

OS CENÁRIOS INCERTOS DO DIREITO À SAÚDE

Vincenzo Durante

Entre os direitos sociais que se desenvolveram na Europa no pós-guerra, e em particular a partir da metade dos anos 60, o assim chamado “direito à saúde” reveste-se de uma particular importância vista a grande expansão que teve nas últimas décadas.

Refiro-me à expressão “direito à saúde”, pois é utilizada em inúmeros sistemas jurídicos nacionais e internacionais e em diversos contextos disciplinares. Pensemos ao “*diritto alla salute*” do art. 32 da Constituição Italiana, ao “*droit à la santé*” do ordenamento francês ou ao “*derecho a la salud*” do art. 43 da Constituição Espanhola. Esta expressão também é amplamente utilizada nos países da América Latina, por exemplo, nos arts. 196 e seguintes da Constituição Brasileira.

Na língua inglesa, e em particular no debate norte-americano, a expressão correspondente “*right to health*” suscita, ao contrário, algumas perplexidades, frequentemente confundida, talvez um pouco ingenuamente, com um hipotético e irrealizável “direito à felicidade”. Prefere-se então, naquele contexto, referir-se ao “*right to health care*”, ou seja, ao direito às prestações médicas.

Porém, vendo bem, não há muita diferença entre as duas expressões, pois o “direito à saúde” também indica na realidade o direito de acesso a cuidados médicos e aos tratamentos necessários para prevenir uma doença ou enfermidade ou para curar uma patologia em curso. Portanto, trata-se evidentemente apenas de um dos componentes da complexa esfera de direitos e de liberdades que envolvem a saúde humana.

Porém, se se aborda uma visão mais ampla do “governo do corpo”¹, percebe-se que a expressão “direito à saúde” não é mais suficiente para descrever todas as situações em que se devem tomar decisões sobre o nosso corpo e, portanto, em última análise, sobre a nossa vida. Além disto, é evidente que o conceito de corpo não pode ser reduzido somente aos aspectos físicos da pessoa, mas envolve também os aspectos mentais, relacionais e sociais. Portanto, o corpo considerado em uma relação sempre mais estreita com a ideia de pessoa e da sua dignidade, liberdade, identidade e integridade.

O próprio conceito de saúde já abandonou, sobretudo na Itália, as restritas fronteiras da “ausência de doença” ou da “integridade psicofísica” - entendida como a correspondência dos parâmetros e das funções vitais a padrões objetivos que indicam, segundo a ciência médica, um “bom” estado de saúde - e hoje é vista (e com cuja visão podemos concordar completamente) como “percepção que a pessoa tem de si”², segundo os famosos preceitos da histórica definição de saúde da Organização Mundial da Saúde³.

Parece mais útil individuar uma expressão mais ampla e geral que se refira aos “*direitos em torno à saúde*”, o que sem dúvida inclui o direito aos tratamentos médicos, mas que pode englobar uma série de outras posições jurídicas dignas de proteção: liberdade de escolha, autodeterminação, recusa dos tratamentos, direito a um ambiente salubre, também no local de trabalho, direito ao lazer, à parentalidade

¹C.f. *Il governo del corpo*, (a cura di) CANESTRARI-FERRANDO-MAZZONI-RODOTÀ-ZATTI, em *Trattato di Biodiritto*, dirigido por RODOTÀ-ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, Tomo I e II.

²ZATTI, Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1 ss.; DURANTE, La salute come diritto della persona in Italia, em *Revista Direito Ambiental e Sociedade (Caxias do Sul, EDUCS, ISSN: 2237-0021)*, v. 1, n. 1, Jan./Jun. 2011, 47.

³Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

consciente etc.

Portanto, quer do ponto de vista de acesso às prestações médicas, quer no que se refere ao ulterior direito ao “bem-estar global”, nos últimos anos observamos um progresso provavelmente sem igual se comparado a outros períodos históricos, aliás influenciado, ou até mesmo “forçado”, pelo enorme desenvolvimento tecnológico que criou em pouco tempo formas sempre mais sofisticadas e invasivas de intervenção no corpo humano.

No que diz respeito ao direito aos tratamentos médicos, a partir do pós-guerra nasceram, sobretudo na Europa, os sistemas universalistas de saúde - conforme o modelo Beveridge ou modelo Bismarck⁴ - no qual posteriormente se inspiraram as constituições dos países da América do Sul (entre os quais o Brasil) com o objetivo de garantir equidade e universalidade de acesso aos tratamentos médicos. Como é sabido, nem todos os países seguiram este percurso; refiro-me naturalmente aos Estados Unidos, onde o sistema de cuidados de saúde permaneceu substancialmente baseado nos planos de saúde particulares (inacessíveis a uma boa parte da população), parcialmente corrigido pela recente reforma “*Obamacare*”.

Mas mesmo onde a estrutura jurídica do “direito à saúde” segue um modelo universalista, não sempre os resultados correspondem às expectativas. Deste ponto de vista, o caso do Brasil é emblemático. Embora exista no Brasil uma fortíssima proteção constitucional da saúde humana e tenha sido criado um sistema universal de proteção (SUS), a falta de investimentos adequados, a difícil repartição das competências entre as instituições federais, estaduais e municipais e, em alguns casos, a escassa organização fazem com que o sistema público de saúde não consiga oferecer aos cidadãos brasileiros um nível eficiente e completo de prestações médicas.

