



• C •

**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**Ian Pimentel Gameiro**

## **O CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional.

Orientador Professor Doutor João Carlos Gonçalves Simões Loureiro

Coimbra / 2015

## AGRADECIMENTOS

No momento final em que atingimos o término da nossa investigação, se nos impõe que recobremos na memória todos aqueles que direta ou indiretamente nos sustentaram com muita humildade em seus ombros para, junto deles e com eles, compartilhar este momento de extrema felicidade e realização.

Inicio manifestando um primeiro e sempre constante agradecimento a Deus, Pai nosso que está no céu, por manter-me sempre reto nos seus mandamentos, guiando-me em meio às atribulações quotidianas, e abençoando-me nos meus propósitos de vida.

À minha amada Mãe, Vera Pimentel, de quem obtive sempre o mais devotado amor, o suporte necessário para a concretização de mais uma etapa acadêmica, e, sobretudo, o exemplo de uma docência comprometida e ética, a quem jamais poderei retribuir.

Aos meus avós, na pessoa de minha avó materna Ghislaine Pimentel, emérita professora de direito de quem obtive as primeiras lições e o estímulo constante para seguir na carreira universitária, inspiração eterna de dedicação.

Ao meu pai, Carlos Virgílio, e irmão, Igor Pimentel, pelas humildes palavras de apoio e de força necessárias ao meu perseverar no além-mar.

Aos meus amigos, nas pessoas dos especialíssimos Doutores Hélio Pinheiro, Paulo Henrique e Magno Alexandre, e diletos Thássio Alvão e Thaíssa Neves, que estiveram comigo desde o início apoiando e auxiliando-me nos momentos de maior dificuldade.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e a todos os seus funcionários, por todo o suporte que a mim fora dado para que pudesse desenvolver minhas investigações da melhor maneira possível.

Aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a quem agradeço na pessoa do meu dileto orientador, Senhor Doutor João Carlos Gonçalves Simões Loureiro, pela fidalguia com que me orientou e a disponibilidade que constantemente manifestou.

E, por fim, à minha amada Ayrilana Fonseca, coautora das minhas realizações, um destacado agradecimento pelo amor devotado, pelo suporte nas dificuldades e pelo cuidado diuturno que a mim dirige. Muito obrigado meu amor.

## RESUMO

A presente investigação tem como objetivo principal propor um catálogo geral das prestações sanitárias que devem ser providas pelo Estado brasileiro por força do direito fundamental à proteção da saúde. O argumento principal é o de que o conteúdo do direito fundamental à proteção da saúde comporta e exige uma delimitação destas prestações. A proposta de um catálogo como este tem um duplo objetivo. Por um lado, visa promover o adensamento do conteúdo constitucional do direito à proteção da saúde, propiciando, assim, maior segurança jurídica a todos os cidadãos. Por outro, como política de racionamento, visa promover o controle dos gastos do Estado brasileiro com o Sistema Único de Saúde (SUS), ajudando a propiciar, pelo menos na área da saúde, algum equilíbrio entre as despesas e a sua capacidade financeira de suportá-las. O texto inicia com um primeiro capítulo dedicado à definição do bem jurídico 'saúde' protegido pelo correspondente direito fundamental. O argumento é o de que os conceitos de saúde como ausência de doença, e saúde como pleno bem estar físico, mental e social são inadequados para a definição de saúde; em seus lugares propõe-se a saúde como metacapacidade. O segundo capítulo dedica-se a uma dogmática do direito à proteção da saúde no quadro da Constituição brasileira de 1988, em diálogo com a Constituição portuguesa de 1976. Os argumentos aqui são dois. O primeiro é o de que o subdireito a prestações não esgota o conteúdo constitucional do direito à proteção da saúde, e, portanto, um catálogo de prestações deve encontrar suporte nos seus diversos aspectos dogmáticos. O segundo é o de que a nova definição de saúde exige uma dogmática constitucional que a opere. Por fim, no último capítulo cuida-se de apresentar o catálogo de prestações sanitárias cuja provisão deve ser levada a cabo pelo Estado. Apresentamos primeiramente o catálogo geral como medida de racionamento, e, depois, descrevemos as suas prestações. Por último, apresentamos ainda modelos de catálogos vigentes no direito estrangeiro.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

ONG – Organização Não Governamental

SUS – Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – QUÊ SAÚDE PARA QUAL DIREITO?</b>	<b>20</b>
<b>1.1 A SAÚDE COMO AUSÊNCIA DE DOENÇA. CRÍTICA</b>	<b>23</b>
1.1.1 O MODELO BIOMÉDICO	24
1.1.2 O MODELO BIOESTATÍSTICO	28
<b>1.2 A SAÚDE COMO PLENO BEM ESTAR FÍSICO, MENTAL E SOCIAL (OMS). CRÍTICA</b>	<b>34</b>
1.2.1 O MARCO HISTÓRICO	35
1.2.2 MARCO POLÍTICO	36
1.2.3 O CONCEITO E AS CRÍTICAS	37
<b>1.3 A SAÚDE COMO METACAPACIDADE (VENKATAPURAM). PRESSUPOSTOS</b>	<b>38</b>
1.3.1 CAPACIDADES, LIBERDADE E O LUGAR DE SEN	39
1.3.2 CAPACIDADES HUMANAS CENTRAIS: Diálogos com Martha Nussbaum	45
1.3.3 A SAÚDE SEGUNDO A ABORDAGEM <i>ACTION-THEORETIC</i> DE LENNART NORDENFELT	48
1.3.4 A SAÚDE COMO METACAPACIDADE	51
<b>1.4 ADQUIRIDOS</b>	<b>56</b>
1.4.1 SAÚDE E DESENVOLVIMENTO: Um novo olhar sobre a privação	57
1.4.2 DOENÇA <i>VERSUS</i> ENFERMIDADE	59
<b>CAPÍTULO II - QUADRO DE UMA DOGMÁTICA DO DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: DIÁLOGOS COM A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA</b>	<b>63</b>
2.1 A SAÚDE COMO METACAPACIDADE: significado e consequências para o Direito	63
2.2 CARACTERÍSTICAS DOGMÁTICAS GERAIS	65

<b>2.2.1 LOCALIZAÇÃO TOPOGRÁFICA</b>	<b>66</b>
2.2.1.1 FUNDAMENTALIDADE FORMAL	66
2.2.1.2 FUNDAMENTALIDADE MATERIAL	67
<b>2.2.2 PRINCÍPIOS FUNDANTES</b>	<b>69</b>
2.2.2.1 UNIVERSALIDADE	69
2.2.2.2 GENERALIDADE	71
2.2.2.3 IGUALDADE: sentido geral e sentidos específicos	72
2.2.2.4 PROPORCIONALIDADE	74
2.2.2.5 DEMOCRACIA OU PARTICIPAÇÃO POPULAR	75
2.2.3 SUJEITOS	76
2.2.4 RACIONALIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	77
2.2.5 EFICÁCIA E APLICABILIDADE	81
2.2.6 JUSTICIABILIDADE	82
<b>2.3 OBRIGAÇÕES GERAIS DO ESTADO</b>	<b>83</b>
2.3.1 REALIZAÇÃO PROGRESSIVA	83
2.3.2 DEFINIÇÃO DE UM NÍVEL MÍNIMO DE REALIZAÇÃO	85
<b>2.4 SUBDIREITOS OU FACULDADES COMPONENTES DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DA SAÚDE</b>	<b>86</b>
2.4.1 SUBDIREITO À EDUCAÇÃO EM SAÚDE	86
2.4.2 SUBDIREITO À INFORMAÇÃO EM SAÚDE	88
2.4.3 SUBDIREITO À PARTICIPAÇÃO POPULAR	90
2.4.4 SUBDIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO	92
2.4.5 SUBDIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR	95
2.4.6 SUBDIREITO À INTIMIDADE E AO SIGILO DE DADOS E INFORMAÇÕES	98
2.4.7 SUBDIREITO À PRODUÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE	100
2.4.8 SUBDIREITO À AUTONOMIA DA VONTADE	102
<b>2.5 RESERVAS CONDICIONANTES DO DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE</b>	<b>104</b>
2.5.1 RESERVA GERAL IMANENTE DE PONDERAÇÃO	105
2.5.2 RESERVA DO POLITICAMENTE ADEQUADO OU OPORTUNO	108
2.5.3 RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL	110

**CAPÍTULO III – O PACOTE BÁSICO DE SERVIÇOS DE SAÚDE: SUBDIREITO  
À PRESTACÕES** **113**

<b>3.1 O PACOTE BÁSICO COMO MEDIDA DE RACIONAMENTO</b>	<b>114</b>
3.1.1 SENTIDOS GERAIS	115
3.1.2 SENTIDOS ESPECÍFICOS	118
3.1.3 COMPETÊNCIA E MOMENTOS	119
3.1.4 OBJETO	121
3.1.5 CRITÉRIOS DE SELEÇÃO	122
<b>3.2 O CATÁLOGO DE SERVIÇOS DE SAÚDE: um protótipo</b>	<b>125</b>
<b>3.2.1 SERVIÇOS DE CUIDADOS PRIMÁRIOS</b>	<b>126</b>
3.2.1.1 CONSULTAS	126
3.2.1.2 SERVIÇOS DIAGNÓSTICOS	127
3.2.1.3 SERVIÇOS TERAPÊUTICOS	127
3.2.1.4 SERVIÇOS DE SAÚDE BUCO-DENTAL	128
3.2.1.5 SERVIÇOS DE REABILITAÇÃO E CUIDADOS AUXILIARES	128
3.2.1.6 SERVIÇOS DE PREVENÇÃO, PROMOÇÃO, ATENÇÃO FAMILIAR E COMUNITÁRIA	129
<b>3.2.2 SERVIÇOS DE CUIDADOS SECUNDÁRIOS</b>	<b>129</b>
3.2.2.1 CONSULTAS	130
3.2.2.2 SERVIÇOS DIAGNÓSTICOS	130
3.2.2.3 SERVIÇOS TERAPÊUTICOS	131
3.2.2.4 SERVIÇOS DE SAÚDE BUCO-DENTAL	131
3.2.2.5 SERVIÇOS DE REABILITAÇÃO E CUIDADOS AUXILIARES	132
3.2.2.6 ATENÇÃO À SAÚDE MENTAL	132
<b>3.2.3 SERVIÇOS DE CUIDADOS TERCIÁRIOS OU HOSPITALARES</b>	<b>133</b>
3.2.3.1 CONSULTAS	133
3.2.3.2 SERVIÇOS DIAGNÓSTICOS	133
3.2.3.3 SERVIÇOS TERAPÊUTICOS	134
3.2.3.4 SERVIÇOS DE REABILITAÇÃO E CUIDADOS AUXILIARES	135
3.2.4 FÁRMACOS	135
3.2.5 TRANSPORTE DE PACIENTES	136
<b>3.3 MODELOS DE CATÁLOGOS NO DIREITO ESTRANGEIRO</b>	<b>136</b>
3.3.1 O MODELO DA ESPANHA	137

