

A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO DISCURSO JURÍDICO E COMO POLÍTICA PÚBLICA

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico [...] – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.

(Norberto Bobbio)¹

A distribuição natural dos bens não é justa ou injusta; nem é [necessariamente] injusto que os homens nasçam em algumas condições particulares dentro da sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições sociais tratam esses fatos.

(John Rawls)²

1.1. A SAÚDE COMO CONCEITO, OBJETIVO E IDEAL

Em 22 de julho de 1946, logo após o fim do mais amplo conflito bélico mundial, a recém-criada Organização Mundial de Saúde aborda o tema de sua existência sob três iniciais prismas, no preâmbulo de sua carta constitutiva, introjetada no país por meio do Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948³, pouco após a entrada em vigor oficial do documento internacional, a 07 de abril de 1948. São eles:

Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

1. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 06.

2. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 109.

3. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 13 set. 2023.

The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.

The health of all peoples is fundamental to the attainment of peace and security and is dependent upon the fullest co-operation of individuals and States.⁴

O primeiro aspecto, à guisa de conceito, adota a já famosa definição de saúde que marcou a segunda metade do século XX e início do século XXI, ao estender sua noção para muito além do mero funcionamento orgânico regular⁵. Dois séculos antes, a saúde correspondia ao funcionamento que não gerasse incômodo, normalidade fisiológica, ao “*silêncio dos órgãos*”⁶. Na definição da OMS, contudo, parece não bastar que os órgãos trabalhem silenciosamente, mas que o façam com genuíno entusiasmo, para serem considerados saudáveis.

O conceito de saúde como “*completo bem-estar físico, mental e social*” não raro suscita críticas, por remeter a um ideal de perfeição, plenitude e integração que não comportaria qualquer sensação de insatisfação ou de não-pertinência, mesmo quando inatas à condição humana⁷. No dizer de Naomar Monteiro⁸, “*talvez buscando uma terapêutica para o zeitgeist depressivo do pós-guerra, a Organização Mundial da Saúde reinventou o Nirvana*

-
4. Disponível em <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>, acessado em 13 set. 2023. Em tradução da Universidade de São Paulo, disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf, acessada em 13 set. 2023, tem-se: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.”
 5. Em FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1.814, v. saúde: “Saúde. [Do lat. Salute, ‘salvação’, ‘conservação da vida’.] S.f. 1. Estado do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal; estado do que é sadio ou são. 2. Força, robustez, vigor [...]. 3. Disposição do organismo [...]. 4. Disposição moral ou mental [...]”.
 6. SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32.
 7. SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997.
 8. ALMEIDA FILHO, Naomar de. O conceito de saúde: ponto-cego da epidemiologia? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 3, n. 1-3, 2000.

e chamou-o de ‘saúde’”. Equiparou-se, em suma, saúde e felicidade⁹, em um patamar considerado utópico¹⁰, que culmina por ensinar justamente o oposto do que preconiza: um sentimento de inadequação e insuficiência, diante das contingências reais da vida e altos níveis de frustração existencial e potencial patológico¹¹.

Ante essa análise, já se pode perceber que o jogo linguístico, com que se busca resolver, mediante o discurso, problemas da realidade, criando-se, a partir daí, novas dificuldades – desta feita de concretização –, não é exclusividade do Direito.

Mesmo que hoje se fale no direito à felicidade, como parte implícita do rol de direitos fundamentais¹², reconhece-se a dificuldade de sua caracterização em sociedades culturalmente plurais e, ao mesmo tempo, cada vez mais sujeitas à globalização¹³ e consumo, gerando expectativas que, desatendidas, ameaçam o integral bem-estar psíquico e/ou social e, portanto, a saúde. Outrossim, em tempos de redes sociais difusoras em larga escala de padrões massificados, sobretudo aos mais jovens, a pressão pela uniformização é, per si, uma fonte de adoecimento, quando se foge ao ideal do “pleno bem-estar”, por mais inatingível que ele de fato seja¹⁴.

