



Fernando Rabello

SAÚDE: Direito, dever ou valor?

HEALTH: prerogative, duty or value?

Marcelo de Oliveira Milagres

25

RESUMO

Desenvolve as interconexões que há entre a saúde e a técnica, a literatura, o direito e a jurisdição.

Afirma que a saúde é um bem essencial e, portanto, inerente à personalidade humana, devendo ser objeto de proteção e que o princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana é também o fundamento de condições satisfatórias da saúde.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; direitos fundamentais; saúde; valor; proteção; personalidade humana.

ABSTRACT

The author shows the existing correlation among health, technology, literature, law and jurisdiction.

He states that health is an essential value, inherent in human entity, and therefore worthy of protection. Moreover, he considers that the principle of human dignity protection constitutes the pillars for good health conditions as well.

KEYWORDS

Constitutional Law; basic rights; health; value; protection; human entity.

1 INTRODUÇÃO

O homem não é somente *sapiens*, *faber* ou *oeconomicus*; é também espírito. Essa visão unitária e indissociável do homem não é, porém, uma realidade da nossa época. Conflitos, necessidades e desejos de toda sorte apontam para um pós-humanismo, em que o ser é fragmentado, resultado da técnica, pautado por constantes ondas ou modismos. Alguns temas não mais tangenciam o imaginário do nosso tempo. A finitude parece ser uma doença a ser vencida; a vida é sentida como um projeto de sucesso em que a dor e o sofrimento devem ser descartados; a beleza, como padrão a ser exaustivamente cultuado; o tempo é o imediato. A humanidade parece ascender à matéria.

Nessa quadra, sobressaem questões tão antigas quanto complexas: o que é saúde? Direito, dever ou valor? Saúde e doença são realidades que se complementam?

[...] *a literatura ressaltou, criticamente, a saúde na perspectiva de sua falta ou de seus desvios, como forma de convite a uma reflexão e revisão dos comportamentos humanos, da dimensão integral do ser, do eu e do outro.*

Muitos não conseguiriam precisar o termo “saúde”, conquanto todos possamos vivenciá-la ou sentir os efeitos de sua modulação.

Nas cenas da vida cotidiana, é polido indagar como vai o interlocutor, e não menos comum a tristeza pela resposta sobre uma grave alteração de saúde. Igualmente, magníficos são os votos de saúde, paz e prosperidade. Os franceses bem revelam o seu valor pela exclamação *Bonne année, bonne santé!*

O tema é universal, fundamental e com várias interseções. Já disse Edgar Morin (2010, p. 65) que cada um de nós vive uma pluralidade de vidas: *sua própria vida, a vida dos seus, a vida de sua sociedade, a vida da humanidade, a vida da vida*. Para tanto e para muito mais, é preciso saúde.

2 SAÚDE E LITERATURA

Em diversas e emocionantes passagens literárias, discutem-se as patologias e seus múltiplos efeitos como forma de ressaltar a importância da saúde e as vicissitudes e também virtudes da vida.

Drauzio Varella bem ressaltou a dimensão humana em face dos desafios da ausência de saúde, destacando que *o desejo de viver é instinto tão arraigado que os seres vivos só se entregam à morte depois de exaurido o último resquício de suas forças* (VARELLA, 2004, p. 43).

Para Rubem Alves (2009, p. 41), a doença aguça a sensibilidade humana. *O homem cria a beleza como remédio para sua doença, como bálsamo para seu medo de morrer. Pessoas que gozam saúde perfeita não criam nada. [...] A criação é fruto do sofrimento.*

De sua vez, Molière, em sua conhecida comédia *Le Malade Imaginaire*, retrata com muita ironia o personagem Argan, um burguês do século XVII que se imaginava um grande doente, chegando ao ponto de propor o casamento de sua filha Angélique com Thomas Diafoirus somente para ter um médico na família, diminuindo seus dispêndios com consultas e remédios.