3.3.2 O MODELO ITALIANO _____	141
3.3.3 O MODELO DO CANADÁ _____	144

<b><u>CONCLUSÃO</u></b> _____	<b>149</b>
-------------------------------	------------

<b><u>BIBLIOGRAFIA</u></b> _____	<b>156</b>
----------------------------------	------------



## INTRODUÇÃO

### I. Um Problema, Um diagnóstico e Uma Solução

Junho de 2013. O país se rebela. Entre gritos, tiros e bombas, um quarto de tábua rasa aparentemente recém-arrancada se levanta e improvisa denúncias irônicas, porém não menos simbólicas, de um crônico problema brasileiro: “Queremos escolas e hospitais padrão FIFA”, “Por favor, não nos machuque, nós não temos hospitais”. Algumas semanas de rebelião, muitas imagens, e um Brasil de *veias abertas* (GALEANO, 2004).

Se o manifestante não estiver equivocado em sua denúncia, é possível deduzir da mensagem, entre outros, um grande e sempre atual problema do Brasil no tema da saúde: a precária qualidade do subsistema público de saúde (SUS) e, conseqüentemente, das suas prestações, serviços, estrutura, etc.

Precariedade que remete, já em outros planos, a mais dois outros problemas fundamentais, que possivelmente se encontram, junto de outros, na base da dificuldade maior em oferecer-se um serviço sanitário de boa qualidade. São eles os problemas da atual “incapacidade financeira do Estado Fiscal” (SILVA, 2014, p. 180) brasileiro em sustentar o vigente modelo de subsistema público de saúde que materializa, e da crescente litigiosidade entre o Estado e os indivíduos em razão do desprovimento de prestações de saúde supostamente garantidas pelos artigos 6º e 196<sup>1</sup> da Constituição da República.

E tudo isso graças à falta de especificação de um conjunto mínimo de prestações de saúde a que estaria vinculada a entidade estadual.

Bem oportuna, a propósito, a anamnese de Luís Roberto Barroso, para quem a grande crise existencial do Direito repousa, hoje, precisamente em não conseguir responder satisfatoriamente às demandas que lhe fizeram fama: a Justiça e a Segurança (BARROSO, 2007, p. 02).

Com efeito, se se pretende conceber o direito à proteção da saúde a partir da função social e economicamente emancipatória que desempenha, sobretudo em contextos periféricos onde grassam a injustiça e a iniquidade, então parece que a busca de soluções para estes dois

---

<sup>1</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

problemas, que do Direito recebem sua cota de contribuição, deve ser guiada por duas indagações condutoras.

A primeira consiste em saber se o conteúdo do artigo 196 da Constituição da República comporta uma delimitação jurídica das prestações de saúde cuja satisfação cabe ao Estado, e, em caso positivo, quais prestações devem constar desse catálogo para dar-se como realizada uma das dimensões da demanda constitucional imposta por aquele conteúdo vinculante.

A segunda, por sua vez, consiste em saber até que ponto, e em qual medida, poderiam ser exigidas pela via judicial a concretização daquelas prestações juridicamente relevantes e delimitadas no pacote básico de serviços de saúde. Com efeito, parece que a crescente judicialização de demandas sociais encontra também suas raízes na fórmula constitucional abrangente do artigo 196 da Carta da República.

Resumidamente, portanto, os dois grandes desafios atuais da doutrina brasileira quanto a este tema parecem estar restritos, o primeiro, na identificação de um rol de prestações de saúde a serem satisfeitas pelo Estado em razão do compromisso constitucional assumido no artigo 196 da CR; e, o segundo, no estabelecimento de critérios claros e vinculantes de atuação do Poder Judiciário quanto à questão.

A preocupação central desta investigação gira em torno do primeiro questionamento, a saber, se o artigo 196 da Constituição do Brasil comporta uma definição das prestações que constituem o subdireito de dimensão positiva integrante da função de promoção do direito à proteção da saúde, e quais prestações devem fazer parte desse pacote básico.

Com isso assumem-se já dois pressupostos básicos.

O primeiro reside na ideia de que ao problema da fórmula constitucional abrangente deve corresponder como solução, inevitavelmente, uma programação legislativa da saúde, isso por meio da elaboração de um pacote básico de serviços cuja concretização seja tarefa do Estado.

O segundo, por sua vez, consiste na noção segundo a qual o conteúdo do direito à proteção da saúde comporta, sim, uma tal delimitação, sobretudo se considerarmos a necessidade de compatibilizar o extenso rol de obrigações do Estado com a exigência de manter-se a sustentabilidade fiscal<sup>2</sup> do orçamento, equilíbrio de receitas e despesas esse cada vez mais em

---

<sup>2</sup> Para uma diferenciação entre sustentabilidade fiscal e sustentabilidade econômico-financeira, cf.: NABAIS, José Casalta. Que futuro para a sustentabilidade fiscal do Estado? In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. *Economia social e civil: estudos*. vol. 1. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 105-127; para um maior aprofundamento acerca dos sentidos e dilemas envolvendo a sustentabilidade fiscal do Estado, cf.: NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: CORREIA,

risco ante a generalizada *insustentabilidade econômico-financeira* típica do contexto de crise presente (NABAIS, 2012, p. 432-435; NABAIS, 2015, p. 113).

## II. O Estado Social na Encruzilhada da Ascensão e Declínio do Estado-Providência

O registro da preocupação com a sustentabilidade financeira do subsistema público de saúde do Brasil e com a sua mais relevante consequência, a irrealização do conteúdo de um mandamento constitucional, inscreve-se no âmbito de um desassossego mais ampliado e latente que envolve a sustentabilidade jurídica do Estado Social, de um lado, e a sustentabilidade política e econômica (fiscal) do Estado-Providência, de outro (NABAIS, 2012, p. 432-435; NABAIS, 2015, p. 113).

Com efeito, muitas foram as formas empregadas para narrar essa crônica de sucesso improvável em que se consubstancia a genealogia e o desenvolvimento do Estado Social, como preferem alguns, ou do Estado-Providência, como preferem outros, ou, ainda, do *Welfare State*, como preferem terceiros.

Em *Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: teorias explicativas*, Marta Arretche (1995) aborda essa multiplicidade iconográfica de explicações sobre as antinomias, contradições e exclusões em que se assentam a estrutura fundacional e o desenvolvimento do Estado *Social-Providência-ou-de-Welfare*<sup>3</sup>, como queiram.

Contrariamente à ideia de que a tal fenômeno deva corresponder uma única nomenclatura, e mais contrariamente ainda à tese segundo a qual se trata de um único e singular fenômeno ao qual correspondem vários vocativos, optou-se por distinguir as duas dimensões constitutivas da faceta *social-providente* do Estado.

Isto é, a ideia fundamental reside, basicamente, em distinguir a dimensão jurídico-política, o Estado Social, da dimensão político-econômica, o Estado-Providência, ambas componentes do qualificativo ‘social’ ou ‘providente’ mais amplo, e tentar demonstrar como a primeira é posta em perigo pela insustentabilidade da segunda, ao mesmo tempo em que, por

---

Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 421-448.

<sup>3</sup> Para mais aprofundamentos acerca das terminologias, estruturas, desenvolvimentos e demais questões relativas ao Estado Social ou Welfare State, cf.: ZACHER, Hans F. *Social policy in the federal republic of Germany*. The constitution of the social. vol. 3. Translated by Thomas Dunlap. München: Springer, 2013, pp. 03-12; ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. Cambridge: Polity Press, 1996, pp. 09-34; e SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, pp. 181-188.

outro lado, em períodos de grave recessão financeira contribui para a precarização das bases financeiras em que se assenta a dimensão político-econômica – daí a opção pelo uso de uma remissão epigrafar que pusesse em destaque a alternativa teórica encaminhada.

Embora o tema do Estado *Social e Providência*, como se prefere denominar as dimensões dessa sua faceta, não constitua o objeto de investigação central no trabalho a seguir desenvolvido, é necessário prestar conta ao leitor acerca da opção por tratamento alternativo, *dimensional*, do fenômeno que mediatamente se pretende ajudar a manter a partir das soluções propostas.

Como se sabe, a construção da faceta *social-providente* do Estado, elemento qualificativo do espectro estatal que tem por função o gerenciamento jurídico, político e econômico das iniquidades existentes no contexto da sociedade, foi impulsionada por uma opção político-econômica, de dominância questionável, a que se denomina na linha do pensamento aqui empreendida de Estado-Providência.

O Estado-Providência constitui a dimensão político-econômica, levada a cabo pelo capital através do Estado como entidade política, cuja criação teve por objetivo fundamental propiciar a implementação de um conjunto de *políticas sociais e de investimento* tendentes tanto a neutralizar os efeitos negativos provocados pela lógica expropriatória do sistema, promovendo assim algum nível de pacificação social, quanto a viabilizar as condições ideais para a manutenção, reprodução e legitimação dessa mesma estrutura capitalista de produção.

Em O'Connor (1977, p. 19) e Offe<sup>4</sup> (1979, p. 125-132; 1984, p. 22-37), com ressonâncias significativas em Boaventura de Sousa Santos (1987, p. 14-16), vê-se um Estado-Providência<sup>5</sup> a serviço das necessidades de legitimação e acumulação do capital. Em Wilenski e Lebeaux (1965, p. 17; 1965, p. 67), principalmente, mas com alguns traços também em Boaventura (1987, p. 19), assume-se o Estado-Providência como resposta política à necessidade de neutralização dos efeitos sociais prejudiciais provocados pela lógica econômica *expropriatória* do sistema predominante.