-
9. DANIELS, Norman. *Just Health Care*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 29.
 10. BERGEL, Salvador Darío. Responsabilidad Social y Salud. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v. 2, n. 4, p. 443-467, 2006.
 11. Segre e Ferraz (SEGRO, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. *op. cit.*, p. 539) referem a criação, na década de 90, pela Associação Médica Americana, de uma entidade nosológica batizada “*síndrome da felicidade*”, em que a busca compulsiva pelo pleno bem-estar e pelo completo estado de felicidade – com todas as dificuldades que sua definição implica, bem assim com todas as novas necessidades e expectativas que se têm criado para o alcance social disso – culmina por gerar um quadro patológico.
 12. Nesse sentido, no ordenamento brasileiro, cf. o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 898060 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132.
 13. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
 14. Cf. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. 121, ao referir a noção de doença mental, por exemplo, como constituída historicamente como forma de repúdio à visão diversa da época, mesmo que em parâmetros não necessariamente patológicos, mas meramente ideológicos, o que hoje se poderia identificar com a sensação de não-pertinência, que se contrapõe à faceta da saúde relativa ao pleno bem-estar mental e social. Também em HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2003, p. 60, 77, 107-115, 127, 135, 182, observa-se a identificação do “estranho”, do não parametrizado, com o patológico, numa sociedade marcada pela uniformização e pela massificação de uma felicidade artificialmente delineada e a despeito do direito à diferença, hoje reconhecido e defendido pelo já citado Boaventura Santos, entre outros.

Segundo Giovanni Berlinguer¹⁵, a saúde não seria a perfeição, mas uma condição de equilíbrio, sensivelmente melhorada atualmente, mas pouco plausível de atingir a plenitude absoluta. Pondera que a busca desmedida a essa plenitude terminaria por induzir médicos e pacientes a excessos terapêuticos, razão pela qual prefere uma visão do tema que reputa mais concreta, ao analisar a saúde sob um duplo caráter: *intrínseco* (como a aferição da presença, limitação ou ausência de capacidades vitais) e *instrumental* (como condição essencial para viver em liberdade¹⁶). Essa visão mais comedida acaba-se mostrando facilitadora também em relação a outro aspecto assaz lembrado no tema na judicialização em saúde que é a questão dos custos e da dificuldade em se aquilatar o preço e o conteúdo de um tratamento não só reputado condigno, mas, também, apto a assegurar a sensação de adequação feliz, em meio a uma sociedade de consumo¹⁷.

Retoma-se aqui o segundo dos aspectos elencados pelo preâmbulo da carta da Organização Mundial de Saúde, que remete a um escopo tão alto-neiro quanto o conceito do primeiro item: “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.”

Nesse contexto, torna-se ainda mais difícil falar em limitação de custos e de acesso a recursos em saúde, inclusive pela impossibilidade de cindir ou impor limites ao bem, cuja definição supramencionada sugere uno e indivisível. O direito individual à saúde, ombreado com o direito à igualdade, implicaria, nessa linha, o direito de acessar o melhor tratamento existente, remetendo-se

15. BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Brasília: UnB, 2004, p. 211-212. Para o autor, havia de circular aos sussurros, pelos corredores da Organização Mundial de Saúde, à época da elaboração do referido conceito de saúde, que “*se alguém vier aqui e afirmar que se encontra num estado de completo bem-estar etc., etc., etc., vamos interná-lo no manicômio*”. Também em favor de um conceito mais comedido e, assim, plausível, Segre e Ferraz (op. cit.) identificam a saúde com “*um estado de razoável harmonia entre o sujeito e sua própria realidade*” física, psíquica e social: um estar relativamente bem consigo mesmo e com seu meio.

16. Entendimento que parece encontrar paralelo também na visão de SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Para esse autor, contudo, a liberdade é que é condição essencial para outros direitos, como a própria saúde.

17. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *O direito à saúde no Brasil: reflexões bioéticas à luz do princípio da justiça*. São Paulo: Loyola, 2014, p. 27: “*Assegurar a saúde seria, então, em última instância, assegurar também o direito de consumir. Não apenas de consumir medicamentos e tecnologias diretamente relacionadas à saúde, cada vez mais caros e modernos, mas, também, consumir de um modo geral, como parte bem integrada da sociedade. (...) Como limitar custos se a plenitude reside, em parte, no sentir-se com acesso ao que outros têm, como parte de uma integração social salutar?*”

não ao mínimo, mas ao que Miguel Calmon Dantas¹⁸ chama de máximo existencial. Aí se situaria, como parte da saúde, um direito ao acesso à evolução médico-tecnológica, que, no dedicar-se a promover mais saúde, pode-se tornar fonte indireta de adoecimento, inclusive pelo sentimento de inadequação social de quem não a puder alcançar.