Do ponto de vista dos direitos de liberdade sobre o próprio corpo, pelo contrário, o percurso foi diferente. A necessidade de defender a própria esfera corporal cresceu paralelamente ao desenvolvimento das novas, e invasivas, técnicas médicas: foi então natural que as primeiras reflexões neste sentido nascessem no país tecnologicamente mais avançado, os Estados Unidos. Foi aí que surgiu em 1970 a “bioética”⁵, disciplina que talvez mais do que qualquer outra teve, em pouco mais de 40 anos, um crescimento exponencial tão acentuado. Pelos mesmos motivos, a reflexão bioética evoluiu sucessivamente em outros países avançados, como os europeus. Aliás, parece evidente que - mesmo se os direitos e as liberdades das pessoas em relação aos tratamentos médicos são questões universais - onde ainda existem graves problemas de acesso aos cuidados é mais difícil aprofundar temáticas como a autodeterminação, a recusa de terapias ou o assim chamado “testamento vital”. Em outras palavras, decidir se aceitar ou recusar um determinado tratamento no próprio corpo faz sentido somente se se pode ter acesso àquele tratamento. Seguindo a distinção terminológica aqui proposta, resulta bastante compreensível que, nos países onde o “direito à saúde” é pouco mais que uma utopia, haja pouco espaço para a reflexão sobre os outros “direitos em torno à saúde”.

No Brasil, pelo contrário, a bioética parece estar vivendo nos últimos anos um período intenso. Mesmo atrasado em relação aos países norte-americanos e europeus, no Brasil estão se intensificando as reflexões e as decisões (em nível normativo, deontológico e jurisprudencial) sobre as temáticas eticamente sensíveis. Pensemos nas recentes decisões sobre a ortotanásia, ou nas importantes inovações introduzidas pelo novo Código de Ética Médica, em particular no que se refere ao respeito da pessoa humana e das suas liberdades dentro da relação médico-paciente. O Brasil, de uma forma geral, representa um caso emblemático, visto que nos últimos anos estamos assistindo quer a uma melhoria dos serviços médicos oferecidos pelo sistema público de saúde (mesmo se com resultados ainda muito distantes do padrão dos países mais avançados, o que torna indispensável, para quem tem a possibilidade, contratar um plano de

⁴C.f. Maciocco, *Politica, salute e sistemi sanitari*, em www.isde.it/Biblonline/relazioni/Politica,%20salute%20e%20sistemi%20sanitari.pdf.

⁵ Como é universalmente sabido, considera-se que a “invenção” do termo “bioética” deve-se a uma obra de Potter de 1971 (Potter, *Bioethics: Bridge to the future*, Englewood Cliffs, N. J. Prentice-Hall, 1971, que na realidade retomava um seu ensaio do ano anterior, em que ele já havia utilizado a palavra “*bioethics*”), mesmo se para o autor o conceito tinha uma dimensão mais “ecológica” que de “ética médica”.

saúde), quer a um enorme aumento do debate ético e jurídico sobre as temáticas da saúde e da vida.

Em nível internacional, a situação parece mais difícil de interpretar. Nos países que tradicionalmente não têm uma proteção universal da saúde - cuja gestão é confiada basicamente a operadores privados que agem segundo a lógica do lucro (como os Estados Unidos) - está crescendo a percepção (apesar de fortes resistências, como as das empresas particulares de planos de saúde) da necessidade inadiável de garantir um nível de proteção da saúde a todas as pessoas, independentemente da sua renda. Nos países em que, pelo contrário, este resultado foi obtido já há algumas décadas (como os países europeus), mesmo se com algumas ineficiências, as políticas de austeridade atuais estão pondo em grave risco a qualidade e a eficiência dos serviços de cuidados à saúde, com fortes repercussões sobre o princípio de equidade no acesso aos tratamentos e com grandes prejuízos para a população com menor poder aquisitivo (que está aumentando de forma intensa). Sem falar nos países mais pobres e menos desenvolvidos, onde as gravíssimas carências no setor da saúde parecem sem solução.

Ou seja, estamos vivendo um momento histórico crucial em que as conquistas, mesmo se importantes, no campo das liberdades pessoais podem ser ofuscadas por uma grande diminuição das possibilidades concretas de exercer o direito às prestações médicas mesmo onde, até pouco tempo atrás, eram universalmente garantidas. Neste contexto, há também quem faça pressão para transformar os sistemas universalistas atuais em sistemas de tipo “americano”. Parece-me, pelo contrário, que os sistemas universalistas de saúde representem uma conquista que deve ser absolutamente defendida. Em primeiro lugar, apesar das ilustres e repetidas opiniões contrárias, as políticas atuais de rigor econômico que estão sendo aplicadas na Europa nos últimos anos não parecem produzir os efeitos desejados em termos de crescimento e de aumento do bem-estar das pessoas; mas mesmo querendo insistir nesta direção, as exigências de racionalizar os serviços e de eliminar as ineficiências, mesmo se aprováveis, não podem de forma alguma pôr em causa o direito fundamental do indivíduo (de cada indivíduo) de acesso às prestações médicas.

Mesmo nos países tradicionalmente relutantes em aceitar uma visão universalista, está sendo compreendida a importância de proteger de forma geral o direito aos tratamentos médicos. Seria realmente incompreensível que, onde o sistema universal de proteção da saúde é um fato concreto, cogite-se, conscientemente ou não, desmantelá-lo. Parece-me, antes, que se deva trabalhar no sentido de identificar um equilíbrio correto entre a exigência de garantir a todos o acesso aos tratamentos e a necessidade de manter em ordem as contas públicas. Desta forma, além de tornar efetivo o direito à saúde dos indivíduos, também seriam criadas as condições para desenvolver adequadamente os outros direitos que giram em torno da saúde, e também para definir, finalmente, os contornos corretos do relacionamento entre médico e paciente.