Muito lembrada é a passagem em que Molière, por meio do personagem Béralde, indaga como um homem pode recuperar a saúde de outro homem, criticando, pois, o cultuado poder de cura dos médicos (MOLIÈRE, 2007).

Em *O Alienista*, Machado de Assis (1972), com a ironia que também lhe era peculiar, discutiu o recanto psíquico, o que denominou de “saúde da alma”. O personagem Simão Bacamarte, médico na pequena Itaguaí, tratou da saúde como bem a ser perseguido à loucura, cuja falta também levava à falta da razão. Para espanto de muitos, Simão Bacamarte instituiu a Casa Verde, local de internação, primeiro, de pessoas, à época, intituladas por ele de loucas, depois, daquelas consideradas sãs.

Assim, a literatura ressaltou, criticamente, a saúde na perspectiva de sua falta ou de seus desvios, como forma de convite a uma reflexão e revisão dos comportamentos humanos, da dimensão integral do ser, do eu e do outro.

3 SAÚDE E TÉCNICA

A mais conhecida definição de saúde é aquela da Organização Mundial da Saúde (OMS), idealizada a partir da Conferência Internacional de Saúde, em Nova Iorque, de 22 de julho de 1946, segundo a qual, saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistindo somente em ausência de enfermidade.

A ideia é muito bem construída. Saúde não é apenas ausência de doença. Vai além disso. É um estado de bem-estar. Saúde é alimento da vida, mas não seu parâmetro. Busca-se viver e festejar com saúde plena, mas também - e infelizmente - vive-se com enfermidades, com a saúde reduzida. Os males partilham da realidade e com eles se harmoniza nossa humanidade.

Porém, o estado atual da tecnologia parece apontar para as mais diversas patologias como objetivos a serem exaustivamente perseguidos. A técnica ousa avançar para estágios da ausência absoluta de males. O viver é uma obrigação, um *continuum* sem limites. Não é mais a vida um misterioso pressuposto do ser. Nesse sentido, discutidas são as práticas de distanásia e de engenharia genética.

A ciência parece defender que a causalidade é linear ou mecânica, que o futuro pode ser predito, que a saúde não é um estado, mas um dever.

É eticamente adequado diagnosticar doenças sem cura? Testar indivíduos portadores assintomáticos, com risco apenas para a prole? Realizar testes em pacientes com possibilidade de doenças degenerativas de início tardio?

Segundo os utilitaristas, o ser humano é visto como cocriador, gerado em busca do novo “Santo Graal” da saúde perfeita em um mundo sem males e sem sofrimentos. Sua vontade e sua intimidade são relativizadas pela lógica da pesquisa obrigatória e indefinida de doenças.

A vida merece absoluta e constante reverência, mas a técnica não pode desafiá-la, relativizá-la como objeto de mercado. A vida não obedece às leis ou aos determinismos da técnica. A saúde não pode ser produto de uma racionalização incessante e desmedida, mas deve ser um estado do ser, alimento da nossa humanidade cultivado dentro dos muitos limites da ciência. Adverte Edgar Morin (2010, p. 31) que *os progressos da ciência não somente produzem a elucidação, mas também a cegueira.*

Não se pode ver a saúde somente com os olhos da técnica. Saúde, sendo um estado do ser, também padece de suas incertezas, fragilidades e inconsistências, cabendo à técnica o possível esforço de superar essas negativas externalidades, senão modular seus efeitos. Como bem acentuou Rubem Alves (2009, p. 10), a chama da vida não se acende apenas com poções químicas, *precisa da voz, da escuta, do olhar, do toque, do sorriso*.

4 SAÚDE E DIREITO

No plano do direito positivo, a saúde ainda é visualizada como um serviço a ser prestado pelo poder público, como objeto de políticas públicas em proveito da cidadania plena. Na esteira desse clássico *welfare state* social, saúde é referenciada como fruto da solidariedade e também do dever prestacional estatal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, reconhece que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente que assegure sua saúde e a de sua família (art. 25-1). Igualmente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1996 (art. 12-1).