Seja como for, o fato é que o Estado-Providência, como resposta político-econômica do sistema capitalista às incursões operadas em si mesmo, na sociedade, na economia e no Estado<sup>6</sup>,

---

<sup>4</sup> É necessário registrar que a despeito do posicionamento registrado nos trabalhos citados, em um artigo publicado em 1972, um dos seus primeiros trabalhos sobre o tema, Offe considerava que o *Welfare State* consistia em uma tentativa política de aplacar ou compensar os problemas criados pelo sistema capitalista de produção (1972, p. 482).

<sup>5</sup> Aqui entendido, repise-se, como a dimensão político-econômica do assim chamado atributo “social” ou “providente” da entidade estatal.

<sup>6</sup> Leia-se Estado em seu sentido de entidade política soberana.

tanto propiciou o incremento das necessárias condições de acumulação e legitimação do capital quanto promoveu a neutralização, muito mais teórica do que prática, muito mais interessante ao capital do que ao trabalho, dos efeitos sociais negativos originados a partir da sua lógica determinante.

Em Boaventura de Sousa Santos, reproduzindo O'Connor, tem-se revelado como o *capital social* foi um instrumento determinante para a realização daquele duplo objetivo (1987, p. 14-15).

Vestido de *consumo social* propiciou a desmercadorização de um conjunto de bens e serviços essenciais à manutenção econômica da vida. Vestido de *investimento social* concretizou um conjunto de investimentos consideravelmente díspares, porém monoliticamente voltados ao aumento da rentabilidade e da produtividade (SANTOS, 1987, p. 14-17).

De uma maneira ou de outra, como instrumento do Estado-Providência, tornou-se veículo ímpar das necessidades de incremento das condições de acumulação e legitimação do capital, quanto de neutralização dos efeitos negativos originados a partir da lógica de mercado predominante.

Também em Boaventura tem-se que o veículo e a linguagem de comunicação privilegiada do Estado, mormente dessa dimensão político-econômica em que se consubstancia o Estado-Providência, é a linguagem jurídica emitida através do Direito. Isto implica dizer que as políticas sociais, veículos primevos da desmercadorização de bens e serviços essenciais à manutenção da vida da população, corporificam-se e solidificam-se institucionalmente na figura de direitos sociais (SANTOS, 1987, p. 19).

É dizer: o Estado-Providência, como política-econômica, consolida as suas medidas de desmercadorização de bens e serviços na institucionalidade de um país através do Direito, que, à sua vez e ao seu modo, exprime o significado das políticas sociais em termos de direitos sociais.

Essa transmutação da natureza político-econômica para a natureza jurídico-política dos bens e serviços financiados pelo poder público de que dá conta Boaventura de Sousa Santos, senão intencionalmente, pelo menos de modo indiciário, permitem algumas conclusões relevantes. Entre as que aqui interessam, cabe apenas destacar duas.

A primeira, e talvez mais simbólica do pensamento retratado neste intróito, consiste na percepção de que o Estado Social, essencialmente concebido como dimensão jurídico-política da faceta *social-providente* da entidade estadual, é formado de maneira determinante a partir do Estado-Providência, e como substancializa junto com essa dimensão aquilo que convencionou-se

chamar de Estado *Social-Providência-ou-de-Welfare* para dar conta do atributo estadual administrador das contradições sociais.

A segunda, mais relevante para efeito de análise das consequências, consiste em perceber que a *juridicização* e *constitucionalização* do acesso e gozo de bens e serviços essencialmente dependentes de condições econômicas favoráveis implica na sua retirada da lógica volátil do mercado e respectiva inserção na lógica inflexível do Direito.

Sucedendo, com isso, não ser dado mais ao Estado condicionar a concessão desses bens e serviços à existência de condições econômicas favoráveis; independente da conjuntura econômica e política, o Estado “assume um compromisso de não alterar o padrão distribucional uma vez estabelecido”, no que os direitos sociais vão então adquirir sua *capacidade de resistência* (SANTOS, 1987, p. 23; ANDRADE, 2015, p. 28).

As dimensões político-econômica e a jurídico-política caminharam muito bem juntas do pós-guerra até finais da década de 1960, início da década de 1970. Ocorre, no entanto, que desacertos macroeconômicos provocados, sobretudo, pela primeira crise do petróleo possibilitaram a ocorrência de um relativo descompasso nesse caminhar, panorama que atualmente se encontra ainda mais agravado pelo vigente quadro de *financeirização* da economia, incerteza estrutural e desigualdade(s) globalizada(s) (ANDRADE, 2015, p. 28-29).

Por razões que agora não convém serem analisadas, basta referir-se que esse distanciamento entre as duas dimensões foi provocado, basicamente, porque as condições econômicas que possibilitaram o agigantamento do Estado-Providência não permaneceram favoráveis à atuação agigantada do Estado Social (NABAIS, 2015, p. 127).

Dito de outra maneira, isso implica em reconhecer que as condições econômicas que outrora permitiram a implementação progressiva de políticas sociais não se mantiveram favoráveis, já há algum tempo, à contínua realização dessas mesmas políticas revestidas agora de direitos sociais.

A encruzilhada na qual se encontra o Estado Social, referida no título do tópico, consiste na percepção de que a precarização do Estado-Providência como dimensão político-econômica pode conduzir à tentativas de redução dos direitos sociais consubstanciadores do Estado Social, como também, é verdade, a rigidez e inflexibilidade característica dos direitos sociais pode inviabilizar a recuperação do Estado-Providência em períodos de grave recessão financeira.

A proposta de um pacote básico de serviços reconhece os perigos identificados acima, e procura oferecer-se como uma solução muito específica que, a um só tempo, guarde essa

importante conquista jurídica da sociedade das tentativas eventuais e futuras de sua supressão/redução, como propicie localizadamente, e por meio da limitação de gastos, as condições de recuperação econômicas necessárias à manutenção e expansão do Estado-Providência.

### **III. A Saúde como Metacapacidade**

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo agente público na tarefa de dar efetividade ao conteúdo do direito à proteção da saúde reside, fundamentalmente, no desacordo doutrinário acerca da melhor definição de saúde a nortear essa realização.

Embora seja possível identificar no âmbito da Filosofia da Ciência, da Antropologia Médica e da Filosofia Política diversas concepções de saúde relevantes<sup>7</sup>, somente três concepções específicas interessam à análise a ser empreendida, nomeadamente porque presidem com mais proeminência tanto a elaboração das políticas sociais na área, quanto o manejo doutrinário e jurisprudencial da cláusula inscrita no artigo 196 da Constituição da República.

No campo da elaboração das políticas sociais, a concepção de saúde como simples ausência de doença, apesar de já conhecidas e debatidas as suas fraquezas, ainda tem sido influente no desenho institucional das ações políticas. No campo das práticas jurídicas, a saúde como completo bem estar físico e mental conforme propõe a Organização Mundial da Saúde (OMS) tem sido a mais utilizada.

Principalmente em Galeno, e mais recentemente em Christopher Boorse têm-se os modelos biomédico e bioestatístico informadores da primeira concepção, que peca por não considerar, entre outros fatores, a necessária relação entre a qualidade da saúde de uma pessoa com outros múltiplos aspectos relevantes da sua vida, como o seu nível de educação, renda, nutrição, etc.

A concepção de saúde como completo bem estar físico e mental, cujos contornos nos fornece a OMS, falha, entre outros motivos, a despeito de considerar aquela correlação necessária, por elevar à categoria de doença outras necessidades humanas estruturais que encontram na deficiência estatal sua causa mais imediata.

---

<sup>7</sup> Vejam-se: a) saúde como sistema (SCHAWRTZ, 2001, p. 30-32); b) a saúde como norma de vida superior (CANGUILHEM, 2009, p. 70-71); c) concepção hermenêutica de saúde (AYRES, 2007, p. 43-62); conceito ampliado de saúde (BATISTELLA, 2007, p. 63-66), dentre outros.

Com efeito, a tarefa de precisar-se juridicamente um conjunto básico de serviços decorrentes do compromisso constitucional do Estado com a proteção da saúde deve perpassar, fundamentalmente, pela determinação de uma concepção de saúde que seja adequadamente operável pelo Direito e que supere as fraquezas apontadas nas ideias predominantes.

A proposta de conceber-se a saúde como metacapacidade, concepção teórica elaborada por Sridhar Venkatapuram da qual são pilares a teoria das capacidades de Amartya Sen e Martha Nussbaum e a concepção de saúde de Lennart Nordenfelt, parece responder a esta exigência.

Assumir a saúde como uma metacapacidade implica em reconhecer, essencialmente, que estar saudável significa ter capacidade para realizar certas tarefas, e a realização dessas tarefas tem relação direta com o nível de educação, de renda, de habitação e de nutrição experimentado pelas pessoas, por exemplo.

Suas vantagens, no entanto, também se mostram relevantes em outros dois aspectos. O primeiro diz com a possibilidade de realizar-se a distinção capital entre doença e enfermidade para efeitos de condução das ações do Estado na área. O segundo, por sua vez, tem a ver com uma releitura da noção de privação só que, agora, aplicada à saúde.

Em resumo, portanto, a necessidade de apresentar um conceito de saúde a conduzir a atuação do Estado na realização do compromisso constitucional assumido, seja pela via das políticas sociais, seja por meio da realização judicial do referido direito, importa em um passeio pela Filosofia da Ciência e da Medicina, pelo Direito e pela Filosofia Política revisando conceitos e desconstruindo ideias.

#### **IV. Tópicos Essenciais de Uma Dogmática do Direito à Proteção da Saúde**

Se é certo que o direito de receber do Estado um conjunto de prestações de saúde, cujo veículo primordial é o subsistema público institucionalizado, constitui o seu *subdireito* mais destacado, não é menos certo, por outro lado, que o conteúdo da cláusula aí se encerra.

O manejo do conteúdo do direito à proteção da saúde pressupõe a necessidade de tratamento de outros tantos aspectos dogmáticos relevantes dos quais as prestações de saúde constituem apenas um dos temas.

Em primeiro lugar, é imperioso delinear a localização do referido direito na topografia do ordenamento, e sublinhar a sua fundamentalidade formal, acaso existente, e a sua



fundamentalidade material, acaso constitua-se em inegável direito fundamental reconhecido pela comunidade jurídica.