E se chega, assim, ao terceiro aspecto levantado no preâmbulo citado, como parte do objetivo visado pelo direito à saúde, não apenas pelo prisma individual e mesmo local, mas como finalidade coletiva maior, transnacional, como atuação esperada dos Estados e condição de equilíbrio e sanidade global entre eles, a saber: “*A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados*”. Tal previsão nunca foi tão veraz como no último triênio, quando a pandemia de COVID-19 evidenciou a simbiose global em termos de saúde, instando à necessidade de cooperação interestatal pelo bem coletivo. Afinal, na expressão de Ventura e colaboradores¹⁹, “*saúde é sobretudo uma questão de cidadania e de justiça social, e não um mero estado biológico independente do nosso status social e individual*”

Evidencia-se, mais uma vez, a relevância do papel do Estado, no pensar de políticas concretas, voltadas às necessidades do indivíduo e do coletivo, de sorte a permitir escapar ao ciclo vicioso da pobreza, sem desconsiderar a necessidade de equilíbrio entre o mínimo imprescindível e o máximo possível. Há que se buscar o necessário, dentro de uma avaliação de razoabilidade e bom senso, visando a promover e assegurar a saúde e a efetividade ao comando constitucional, a despeito da aparente inatingibilidade que o conceito internacional de saúde esposou.

Em contraposição à excessiva vagueza do conceito – mais ideal que objetivo – da Organização Mundial de Saúde, outras normas têm procurado preencher mais concretamente o percurso entre o discurso e a realidade. Nesse diapasão, destaca-se, no âmbito nacional, a instrução constante da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, importante lastro para a disciplina constitucional do SUS, e que estabeleceu a ideia de saúde como “*a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acessos aos serviços de*

18. DANTAS, Miguel Calmon. *Direito Fundamental ao Máximo Existencial*. 2013. 321f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013.

19. VENTURA, Míriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. In *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 20 [1]: 77-100, 2010.

saúde, é assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social”²⁰. Evidencia-se, por conseguinte, a correlação da saúde com outros direitos fundamentais e, notadamente, com a necessidade de efetivação dos demais direitos sociais, como parte da justiça social, através da medicina clínica, no cuidado individual, e da medicina social, no tocante à saúde coletiva e às políticas públicas no setor²¹.

Um conceito muito amplo, portanto, não significa necessariamente melhor ou maior garantia à saúde. De se recordar que a própria comparação pragmática entre direitos humanos e fundamentais por vezes evocam essa distinção entre amplitude e efetividade. Propostas mais realistas podem abranger uma meta até mais audaciosa, que é a de efetivar em maior dimensão prática o direito. Mister, portanto, conciliar discurso, expectativas, carências e realidade, a fim de melhor densificar o conceito e viabilizar o direito, estabelecendo parâmetros concretizadores para as políticas públicas na área e diretrizes consistentes para as demandas sanitárias.

1.2. A SAÚDE COMO DIREITO HUMANO, FUNDAMENTAL E SOCIAL

A inclusão da saúde no rol de direitos considerados imprescindíveis à condição de respeitabilidade humana, sob guarida da norma máxima de um país, é conquista relativamente recente e consequência de todo um desenvolvimento jurídico e cultural, cuja trajetória é mais conhecida doutrinariamente no âmbito das sociedades ocidentais.

Após a inserção dos direitos sociais entre os direitos humanos e fundamentais, e do direito à saúde entre eles, já não haveria motivos para discutir se a proteção jurídica em questão caracterizaria ou não um direito exigível. A despeito disso, ainda há sérias lacunas em sua eficiência no campo da realidade.

A discussão do tema abrange, inicialmente, a análise do discurso jurídico de proteção ao direito à saúde, de seu histórico até os dias atuais, como

20. BRASIL. 8ª CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Modelo Assistencial e de Gestão para Garantir Acesso, Qualidade e Humanização na Atenção à Saúde, com Controle Social. Disponível em <http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf>, acessado em 13 set. 2023.

21. Cf. BERGEL, Salvador Darío. Responsabilidad Social y Salud. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v.2, n.4, p. 443-467, 2006, p. 446, e AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro*. 2006. 458f. 2v. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, que aborda os aspectos jurídicos relativos à proteção e fatores determinantes da saúde do indivíduo e da população.