A Carta Social Europeia, de 18 de outubro de 1961, assegura a toda pessoa o melhor estado de saúde (art.11).

A maioria dos textos constitucionais reconhece o valor fundamental da saúde. Segundo o preâmbulo da Constituição francesa, de 27 de outubro de 1946, a Nação garante a todos o direito à saúde (alínea 11), a qual é também consagrada como bem fundamental nas constituições da Bélgica (art. 23 da Constituição de 17 de fevereiro de 1994) e da República da Itália (art. 32 da Constituição de 27 de dezembro de 1947).

Contemporaneamente, a saúde é visualizada como exigência e necessidade de todos indistintamente. Segundo a Constituição da República portuguesa, de 2 de abril de 1976, cada um tem direito à proteção de sua saúde e o dever de preservá-la (art. 64).

Para Canotilho (2003, p. 408-409), as normas consagradoras de direitos sociais, como direito à saúde, individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas. *Os poderes públicos têm uma significativa quota de responsabilidade no desempenho de tarefas econômicas,*

sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição dos cidadãos prestações de vária espécie, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações, etc. (CANOTILHO, 2003, p. 478).

No art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, a saúde é um direito social. O art. 196 especifica 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*.

Na verdade e como bem acentua Carlos Alberto Molinaro (2009, p. 55), todos os direitos são sociais *enquanto produtos culturais reveladores de processos de adaptação das relações inter-humanas havidas num cronotopo dado*.

Há também quem insira a saúde na categoria dos *droits à, droit à la santé*, categoria dos direitos de personalidade. (CASAUX-LABRUNÉE, 2008, p. 766).

Para Dany Cohen (1999, p. 399), os *direitos à* são direitos subjetivos representativos da nossa época, atribuindo proteção ampliada à pessoa nos seus mais diversos âmbitos, aí inseridos a vida, o corpo, a integridade física e psíquica.

A saúde decorre de práticas, comportamentos, políticas, enfim, de um conjunto de fatores e circunstâncias que se interagem. Pode-se afirmar que a saúde é um valor reconhecido e também protegido pelo Direito.

Fábio Mattia (1979, p. 107) afirma que *o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa humana considerada em sua totalidade, senão realidades antropológicas (o corpo, a vida, a saúde)*.

Pessoa é um todo indivisível, uma realidade psicossomática. Para Capelo de Sousa, é objeto do direito de personalidade *o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados*. (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 117).

A essencialidade da saúde permite sua inserção e proteção tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no rol dos direitos da personalidade, apesar de direitos fundamentais e direitos da

personalidade não serem termos equivalentes, pois, como acentua José de Oliveira Ascensão, somente os aspectos fundamentais da pessoa são objeto dos direitos de personalidade, não havendo uma identificação precisa entre direitos fundamentais e direitos de personalidade. Os fundamentais abrangem inclusive as garantias que, em si, não são de personalidade (ASCENSÃO, 2009, p. 25-26).

O direito à saúde não se limita a garantias negativas dos interesses da pessoa humana. Os direitos fundamentais ou essenciais *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*. (SARLET, 2009, p. 13).

De toda sorte, merece reflexão o fato de que o direito não garante a saúde de ninguém. Em verdade, o ordenamento jurídico garante a proteção da saúde como valor irrenunciável e essencial. Para Lise Casaux-Labrunée (2008, p. 765), o direito à proteção da saúde é uma fórmula mais correta. A saúde decorre de práticas, comportamentos, políticas, enfim, de um conjunto de fatores e circunstâncias que se interagem. Pode-se afirmar que a saúde é um valor reconhecido e também protegido pelo Direito.

5 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE OU MEDICALIZAÇÃO DO DIREITO

É muito atual o debate sobre as mais diversas pretensões judiciais sobre medicamentos e tratamentos em face do poder público. Trata-se de realidade denominada de “judicialização da saúde”.