Depois, importa ressaltar os seus princípios fundantes e a racionalidade jurídica que lhe é peculiar. Basicamente a intenção é apresentar os traços principiológicos informadores do seu conteúdo e os contornos da dupla racionalidade objetiva e subjetiva decorrente do seu reconhecimento como direito fundamental social, nomeadamente, quanto à racionalidade subjetiva, esclarecendo se se trata de uma mera expectativa de direito ou apenas pretensão subjetiva.

Esse é um ponto fundamental que vai depois se relacionar com os temas da eficácia, aplicabilidade e justiciabilidade do direito à proteção da saúde, questões que também merecerão algumas considerações.

É essencialmente importante identificar, também, os sujeitos participantes da relação jurídico-publicística inaugurada por si. Refira-se, neste ponto, à necessidade de se identificar se no polo ativo deste vínculo figura uma única pessoa ou, ao contrário, se figura ou é possível figurar uma coletividade.

O reconhecimento de um direito humano à proteção da saúde, por outro lado, descamba na vinculação do Estado aos reconhecidos deveres gerais de realização progressiva e definição de um mínimo de realização. Quer dizer, afora as obrigações específicas decorrentes do reconhecimento de subdireitos integrantes do direito à proteção da saúde, o Estado passa a responsabilizar-se também pelo cumprimento de obrigações gerais e programáticas.

Aliás, os subdireitos de defesa, proteção e promoção integrantes do conteúdo do direito à proteção da saúde é um dos temas ao qual dedicamos atenção relativamente profunda.

Essa é uma perspectiva que objetiva desconstruir, ou ao menos amenizar, a ideia segundo a qual o conteúdo do direito à proteção da saúde restringe-se a uma concessão de prestações pelo Estado. Os direitos fundamentais como um todo apresentam as três funções citadas e, para dar-se consecução prática ao objetivo que os levou a serem elencados no rol de direitos fundamentais, o Estado como garante máximo da sua incolumidade ora deverá abster-se ora deverá agir.

## **V. O Pacote Básico de Serviços de Saúde**

É evidente que as prestações integrantes do conteúdo do direito à proteção da saúde não se limitam à definição de um pacote básico de caráter universal. A concepção de saúde como metacapacidade é interessante exatamente porque ressalta a necessidade de prestar-se atenção específica a grupos de pessoas com necessidades de saúde também específicas.

Isso implica em reconhecermos a exigência, corolária mesmo daquele conteúdo, de elaborarem-se pacotes de saúde categoriais compatibilizados com as necessidades de saúde de cada grupo ou categoria de pessoas, como idosos, crianças, indígenas, etc.

A nossa proposta, entretanto, constitui somente o protótipo de um catálogo geral a que têm direito todas as pessoas, não excluindo, portanto, a obrigação de constituição de outros pacotes categoriais.

## CAPÍTULO I – QUÊ SAÚDE PARA QUAL DIREITO?

Aquele que ainda não pôde ter contato com a obra de Pedro Laín Entralgo, médico, historiador e filósofo espanhol, vai encontrar no prólogo de uma das suas mais edificantes obras, *Antropologia Médica para Clínicos*, uma questão tanto mais condutora do seu pensamento quanto denunciante do *estado da arte* no ensino e na prática médica: “¿es formalmente y en todos los sentidos humana la patologia que de ordinario se escribe y se enseña?” (ENTRALGO, 1985, p. VII).

A interrogação acerca da qualidade epistemológica do ensino e da prática médica posta em evidência por Entralgo logo no dealbar de uma das suas principais obras tem um ‘quê’ de inquietação com algumas das consequências reais do exercício de uma fisiopatologia mecânica e instrumentalizadora.

Na verdade, é justo reconhecer o caráter retumbante deste problema na sua programação intelectual, quase sempre referido logo nas primeiras páginas dos seus livros (ENTRALGO, 1973, p. 35; ENTRALGO, 1969, p. 09; ENTRALGO, 1964, p. 08).

Mas, se é possível afirmar que a inquietude com as possibilidades epistemológicas de ensino e prática de uma fisiopatologia verdadeiramente humana equivaleram, em Pedro Laín Entralgo, à consagração de uma vida intelectual, não é menos correto reconhecer a subscrição do seu pensamento ao lato movimento de teóricos que buscaram compor um contraciclo ao ensino e à prática médica assente num modelo programadamente mecanizado.

Aqui e ali Entralgo referiu, em uma abordagem do tema bem mais aprofundada em seu tratado de antropologia médica, que a construção de uma nova epistemologia da medicina deveria perpassar, antes, por uma imperiosa recompreensão ontológica do ser humano, tarefa que buscou levar a cabo em sua *antropologia* claramente adversária da racionalidade científica ainda operante em segmentos expressivos da medicina, da política e do direito (ENTRALGO, 1985, p. VIII).

Com efeito, se também permanece correto identificar no pensamento de Laín Entralgo a superestimação de uma inquietude epistemológica referente à prática e ao ensino da medicina, nem por isso é justo inferir, em outro lado, uma subestimação das repercussões dessa reflexão em outros campos importantes da vida humana.

Quer dizer, o problema que constituiu a pedra de toque do pensamento de Laín Entralgo se inscreve no âmbito de um problema ainda mais profundo envolvendo mesmo uma própria concepção de saúde e enfermidade.

O movimento de contraciclo do qual ele, Georges Canguilhem, Michel Foucault, dentre outros tantos antropólogos, médicos e filósofos fizeram parte buscava, e ainda busca, estabelecer uma concepção de saúde operacionalizável pela clínica médica que não simplesmente se reduzisse ao seu antônimo como resultado de um juízo epistêmico-dedutivo, isto consoante às razões e fragilidades que entre eles depois se fizeram as mais diversas para infirmar o alcance teórico dessa concepção.

Sua intenção, é verdade, era primordialmente discutir o papel da patologia nos processos de adoecimento e tratamento a partir de um prisma que considerasse a humanidade e a dignidade irrecusável do paciente, mas, no fundo, essa recompreensão passava mesmo pela insatisfação e crítica de uma determinada concepção de saúde cujas bases, bem estabelecidas no pensamento científico, ajudavam a manter a prática da fisiopatologia então reprovada.

A questão, portanto, remanesceu bem posta em toda a sua obra: construir uma aceção de saúde que, compreendendo a humanidade necessária do paciente, pudesse sustentar uma fisiopatologia irreduzível à assimilação mecânica do processo saúde-doença e da relação médico-paciente.

Com efeito, não é dado a um jurista ou cientista social, ainda que particularmente interessado pelas complexas questões tratadas no espectro da Filosofia da Ciência ou da Medicina, dizer os critérios ou requisitos que uma adequada concepção de saúde deve contemplar. Quando muito lho é autorizado infirmar alguns aspectos daquelas que para si resultam insuficientes.

No entanto, e sem intentar incorrer na travessura perigosa de imiscuir-se desautorizadamente nesse campo com a proposição indiciária de uma concepção de saúde particular, é possível reconhecer dois elementos importantes que uma adequada proposta deve conter<sup>8</sup>.

O primeiro diz respeito à recusa intrínseca de basear-se em um modelo mecanicista que, ao final, acabe por reduzir-se a uma concepção de saúde como ausência de doença.

---

<sup>8</sup> A propósito, em seu *Antropologia Medica para Clinicos*, antes de elaborar o conceito que para si resulta mais adequado, Laín Entralgo elabora uma pequena lista de critérios objetivos necessários à melhor inteligência da saúde (ENTRALGO, 1985, p. 187-189).

As razões para negar-se essa proposta serão mais bem expostas abaixo. Por agora importa dizer somente que a principal fraqueza dessa concepção consiste em considerar a saúde de uma pessoa dependente unicamente do bom funcionamento do seu organismo, ou em outros termos, que o bom funcionamento do seu organismo não é dependente da qualidade de outros aspectos da sua vida.

O primeiro ponto a considerar-se, portanto, diz com uma consideração bem mais ampla do corpo e da vida humana não redutível a uma percepção segmentária e mecanizada excludente das influências externas na qualidade da saúde.

O segundo ponto, esse talvez mais caro a todas as concepções até então elaboradas, tem a ver com a consideração de uma concepção de saúde que, para além de sublinhar a relevância da educação e da renda no nível de saúde desfrutado por uma pessoa, por exemplo, carregue consigo algum elemento ou característica que permita medir ou simplesmente identificar quando uma pessoa está saudável ou não.

À primeira vista, essa parece ser uma consideração de todo óbvia, e no fundo acaba por ser mesmo, mas é na tradução linguística dessa obviedade que reside o problema mais capital enfrentado por todos os autores que um dia propuseram-se solucionar essa missão.

Quer dizer, é crucial identificar em um conceito consistentemente elaborado algum elemento ou característica que permita reconhecer, senão o nível exato de saúde do qual uma pessoa é portadora, pelo menos quando ela tem ou não saúde.

A concepção de saúde como ausência de doença, embora teoricamente bastante questionável, foi até hoje a proposta que melhor atendeu a esse critério. É lógico: se a saúde representa a ausência de doença, e a doença representa um mau funcionamento do organismo, logo o indivíduo A é saudável ou doente conforme esteja ou não funcionando bem a sua constituição corporal.

A proposta de saúde como completo bem-estar físico e mental concebida pela OMS fracassa, dentre outros motivos a seguir explorados, justamente por não permitir identificar de maneira objetiva quando um indivíduo encontra-se ou não saudável. Em verdade, ao inserir no conceito expressões intimamente dependentes de um juízo valorativo que lhe determine o conteúdo, a OMS acaba por eliminar qualquer possibilidade de verificação objetiva do estado de saúde de uma pessoa.

Deste panorama geral tem-se, ao final, que a concepção de saúde como ausência de doença desatende a primeira necessidade conceitual, pelo menos nos termos analíticos considerados ideais, e a proposta da OMS a segunda.

Dentre todos os conceitos de saúde já elaborados, entre os quais se inclui o conceito integral de Laín Entralgo (1985, p. 197-201), nenhum parece atender com o devido rigor as duas exigências conceituais tidas aqui como elementares, salvo, é claro, a proposta de saúde como metacapacidade, e por isso vamos ousar defendê-la como sendo uma definição adequada do bem jurídico tutelado pelo direito à proteção da saúde.

Este é o tema a ser enfrentado a seguir.

