas no espaço social e que a assunção de responsabilidades individuais e sociais por parte dos destinatários da atenção à saúde integrem a própria concepção de direito à saúde.

A tutela da saúde pelo Direito perpassa por todas as dimensões dos direitos fundamentais. Como direito de primeira dimensão, impõe o dever de respeito à vida e à integridade biopsíquica de toda pessoa humana, protegendo-a de toda indevida agressão. Como direito de segunda dimensão, impõe o dever de promoção das condições mínimas que permitam a cada indivíduo o desenvolvimento pleno de suas capacidades para realização de seus projetos de vida. Por fim, como direito de terceira dimensão, projeta-se para além da perspectiva da liberdade e igualdade individual, alcançando, como direito difuso e coletivo, proteger a vida humana digna em sociedade, conectando o tema da saúde à pauta ambiental, ecológica, da preservação da paz e da identidade cultural, entre outras, no campo dos direitos de solidariedade.

A construção de um sistema justo de acesso aos bens sanitários é tarefa que incumbe a toda a sociedade na permanente construção e reconstrução do conceito de saúde e de direito à saúde e está umbilicalmente atada à questão da cidadania ativa, em que usuários/con-

sumidores se convertem em agentes de transformação da sociedade, pela percepção de que os produtos e serviços de atenção à saúde não constituem meramente uma mercadoria, senão que integram aquela soma de recursos sociais que, por sua escassez, exigem responsabilidade em sua utilização, adotando-se medidas e comportamentos de racionalização de custos da assistência, em benefício de todos.

Referências

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

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta; CASSIOLATO, José Eduardo. *As especificidades do sistema de inovação do setor saúde: uma resenha da literatura como introdução a uma discussão sobre o caso brasileiro*. São Paulo: USP, 2000. (Estudos FESBE I).

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta; SOUZA, Sara Gonçalves Antunes de; BAESSA, Adriano Ricardo. Pesquisa e inovação em saúde uma discussão a partir da literatura sobre economia e tecnologia. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 277-294, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n2/20385.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2009.

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE EDUCACIÓN EN SALUD PÚBLICA. I Conferencia Panamericana de Educación en Salud Pública. XVI Conferencia de ALAESP. *Informe final*, Rio de Janeiro, ago. 1994.

BERLINGUER, Giovanni. *Ética da saúde*. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996.

BERLINGUER, Giovanni. *Globalização, equidade e saúde*. Conferência proferida no 2º Fórum Regional de Saúde do Algarve sob o tema “Globalização e Saúde”, maio 2008. Disponível em:

<http://www.arsalgarve.minsaude.pt/site/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=258&Itemid=113>. Acesso em: 14 jun. 2009.

CASTRO, Marcus Faro. Dimensões políticas e sociais do direito sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde/ Faculdade de Direito da Universidade de Brasília/ Escola Nacional de Saúde Pública, 2003. p. 379-390.

CAYUSO, Suzana Graciela. *El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación*. In: FARINATI, Alícia (Coord.). *Salud, derecho y equidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 29-45.

CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 435-445.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. *Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços*. 4. ed. São Paulo: Cortez/ CEDEC, 2001.

CORTINA, Adela. *Ética del consumo*. Disponível em: <<http://webs.uvigo.es/consumoetico/eticadelconsumo.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 91-100.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.

DANIELS, Norman. *Just health care*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

DECLARATION OF ALMA-ATA, 1978. Disponível em: <http://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2008.

DOSI, Giovanni. Sources, procedures and microeconomics effects of innovation. *Journal of economic literature*, v. 26, p. 1120-1171, sept. 1988.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. Justice in the distribution of health care. *McGill Law Journal*, v. 38, n. 4, p. 883-898, 1993.

GONÇALVES, Janaína Barbier. Disponível em: <<http://www.stfjus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2009.

GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, derechos y racionamento sanitario. *Doxa*, n. 22, 1999. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MORAES, José Luis Bolzan de. O direito da saúde. In: SCHWARZT, Germano (Org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 11-25.

PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elizabeth O. *Redefining health care*. Harvard Business School Press, 2006.

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

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

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

SEN, Amartya. *A desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIDAL, Susana. *Introducción general y antecedentes*. In: Curso de Bioética Clínica y Social del Programa de Educación Permanente de Bioética de UNESCO. Redbioética-UNESCO, 2009.

WORLD BANK. *World Development Report 1993: investing in health*. Oxford: Oxford University. 1993. Disponível em: <<http://files.dcp2.org/pdf/WorldDevelopmentReport1993.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION CONSTITUTION, 1946. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008).