Discute-se sobre a possibilidade do controle jurisdicional das ações da Administração Pública no que concerne à efetivação do direito à garantia de saúde dos cidadãos. De um lado, vigora a tese de que o Poder Judiciário não pode determinar ou intervir em políticas públicas, compelindo o Executivo a fornecer determinado medicamento ou prestar específico serviço de saúde; de outro, tem lugar a tese segundo a qual o Judiciário, em face da inércia administrativa na proteção

do direito à saúde, pode e deve interferir em políticas públicas; no meio-termo, o entendimento de que o Judiciário pode determinar práticas administrativas sempre que o bem da vida estiver em risco e o paciente não dispuser de recursos suficientes para seu tratamento sem comprometer o sustento próprio e o de sua família.

A prudência é sempre benfazeja. É sabido que a ampliação do catálogo dos direitos sociais e as limitações orçamentárias estatais são realidades que, no caso concreto, colidem e geram tensões. Como promover a saúde daqueles que acorrem ao Judiciário, pleiteando medicamentos, internações, tratamentos, em face de outros que não têm a mesma iniciativa, inclusive pela falta absoluta de meios de acesso a essas pretensões? Como satisfazer uma específica pretensão em meio a uma constante e crescente gama de necessidades fundamentais? *A universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais.* (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 156).

Para alguns¹, a resposta a esses questionamentos perpassa pela ideia do patrimônio mínimo, do mínimo existencial ou do direito ao médio da existência.

Segundo Ricardo Lobo Torres (2009, p. 13), o mínimo existencial não tem conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, inclusive a proteção à saúde, considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de pretensões judiciais em face do poder público, para garantia da saúde dos hipossuficientes econômicos. Entendeu-se pela validade e necessidade de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, como mecanismo de efetividade de preceitos constitucionais fundamentais e como gesto de solidariedade à vida, *especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade* (BRASIL, STF, RE 393.175/RS).

Sensível a essa complexa realidade, o Pretório Excelso, em maio de 2009, realizou audiência pública sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), objetivando maiores elementos, para julgar

inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá desconsiderar a tutela pessoal e individual, que lhe é inerente e inafastável.

Na verdade, não há de se falar em judicialização da saúde como algo anômalo, mas sim em efetividade constitucional dos bens do ser, não se admitindo o argumento da escassez financeira como justificativa do esvaziamento do direito fundamental de proteção à saúde. Os atos do poder público não se eximem do controle jurisdicional, notadamente os atos omissivos.

Contemporaneamente, defende-se a perspectiva da medicalização do Direito, como necessária interação entre o Direito e as ciências da saúde. A adjudicação dos bens da vida não se cinge ao aspecto jurisdicional, mas sim se amplia por iniciativas e estudos transdisciplinares.

6 SAÚDE E VALOR

A saúde é em si um valor (CASAUX-LABRUNÉE, 2008, p. 766). Se a vida é o fundamento do ser, a saúde é seu alimento. Pode-se viver com reduzida saúde, mas não se vive com intensidade. A saúde é condição essencial do pleno exercício de outros direitos.

Trata-se de valor irrenunciável, inalienável, imprescritível, extrapatrimonial e universal. Fale-se em saúde da criança, da mulher, do trabalhador, do idoso e da família, em saúde física e mental, não como valor fragmentário, mas como valor unitário de múltiplas intensidades e de promoção de distintas necessidades.

A realização desse valor não se cinge a uma dimensão curativa, mas também e fundamentalmente alcança uma realidade preventiva. Se a prevenção é o melhor remédio, a saúde pode ser compreendida como um estado de intensa precaução com os males do corpo e da alma.

Mas quem deve e pode promover essas dimensões? Quem deve garantir a saúde?

A proteção da saúde é direito de todos, tem eficácia *erga omnes*, eficácia irradiante.

Tratando-se de valor inato e inerente à personalidade humana, cumpre à pessoa, prioritariamente, contribuir para a promoção de sua saúde. A autonomia da vontade não pode ir contra ou além da própria integridade do sujeito de direito. Como bem acentuado pelo citado texto da Constituição portuguesa, cada um tem direito à proteção de sua saúde e o dever de preservá-la. Há, dessa forma, um dever de garantia da saúde, que evoca a responsabilidade pessoal e comunitária.