### **1.1 A SAÚDE COMO AUSÊNCIA DE DOENÇA. CRÍTICA**

Como já foi referido em momento anterior, é possível distinguir duas concepções de saúde insatisfatórias e bastante influentes em dois campos distintos no domínio da institucionalidade do Estado.

No campo da ação política, isto é, do desenho institucional das políticas sociais, a concepção de saúde como ausência de doença é ainda influente. No campo da ação jurídica, nomeadamente da interpretação judicial do conteúdo do direito à proteção da saúde, sobressai-se o conceito de saúde como completo bem estar físico e mental.

Dentro do campo da ação política, o âmbito que por ora importa analisar, dois modelos teóricos básicos se prestam a sustentar o conceito de saúde como ausência de doença.

O primeiro deles é o modelo biomédico, surgido da combinação e da superposição de várias teorias ao longo da história e não oriundo da reflexão tipicamente médico-filosófica. O segundo é o modelo bioestatístico, que embora constitua no fundo uma decorrência ou desenvolvimento do modelo biomédico, acaba por dele se autonomizar em razão de oferecer-se como uma conceitualização cientificamente estruturada.

As razões que conduzem às suas rejeições, embora contenham uma matriz principal já referida, distinguem-se fundamentalmente devido ao maior aprofundamento teórico do segundo comparado ao primeiro. E essas razões importam de ser analisadas, pois nas suas fragilidades se radicam alguns dos problemas práticos mais sensíveis verificados à luz da elaboração e implementação das políticas de saúde.

### 1.1.1 O MODELO BIOMÉDICO

Diferentemente do modelo bioestatístico, a proposta biomédica não tem um único pai e não segue somente uma linha de pensamento. É como se fosse uma concepção mutante, em cujo código genético se verifica a superposição e combinação de várias teorias das mais diversas áreas do saber, e cuja explicação invariavelmente reconduz a uma espécie de reconstrução histórica da própria medicina.

Se se considerar de início que a história da medicina remonta à Grécia clássica de alguns milênios atrás, e isso para falar somente da medicina praticada no ocidente, o leitor terá claro de antemão que esse é o tipo de esforço histórico cuja reconstrução é praticamente impossível e totalmente impertinente para efeitos de um trabalho jurídico. É trabalho para mais de uma vida.

Isto para referir que só terá lugar, a partir desse empreendimento de volver à fundação da civilização ocidental, passando pelas idades média e contemporânea, e seguindo da modernidade até os dias atuais, os contributos decisivamente mais importantes para a formação do conceito de saúde segundo este modelo.

O marco de início dessa história – da breve história aqui narrada – retorna à Grécia clássica para um encontro com Hipócrates de Cós, cujas bases estão vincadas um pouco mais atrás, no período pré-socrático e nos diálogos com Tales, Anaxímenes, Anaximandro e outros *physiólogoi* da escola jônica.

A *physiología*, aqui entendida como a ciência da natureza, é o principal contributo dos pensadores deste período histórico, e sobre o conceito de *phýsis* se vai assentar a concepção hipocrática de saúde.

A *phýsis* possui dois sentidos implicados entre si. De um lado, tanto serve para designar a natureza universal, o fundamento de toda a realidade, a *phýsis* do mundo, como, de outro, a *phýsis* singular de cada coisa existente, a constituição fundamental e específica de cada coisa (ENTRALGO, 1970, p. 47).

La *phýsis* universal se realiza y concreta dando a cada cosa su propia *phýsis*, su constitución específica e individual; lo cual hace que este fundamental término designe en el *C. H.* [Corpus Hipocraticus], según los casos, la constitución de un determinado individuo o de cualquiera de sus partes, la del tipo, la especie o el género a que tal individuo pertenece y, como más de una vez he dicho, la Naturaleza universal (ENTRALGO, 1970, p. 47).

De um ponto de vista descritivo, a *phýsis* constitui o conjunto de atributos morfológicos, operativos e as propriedades que constituem e explicitam a estrutura interna de uma determinada coisa; de um ponto de vista substancial, a *phýsis* de cada coisa tem a ver com a realidade à qual esta coisa pertence substancial e geneticamente (ENTRALGO, 1970, p. 49).

Se a *phýsis* universal se realiza formando e criando a *phýsis* de cada coisa, então assim os planetas, os animais, os humanos, e a própria doença têm uma *phýsis* própria, que tanto pode significar o conjunto de propriedades e de características morfológicas por meio dos quais diferenciam-se uns dos outros, como também a sua essência singular e colocação do mundo das coisas.

O *lógos* do saber médico é, assim, a *phýsis* do corpo humano, das suas partes constitutivas, das suas propriedades fundamentais, e também da doença, o seu principal predador na cadeia das existências, suscetíveis ambos de conhecimento racional. Eis aí a primeira aproximação à visão mecanicista do processo saúde-doença.

Mas a *phýsis* também pressupõe movimento, dinamicidade, processo, por meio do qual a *phýsis* universal vai realizando-se a si mesma ao conferir e criar a *phýsis* individual de cada uma das coisas existentes. É assim harmonia, e como harmonia implica em ordem, em um movimento ordenado. A *phýsis*, portanto, como movimento ordenado é também *táxis* (ENTRALGO, 1970, p. 57; CANGUILHEM, 2009, p.12).

Ora, se o corpo humano possui a sua própria *phýsis*, como também a possuem as suas partes constitutivas, logo também implica harmonia interna ordenada (ENTRALGO, 1970, p. 187). E, assim, postula Hipócrates que a saúde representa a tradução de um movimento interno-corporal harmonioso entre quatro humores ou fluidos corporais – *sangue, bílis negra, bílis amarela e linfa* – concebidos à semelhança dos quatro elementos naturais, renovados a partir da alimentação, e cujo desequilíbrio com predomínio de um sobre os demais caracteriza o processo de adoecimento (ALBUQUERQUE; OLIVEIRA, 2002).

A concepção de saúde hipocrática constitui, como é possível observar da breve reconstrução dos seus pressupostos essenciais, a primeira tentativa de explicação racional, com validade universal, das leis gerais de operação do organismo humano e do seu desequilíbrio – a doença. E por isso a sua enorme repercussão na ciência de ontem e de hoje.

Galeno de Pérgamo foi o homem que, algum tempo depois, precisamente no século II d.c, revisitou a teoria humoral de Hipócrates e revestiu-lhe com uma roupagem mais sistematizada e convincente, sobretudo após os seus estudos e investigações na área da anatomia.



Seja como for, a visão hipocrática e humoralista da saúde, reforçada por Galeno em seus estudos, vai persistir até o século XVIII, “embora já acrescida de recursos terapêuticos químicos, contribuição fundamental do controverso Paracelso” (CAMARGO JUNIOR, 2005, p. 179).

Mas se nos primórdios da civilização ocidental as explicações às indagações mais fundamentais da humanidade eram dadas a partir da filosofia, a partir do século XVII essas mesmas explicações passam a ser dadas agora na perspectiva das ciências exatas, especificamente a partir da física.

Dois são os pilares teóricos que neste momento passam a sustentar a concepção de saúde como ausência de doença. De um lado tem-se a mecânica de Newton fazendo a defesa de um universo constituído monoliticamente a partir de partículas materiais, sólidas e indestrutíveis que se movem segundo uma lei geral – a *gravidade* –, e cuja tradução se evidencia através de equações matemáticas. De outro tem-se Descartes e seu método apregoando a necessidade de segmentação desse universo em tantas partículas quantas o constituam para fins de obter-se a melhor compreensão do seu funcionamento e da sua estrutura (FOUCAULT, 1999, p. 117-118).

Da articulação destas duas teorias surge a explicação: o homem, à semelhança do universo, constitui-se em um conjunto de várias peças que, desarticuladas, permitem a elucidação do seu funcionamento e das suas propriedades. A saúde passa a representar, então, o funcionamento ajustado de todas essas suas componentes, e a doença, por sua vez, a representar necessariamente um desajuste dessas mesmas propriedades, e um desajuste com uma *phýsis* própria (ALBUQUERQUE; OLIVEIRA, 2002).

Esse é o novo marco teórico a partir do qual se vão desenvolver as novas descobertas e teorias na medicina, e que, ao fim e ao cabo, significarão não mais do que verdadeiros destrinchamentos desta premissa fundamental (HEGENBERG, 1998, p. 24-25).

[...] as dimensões da racionalidade médica ocidental estarão, desde então, sempre referidas às doenças. A doutrina médica traz implícita a ideia de que as doenças são objetos com existência autônoma, traduzíveis pela ocorrência de lesões que seriam, por sua vez, decorrência de uma cadeia de eventos desencadeados a partir de uma causa ou de causas múltiplas; o sistema diagnóstico é dirigido à identificação das doenças, a partir da caracterização de suas lesões. A terapêutica é hierarquizada segundo sua capacidade de atingir as causas últimas das doenças; a morfologia e a dinâmica vital servem, sobretudo, como auxiliares na caracterização do processo mórbido. A própria definição de saúde, apesar dos inúmeros esforços em contrário, é assumida como a ausência de doenças (CAMARGO JUNIOR, 2005, p. 181).

Alguns aspectos resultantes deste pequeno esquema são dignos de nota, nomeadamente as fragilidades verificáveis neste modelo biomédico de saúde. Com uma observação: embora sirvam também para infirmar o modelo bioestatístico, procurar-se-á naquele ponto restringir-se o objeto de análise às considerações diretamente implicadas na sua proposta, especialmente em razão do maior desenvolvimento sistemático por si oferecido.

O primeiro ponto a considerar, então, é o que desponta mais evidente e já referido ao longo desta exposição: a concepção mecânica do corpo humano, localizada na base desta proposta.

É intuitivo: se a doença resulta de um desacordo orgânico unicausal, então pouco importa se os indivíduos têm ou não educação em saúde; se têm ou não renda suficiente para sustentar um estilo de vida saudável; ao cabo, o próprio organismo e a intervenção mecânica da medicina solucionarão o problema.

Depois, outra questão se coloca como decorrência direta da assunção deste modelo no Brasil: a cláusula do artigo 196 da Constituição da República brasileira obriga o Estado a conceder a própria saúde ou somente os mecanismos necessários à sua proteção?

Ora, se se toma o bem jurídico 'saúde' como simples ausência de doença, a sua articulação com o conteúdo da cláusula constitucional já referida – exatamente no ponto em que estabelece um direito à saúde e não à sua proteção – implica em concluir-se numa ilustrativa radicalidade que o compromisso constitucional assumido pelo Estado somente dar-se-á por exaurido quando o indivíduo esteja totalmente livre de doenças.