O poder público também deve promover o bem-estar das pessoas, seja resguardando-se de atos que possam afetar-lhes a saúde, seja promovendo políticas de proteção desse valor.

O poder privado, quando não contratualmente obrigado a agir, deve, no mínimo, abster-se de práticas contrárias ao bem-estar humano.

Quanto aos profissionais de saúde, subsistem imperativos éticos que os impelem a fomentar as dimensões preventiva e curativa.

Já se disse que o maior objetivo desses profissionais não pode ser a cura, senão o alívio do sofrimento humano. *Para curar, muitas vezes a técnica basta; mas, para conseguir que um doente viva o máximo de tempo com a menor carga de dor e encontre a morte com tranquilidade, é preciso muito mais.* (VARELLA, 2004, p. 153)

Segundo o novo Código de Ética Médica, aprovado pela

O poder público também deve promover o bem-estar das pessoas, seja resguardando-se de atos que possam afetar-lhes a saúde, seja promovendo políticas de proteção desse valor.

mento de vários casos de repercussão nacional.

A par das pretensões individuais em busca do mínimo existencial, sobressai a necessária tutela coletiva da saúde, considerando o dever de o poder público observar o comando constitucional inscrito no art. 198 sobre o percentual mínimo de recursos financeiros em ações e serviços públicos de saúde, reconhecendo-se, inclusive, a legitimidade do Ministério Público para tutela do interesse indisponível à saúde de uma ou várias pessoas (Recurso Especial n. 926187/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.04.2006). Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 152), *a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde,*

Resolução n. 1931, de 17 de setembro de 2009, o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. O médico deverá guardar absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir ou acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

7 EPÍLOGO

A saúde é um valor humano, ascendente ao imaterial, ao intangível. Ao direito cumpre a missão de preservá-la. Daí a ideia do direito à proteção da saúde. Trata-se de direito de dupla face, que se insere no âmbito dos direitos fundamentais e na ordem dos direitos de personalidade, marcados pela essencialidade e indisponibilidade dos bens.

O princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana é também o fundamento de condições satisfatórias de saúde.

Um dos desafios do nosso tempo é a efetiva promoção da saúde de todos e de cada um, como valor essencial, universal e humano que ultrapassa a visão da técnica ou do mero dever prestacional e contratual, inserindo-se em profunda realidade axiológica.

NOTA

1 Cf. FACHIN (2006); TORRES (2009); e CAMPOS (1995).

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. *O médico*. 8. ed. Campinas: Papyrus, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 12, jan./jun. 2009.

ASSIS, Machado de. *Obras completas de Machado de Assis*. São Paulo: Formar, 1972.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 393.175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.12.2006.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2. ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

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

COHEN, Dany. *Le droit à...* In.: FRISON-ROCHE, Marie-Anne; LEQUETTE, Yves; ROBERT, Jacques-Henri (Org.). *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999. p. 393-400.

CASAUX-LABRUNÉE, Lise. *Le droit à la santé*. In: ALBIGÈS, Christophe et al. *Libertés et droits fondamentaux*. 14. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 759-788.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In: CHAVES, Antônio. *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MOLIÈRE. *Le malade imaginaire*. Paris: Larousse, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto. A jurisdição na proteção da saúde: breves notas sobre a instrumentalidade processual. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, n. 115, p. 49-72, set. 2009.

MORIN, Edgar. *Para onde vai o mundo? [Où va le monde?]*. Tradução de Francisco Moras. Petrópolis: Vozes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 175, p. 9-33, set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 67, p. 125-172, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARELLA, Drauzio. *Por um fio*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Artigo recebido em 27/4/2010.

Artigo aprovado em 11/6/2010.

Marcelo de Oliveira Milagres é promotor de Justiça e assessor do Corregedor-Geral do Ministério Público de Minas Gerais.