De outro modo: se o Estado garante o direito à saúde, e se saúde significa ausência de doença, logo o dever jurídico fundamental só estará realizado quando os indivíduos se virem totalmente livres de doenças, a denunciar então um dilema implantado na atuação estatal no sentido de que ou sacrifica-se a realização de outros direitos sociais para aportar mais recursos para a saúde, ou abandona-se a tentativa da sua realização ante a evidente escassez relativa de recursos.

Ao que tudo indica, esta consideração é igualmente passiva de aplicação ao modelo português, que fundamentiza um direito à proteção da saúde. Isto é, o Estado português só terá realizado o conteúdo do direito à proteção da saúde, ainda numa interpretação radical, mas ilustrativa, quando os indivíduos estiverem totalmente protegidos contra a ocorrência da doença, para o que se exigirá uma quantidade inimaginável de recursos tecnológicos, financeiros e científicos não suportados pela atual conjuntura econômica verificada naquele contexto.

Os fenômenos da medicalização e da farmacologização são os dois filhos pródigos deste modelo. A medicalização como ampliação progressiva do campo de intervenção da medicina, a partir da transformação de comportamentos e experiências em condições mórbidas a exigir suposta reparação (TESSER, 2006, p. 348); a farmacologização como a transformação destes mesmos comportamentos e experiências em oportunidades para a intervenção farmacológica, costumeiramente desassociada de uma específica prescrição terapêutica (CAMARGO JUNIOR, 2013, p. 845).

Fenômenos que vão provocar, direta ou indiretamente, a elevação progressiva das demandas sociais por recursos e prestações de saúde cujo eventual desprovimento resultará, ao final, em mais demandas judiciais relacionadas ao suposto incumprimento estatal do compromisso inscrito na Constituição.

É fato que a medicalização e a farmacologização não constituem, pelo menos no contexto brasileiro, a primeira causa da insustentabilidade financeira do subsistema público de saúde – tem-se em conta outros fatores mais imediatos e mais graves. Mas, é necessário ter em mente os impactos econômicos de uma sociedade medicalizada no sistema público de saúde, sobretudo em contextos em que a própria Constituição e a alta densidade demográfica já se responsabilizam por fragilizá-lo.

### **1.1.2 O MODELO BIOESTATÍSTICO**

O modelo bioestatístico é uma proposta que dá continuidade aos debates teóricos travados nos Estados Unidos nos idos de 1960 acerca do problema epistemológico do conceito de saúde e dos seus conceitos relacionados (doença, incapacidade...).

Cristopher Boorse, professor de filosofia da biologia e da medicina da Universidade de Delaware (EUA), foi um importante protagonista do cenário acadêmico retratado, e a sua proposta conceitual de saúde e de doença deu origem à chamada Teoria Bioestatística da Saúde, conforme designação imposta por um dos seus maiores críticos – Lennart Nordenfelt (NORDENFELT, 1987, p. 16).

A intenção de Boorse era propor uma teoria da saúde e da doença de viés naturalista, de cunho essencialmente descritivo, e que se contrapusesse às teorias normativistas que definiam a saúde como puro julgamento de valor (BOORSE, 1977, p. 542-543; VENKATAPURAM, 2007, p. 31).

Boorse considerava existirem dois tipos de normativismo, um forte e outro fraco, porém ambos com a componente de carregarem a marca fundamental da “contaminação valorativa” na definição dos conceitos de saúde/doença. O seu argumento fundamental para rejeitar esta proposta era relativamente simples: se a saúde e a doença representam juízos de valor, então os processos patológicos ocorridos nos organismos vegetais e animais não poderiam ser considerados mórbidos, a não ser com recurso à analogia.

A sua proposta teórica assenta-se, então, na ideia básica segundo a qual o organismo humano é desenhado para a sobrevivência e para a reprodução; todas as peças biológicas são projetadas no sentido de contribuir para a sobrevivência ou para a reprodução do homem (BOORSE, 1977, p. 542; BOORSE, 1975, p. 57-58).

Para tanto, propõe conceitos fundamentais dos quais servir-se-á para construir o seu modelo. São eles

1. *A classe de referência* é uma classe natural dos organismos de design funcional uniforme; especificamente, um grupo de mesma idade e sexo de uma espécie.
2. *A função normal* de uma parte ou de processo dentro dos membros da classe de referência é uma contribuição estatisticamente normal da parte ou processo para a sua sobrevivência individual e reprodução.
3. *Saúde* em um membro da classe de referência é a *capacidade funcional normal*: a disponibilidade de cada parte interna para realizar todas as suas funções normais em ocasiões típicas com um mínimo de eficiência típica.
4. *A doença* é um tipo de estado interno que prejudica a saúde, ou seja, reduz uma ou mais habilidades funcionais abaixo da eficiência típica (BOORSE, 1977, p. 555) (tradução nossa)<sup>9</sup>.

Com este raciocínio Boorse procurava rejeitar: 1) a saúde como um valor em si desejado, posto existirem situações indesejadas (fome) não consubstanciadoras de doenças; 2) uma espécie de positivismo médico, no sentido de que a medicina tanto trata condições não vistas como doenças (cirurgias estéticas) quanto não trata condições consideradas doenças; 3) a ideia de normalidade estatística utilizada para definir a pessoa média saudável, e não a pessoa média, a implicar na desconsideração de fatores incomuns que, todavia, não constituem doença (cabelo ruivo); 4) a ideia de doença como quadro clínico, uma vez que a dor e o sofrimento tanto

---

<sup>9</sup> Versão original: “1. The reference class is a natural class of organisms of uniform functional design; specifically, an age group of a sex of a species. 2. A normal function of a part or process within members of the reference class is a statistically typical contribution by it to their individual survival and reproduction. 3. Health in a member of the reference class is normal functional ability: the readiness of each internal part to perform all its normal functions on typical occasions with at least typical efficiency. 4. A disease is a type of internal state which impairs health, i.e. reduces one or more functional abilities below typical efficiency” (BOORSE, 1977, p. 555).

podem inexistir em doenças assintomáticas, quanto existir em situações normais (parto); 5) a ideia de doença baseada na deficiência ou incapacidade, por considerar as impossibilidades físicas típicas de certas fases da vida (bebês não andam); 6) a ideia de saúde baseada nas noções biológicas de adaptação ao meio ambiente e seleção natural, pois que algumas adaptações podem produzir patogênese (certa tolerância biológica de mineiros à poeira mineral), e a falta de outras não se podem considerar doenças (ausência de sensibilidade auditiva para não músicos); e, por fim, 7) a ideia de saúde e doença baseada na noção de homeostase, posto inexistir doenças não advindas de quebras de equilíbrio (surdez e cegueira) (BOORSE, 1977, p. 544-550).

O estado de saúde se alcança, portanto, quando o corpo humano se vê livre da doença, esta representada pelo funcionamento alterado de partes ou processos biológicos da estrutura fisiológica em relação ao mesmo funcionamento para a classe de referência da espécie (BOORSE, 1977, p. 555).

Boorse considera sua abordagem uma teoria teleológica, na qual as funções biológicas são tidas como contribuições para a consecução de determinados objetivos – basicamente, a sobrevivência e a reprodução (Boorse, 1976). Para se manter vivo, um organismo requer, obviamente, todo um complexo de funções em ação. A queda na eficiência de uma dessas funções biológicas, completa ou parcialmente, seria determinante de processos patológicos. E como definir o que é esperado de uma função? Nesse momento, Boorse recorre à estatística, a partir da qual seria possível estabelecer critérios do funcionamento esperado para uma determinada classe, compreendida como um grupo natural de organismos com um desenho funcional uniforme, geralmente um grupo delimitado pela espécie e pelo sexo (ALMEIDA FILHO; JUCÁ, 2002, p. 881).

De outro modo, isto significa considerar que um ser humano é saudável se não está doente, e para estar doente, alguma parte ou processo da estrutura fisiológica tem de estar funcionando fora dos parâmetros típicos de referência do funcionamento dessa mesma parte em outros indivíduos do mesmo sexo e idade (VENKATAPURAM, 2007, p. 32; VENKATAPURAM, 2011, p. 45).

Aqui segue-se a ideia básica segundo a qual o funcionamento biológico mais comum se torna o padrão do que é saudável (KINGMA, 2007, p. 128).

Para essa teoria, uma deformidade física que não esteja relacionada causalmente com a sobrevivência ou com a reprodução do ser humano, embora constitua um funcionamento atípico, não pode ser considerada uma doença e por essa razão deve ser excluída do domínio da saúde (VENKATAPURAM, 2007, p. 33-34).

Eis os aspectos epistemológicos mais fundamentais da proposta.

Com efeito, desde a primeira publicação a teoria bioestatística de Boorse vem suportando ora os mais ferozes ataques ora as mais apaixonadas defesas. De fato, pelo menos do que se tem notícia, esta parece ser a única proposta epistemologicamente fundamentada de recuperação do velho modelo biomédico – embora rejeite, inclusivamente, alguns dos seus aspectos mais essenciais, como a ideia de homeostase.

Sem embargo, uma análise crítica da posição de Boorse não se pode situar nem no primeiro extremo, nem no segundo. É fundamental adotar-se um lugar intermédio que permita reconhecer os seus méritos sem utilizá-los, todavia, para escoimar ou mesmo justificar as suas fraquezas e limites evidentes.

Isto implica em reconhecer, por exemplo, que a teoria bioestatística da saúde apresenta um conceito de doença suficientemente amplo e possível de ser aplicado na leitura do estado de saúde ou morbidez de todo tipo de ser vivo animal e vegetal. Definir a doença como o funcionamento alterado de alguma parte ou processo fisiológico, tendo como parâmetro o funcionamento estatístico padrão da classe de referência, permite uma análise paralela da saúde animal e vegetal com a humana (NORDENFELT, 1987, p. 22).

Depois, o modelo bioestatístico fornece uma teoria aplicável tanto à saúde física quanto à saúde mental, um dos aspectos críticos enfrentados no domínio da filosofia da medicina. Quer dizer, a despeito de ter apenas esquadrihado os termos de uma teoria da saúde mental, Boorse sugere o mesmo tratamento dado à saúde física ao considerar a existência de metas mentais uniformes para as espécies – para além, obviamente, da reprodução e sobrevivência –, identificáveis por meio de uma análise psico-estatística, e cuja consecução classificaria o indivíduo como mentalmente saudável (NORDENFELT, 1987, p. 22).

Isso sem levar em conta o seu ponto mais forte, já referido linhas atrás, bem consubstanciado no fato de permitir identificar claramente, a partir da comparação estatística com o funcionamento dos órgãos ou processos da mesma classe de referência, quando um indivíduo está saudável ou não.

Em síntese, é possível sumariar que o logro crucial alcançado pela teoria bioestatística deve-se ao fato de ter conseguido ser suficientemente clara e sistemática em muitos aspectos nos quais fracassaram teorias adversárias.

Ainda assim, e pelos motivos abaixo aduzidos, não é possível tê-la como uma teoria da saúde adequada seja para nortear a prática médica – tendo-se em conta as já referidas críticas de Laín Entralgo à vigência de uma fisiopatologia não humana –, tampouco para referenciar a ação

política e jurídica – relembrando-se no ponto os ditos passados a respeito das suas implicações na sanidade financeira do Estado.

Para o bem e para o mal, Boorse foi razoavelmente claro. E com idêntica clareza e facilidade chega o entendimento acerca das limitações da sua proposta.

Um primeiro ponto a considerar, portanto, tem a ver com a exigência de se conceber, à partida, o corpo humano funcionando num nível constante e inalterável tal qual uma máquina, para só então, em um segundo plano, a proposta bioestatística ter algum sentido teórico.

A teoria bioestatística funciona como uma “compra casada”. Só se torna possível concluir que uma parte ou processo fisiológico de um indivíduo apresenta queda de eficiência, e por isso mesmo ele se encontra doente, se o padrão de funcionamento dessa parte ou processo fisiológico nos indivíduos da sua classe de referência se mantiver constante e qualitativamente inalterado ao longo do tempo, noção que conduz à desconsideração da capacidade de adaptação a longo prazo do organismo.

Com efeito, a biologia já mostrou que o organismo humano funciona de forma dinâmica a fim de se adequar morfofisiologicamente tanto às transformações ambientais imediatas quanto às de longo prazo, e, a partir da teoria bioestatística, toda alteração de longo prazo constituir-se-ia em um exemplar adaptativo mórbido, pois o padrão de comparabilidade apontaria para outro tipo de funcionamento verificado em outras condições ambientais e históricas.

Para ilustrar esse quadro, basta se pensar na própria evolução do homem e do planeta terra. Ora, como se sabe, o mundo de 3,4 milhões de anos atrás não é o mesmo de hoje, assim como o homem-espécie de hoje não se manterá amanhã, o que significou – como permanece significando – a necessidade do homem, após sucessivas transformações ambientais terrestres, em evoluir do *australopithecus afarensis* até o atual *homo sapiens*.

A leitura bioestatística deste fato importaria em se ter de considerar necessariamente doente o primeiro *homo habilis* surgido no contexto histórico de predomínio do seu ancestral imediato, posto que as suas características adaptativas essenciais não encontrariam referência de sanidade no padrão de comparação posto à altura.

O que, em termos atuais, seria o mesmo que considerar doente o indivíduo portador de síndrome de *down* numa suposição de ser ele, hipoteticamente, a próxima espécie humana da cadeia evolutiva.

O conceito de saúde de Boorse parece estar constituído em termos absolutos, e, muito embora considerasse as adaptações orgânicas mais imediatas como a transpiração, por exemplo,

no final acabou por ignorar as de longo prazo, como o hipotético surgimento de brânquias a fim de permitir uma vida humana submersa.

Neste ponto, então, duas são as conclusões possíveis.

Uma primeira, diz respeito ao fato de a teoria bioestatística ignorar as adaptações de longo prazo que em algum momento histórico devam ocorrer e não necessariamente devam implicar estado de morbidez. A segunda, conseqüente da primeira, tem a ver com a circunstância de considerar mórbida uma adaptação de longo prazo até a sua suficiente generalização a ponto de passar a constituir, então, o valor de referência.

Quase toda crítica subsequente ao modelo bioestatístico vai significar, de um jeito ou de outro, uma rejeição a este ou aquele aspecto inscrito no padrão estatístico de referência.

Veja-se, por exemplo, a consideração acerca da influência dos hábitos na saúde humana formulada por Venkatapuram em seu *Health Justice* (2011), por exemplo.

Imaginando uma comunidade não conhecedora dos malefícios causados pelo tabaco, e por essa razão totalmente praticante do fumo, Venkatapuram vai considerar, sob o prisma da teoria bioestatística da saúde, não ser possível dizer a um indivíduo fumante que o quadro cancerígeno por si desenvolvido adveio do consumo de tabaco, pois o padrão de funcionamento saudável já consistiria, por si só, em um valor alterado de forma negativa pelo fumo (VENKATAPURAM, 2011, p. 49).

Isto é, para ele, não seria possível apontar em um indivíduo a presença de uma doença decorrente de uma prática prejudicial à saúde quando toda a classe de referência utilizada para a comparação também apresenta um padrão de funcionamento fisiológico igualmente alterado, isto em virtude do mesmo hábito negativo, como é o caso do fumo.

Para o indivíduo inserido em um contexto como este, a única explicação possível para o desenvolvimento de câncer nos seus pulmões seria a sua predisposição genética para desenvolvimento da doença, desconsiderando ao final as práticas e hábitos potencializadores do surgimento da enfermidade (VENKATAPURAM, 2011, p. 49).

Partindo da mesma matriz, porém supondo a hipótese de serem conhecidos os prejuízos causados à saúde pelo consumo de tabaco, Venkatapuram passa a considerar, a partir da mesma leitura bioestatística, o nível de consumo do fumo como determinante do padrão de funcionamento saudável e do padrão de funcionamento mórbido (VENKATAPURAM, 2011, p. 49).



Isto porque se os indivíduos da classe de referência consumirem quantidades elevadas de tabaco, o indivíduo que consuma quantidades inferiores e apresente funcionamentos fisiológicos certamente mais saudáveis será considerado doente, assim também possível a conclusão na hipótese inversa.

Como afirma Lennart Nordenfelt, “a teoria bioestatística da saúde foi construída assumindo um ambiente de fundo mais ou menos fixo. Ela não deu importância para os possíveis efeitos que a variação ambiental poderia produzir sobre a saúde e a doença”<sup>10</sup> (tradução nossa) (NORDENFELT, 1987, p. 23). Isto, ao final, representou não considerar o tipo de vida que as pessoas levam, os seus hábitos e práticas mais comuns, e as influências do meio ambiente natural, social e cultural na determinação do seu estado de saúde ou de doença.

Outro ponto importante e igualmente problemático refere-se ao suposto propósito reprodutivo para qual o organismo humano é projetado. Como se sabe, a mulher, muito mais do que o homem, tem uma diminuição significativa de hormônios ligados à reprodução com o avançar da idade, e essa seria uma circunstância natural considerada mórbida da qual todas as mulheres que atingissem a idade pós-reprodutiva seriam portadoras (VENKATAPURAM, 2011, p. 55).

Por mais esdrúxulo que possa parecer, é exatamente essa a consequência da adoção de tal modelo de saúde: considerar doença a natural transição fisiológica do período reprodutivo para o não reprodutivo.

A concepção de saúde como metacapacidade a ser defendida nesta pesquisa rejeita a teoria bioestatística e todas as consequências esdrúxulas que lhe acompanham, e não ignora também as interações do organismo humano com o meio ambiente social, natural e cultural circundante.

## **1.2 A SAÚDE COMO PLENO BEM ESTAR FÍSICO, MENTAL E SOCIAL (OMS). CRÍTICA**

---

<sup>10</sup> Versão original: “The BST has been constructed assuming a more or less fixed environmental background. It has not given consideration to the possible effects background variation could have on health and disease” (NORDENFELT, 1987, p. 23).

Se no campo da política é mais influente a concepção de saúde como ausência de doença, sustentada pelas teorias biomédica e bioestatística, no campo das práticas jurídicas é a concepção da saúde proposta pela Organização Mundial da Saúde que mais vai influenciar.

A razão básica para isto ocorrer reside mesmo no caráter de juridicidade intrínseco que esta concepção intenciona, e no fato de constituir um modelo proposto pela própria comunidade internacional para dar base ao seu correspondente direito humano.

Diferentemente daqueles outros dois modelos já tratados, o conceito de saúde proposto pela Organização Mundial da Saúde em 1946 não se assenta em nenhuma proposta científica mais elaborada. Apesar de parte da doutrina enxergar nessa proposta um suposto reavivamento da teoria hipocrática (equilíbrio interno com equilíbrio externo), ou mesmo até do pensamento de Paracelso, trata-se, em verdade, mais de um conceito político que científico – e sendo conceito político, importa considerar os marcos histórico e político que levaram à sua consagração.

### **1.2.1 O MARCO HISTÓRICO**

O marco histórico de consagração do conceito de saúde da OMS situa-se no contexto europeu compreendido entre meados do século XIX até a segunda guerra mundial, nomeadamente no contexto societal inglês recém-industrializado.

Como pioneira neste processo e como principadora da fase capitalista que algum tempo depois veio a adjetivar-se de industrial, a Inglaterra foi também a primeira a experimentar os efeitos socialmente perniciosos do apetite voraz pela acumulação de riqueza. E também, a primeira a percebê-los.

Em 1839, William Farr torna-se diretor-geral do *General Register Office*, de onde passa a relatar, por mais de 40 anos em seus *Annual Reports*, a relação entre os números da mortalidade com as desigualdades em distritos cuja população gozava de melhor saúde e distritos considerados menos sadios (SCLIAR, 2007, p. 35).

Três anos depois, Edwin Chadwick elabora o seu famoso relatório *The Sanitary Condition of the Labouring Population* (1842) que veio a constituir a base do *Public Health Act* promulgada pelo parlamento inglês em 1848. Em 1850, na outra margem do Atlântico, “Lemuel Shattuck, livreiro, faz um relato sobre as condições sanitárias em Massachusetts – e uma diretoria de saúde é criada nesse Estado, reunindo médicos e leigos” (SCLIAR, 2007, p. 36).

Posteriormente, Otto Von Bismarck constrói na Alemanha, “nos últimos 20 anos do século XIX, a primeira iniciativa, sistematizada e organizada, de proteção social obrigatória e garantida pelo Estado, embora dirigida apenas a determinados grupos de cidadãos (trabalhadores)”, sistema que tinha nas leis fundamentais sobre seguro de doença (1883), seguro de acidentes de trabalho (1884) e seguro de invalidez e velhice (1889) sua normação essencial (NEVES, 1996, p. 149).

Logo no fim da primeira guerra mundial, um sistema público de saúde se torna realidade na União Soviética, isto através das leis de 1918, com a novidade, agora, de já excluir-se o acesso aos cuidados médicos do âmbito da segurança social propriamente dita (NEVES, 1996, p. 153).

Na Inglaterra, um sistema nacional de saúde só veio a se constituir em 1948, algum tempo depois do surgimento do influente relatório da lavra de William Beveridge e do importante *White Paper. A National Health Service* que apoiava sua criação (VALE, 2007, vol. III, p. 178-179).

Em suma, portanto, é possível situar o marco histórico da concepção de saúde da OMS no contexto de emergência e efervescência do capitalismo industrial compreendido no período que vai da metade do século XIX à metade do século XX.

### **1.2.2 MARCO POLÍTICO**

O marco político da concepção de saúde da OMS é, sem dúvida, a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 após o término da segunda guerra mundial. Com efeito, a ONU é o produto de duas grandes guerras e diversas tentativas fracassadas de constituição de organismos internacionais responsáveis pela intermediação das relações diplomáticas e administração dos conflitos entre Estados soberanos.

A OMS surge exatamente dentro deste contexto político de renovação de esperanças em relação ao respeito pelos direitos humanos e cooperação em matéria de direito internacional. Como agência especializada em saúde da antiga Liga das Nações, integra-se à estrutura da ONU em 7 de abril de 1948 após a ratificação da sua Constituição pelo 26º Estado-Membro.

É possível perceber na concepção de saúde que propõe o reflexo desta forte opção política comunitária de reconhecimento jurídico dos direitos humanos. Daí a afirmar que a saúde

constitui o pleno bem-estar físico e mental máximo possível para uma pessoa, e que propiciar o atingimento dessa meta é o seu objetivo.

Em resumo, o marco político da concepção de saúde da OMS acaba por ser mesmo a própria criação da ONU como produto do sentimento de cooperação experimentado após a segunda grande guerra.

### **1.2.3 O CONCEITO E AS CRÍTICAS**

Como produto do seu tempo, e imersa nas suas próprias contradições, a OMS declara então no preâmbulo da Constituição que a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e que não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Embora se tenha mostrado importante naquele contexto, sobretudo por sublinhar os fatores extraorgânicos incidentes na qualidade da saúde de uma pessoa, a concepção de saúde como pleno bem-estar físico, mental e social mostrou-se desde o princípio problemática, e não foram poucas as vozes críticas que se levantaram apontando as suas contradições internas.

Não parece razoável fazer um sumário de todos os problemas verificados nesta concepção, tampouco a referência a todos os autores de todos os quadrantes do planeta e áreas do conhecimento que a criticaram.

Limitaremos-nos a criticar os pontos que remanescem mais contraditórios.

E o primeiro deles tem a ver com a indiferenciação das questões de saúde com as questões políticas, econômicas, jurídicas e sociais influentes sobre o estado de saúde. Isto é, o pleno bem-estar físico, mental e social só se pode sustentar, quando muito, no momento em que um conjunto ampliadíssimo de bens, situações e estatutos estiver também satisfeito.

No dizer de João Loureiro, instaura-se “uma ideia de doença permanente”, em que se torna “desnecessário manter a exigência da doença atestada, que faz depender uma série de efeitos jurídicos não da simples morbidade da condição, mas da sua certificação médica”. Tem-se assim a transformação de problemas sociais em problemas de saúde (LOUREIRO, 2011, p. 25-26).

Depois, a necessidade de determinação, quase sempre subjetiva, do conteúdo de bem-estar a que faz referência também é outro ponto problemático. Dois são os aspectos. Primeiramente, é possível que o nível de bem-estar pretendido por um sujeito e utilizado para medir o seu nível de saúde seja elevado o suficiente a ponto de que o seu não atingimento torne-

o, com Loureiro mais uma vez, permanentemente doente. Em outra medida, é possível que esse nível de bem-estar pretendido seja baixo o bastante a ponto de que a satisfação apresentada pelo indivíduo mascare uma concreta condição de morbidade.

Mais profundamente ainda, é preciso levar-se em conta a perspectiva em que este bem-estar é parametrizado. Trata-se de um bem-estar em sentido utilitário? Ou, na verdade, é um bem-estar significativamente hedônico?

Como refere Madel Luz (1979, p. 165), a adoção desta concepção dita poética, com sua subjetividade intrínseca, acaba por descambar na completa anulação das possibilidades de verificação da extensão da ausência de saúde na população.

Por fim, ainda cabe destacar a crítica de Caponi, para quem a vida de acidentes possíveis em que se consubstancia a experiência terrena do homem conduz a se rejeitar uma concepção de saúde como carência de mal-estar (CAPONI, 1997, p. 300-301).

### **1.3 A SAÚDE COMO METACAPACIDADE (VENKATAPURAM). PRESSUPOSTOS**

A ideia de se conceber a saúde como uma metacapacidade, proposta elaborada inicialmente por Sridhar Venkatapuram em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de Cambridge (2007), traduz uma ideia de saúde adaptada fundamentalmente a partir de três bases teóricas essenciais.

O primeiro pilar desta estrutura é a abordagem geral das capacidades de Amartya Sen, prestigiado economista e filósofo político de cujo pensamento se extrai contributo fundamental para a elaboração do *Índice de Desenvolvimento Humano* (IDH) utilizado pela ONU para avaliar o nível de crescimento social dos países.

O segundo pilar, também na linha de abordagem das capacidades, mas já envolvendo alguns aspectos relativos aos direitos humanos, é a proposta de Martha Nussbaum acerca do reconhecimento de dez capacidades humanas centrais como decorrência necessária da dignidade humana.

E o terceiro e último ponto de apoio, já efetivamente inscrito no âmbito da filosofia da medicina, é a proposta teórica de saúde de Lennart Nordenfelt baseada em uma abordagem da teoria da ação, e cujas lacunas Venkatapuram vai superar por meio da sua integração com as demais teorias.

### 1.3.1 CAPACIDADES, LIBERDADE E O LUGAR DE SEN

A abordagem das capacidades começa a ser construída no princípio da década de 1980, a partir de uma insatisfação de Amartya Sen com o foco informacional utilizado pelas teorias da justiça então dominantes para avaliar o grau de vantagem e desvantagem dos indivíduos no mundo, particularmente pela repercussão que determinados focos informacionais produziam sobre o conteúdo da igualdade.

Tudo inicia quando Sen observa que a tarefa primordial de toda teoria da justiça é tentar conceder alívio ao desconforto moral que se sente quando, após o exame da situação de um indivíduo, segundo um critério qualquer, conclui-se pela inaceitabilidade do estado de desvantagem em que se encontra.

Considerando que, pelo menos para todas as teorias até então construídas, este alívio teria significado a realização de alguma espécie de distribuição mais adequada do objeto que cada uma considerava como a grandeza particularmente mais importante<sup>11</sup>, Sen conclui então que toda teoria da justiça teria implicado alguma relação com a igualdade (SEN, 1980, p. 197; SEN, 1992, p. ix-xii; SEN, 2011, p. 325).

Para Sen, o grande problema teórico passava a ser, efetivamente, o de saber qual o critério ou foco informacional mais adequado para julgar a vantagem e a desvantagem dos indivíduos e, ao fim e ao cabo, da própria justiça e injustiça em determinada sociedade (SEN, 1980, p. 197; SEN, 1992, p. 12-16; OLIVEIRA, 2012, p. 12).

A essa questão procurou responder, sobretudo, em seu *Equality of What?* (SEN, 1980), ocasião em que promoveu a introdução do conceito de ‘capacidades básicas’ no âmbito da filosofia política e o defendeu como sendo o critério adequado para julgar a vantagem individual e a justiça em uma sociedade.

Para tanto, propôs-se a explicar a abordagem das capacidades por meio da rejeição de teorias adversárias, e, assim, a primeira perspectiva criticada foi a utilitarista, cujos problemas principais sumarizou em *Desenvolvimento como Liberdade* da seguinte forma:

---

<sup>11</sup> Em seu *On the Status of Equality*, escrito em resposta a uma crítica de John Kane também ressonante no pensamento de Nozick exposto em *Anarquia, Estado e Utopia* (1991, p. 256-257) segundo a qual não haveria nenhuma relação lógica da justiça com a igualdade, Sen esclarece não ter indicado em seus estudos a necessidade de presumir-se uma conexão necessária entre igualdade e justiça. Ao contrário, afirma ter notado que toda teoria da justiça até então existente demandava a igualdade de alguma coisa, grandeza ou objeto particularmente importante para sua perspectiva (SEN, 1996, p. 394-396).

- 1) *Indiferencia hacia la distribución*. El cálculo utilitarista tiende a no tener en cuenta las desigualdades de la distribución de la felicidad (sólo cuenta la suma total, con independencia de lo desigualmente o no que esté distribuida). Podemos tener interés en la felicidad general y, sin embargo, querer prestar atención no sólo a las magnitudes <<agregadas>> sino también al grado de desigualdad de la distribución de la felicidad.
- 2) *Desinterés por los derechos, las libertades y otras cuestiones que no reportan utilidad*. El enfoque utilitarista no concede ninguna importancia intrínseca a los derechos y libertades (éstos sólo se valoran indirectamente y en la medida en que influyen en las utilidades). Es bastante razonable tener en cuenta la felicidad, pero no tenemos por qué querer ser esclavos felices o vasallos locos de alegría.
- 3) *Adaptación y condicionamiento mental*. Ni siquiera es muy sólida la concepción que tiene el enfoque utilitarista del bienestar individual, ya que puede dejarse influir fácilmente por el condicionamiento mental y las actitudes de adaptación (SEN, 2000, p. 85).

É particularmente sobre a possibilidade de adaptação e condicionamento mental a profundas privações que consiste a inédita e não menos contundente crítica de Sen contra a perspectiva utilitarista (VITA, 1999, p. de internet; CLARK, 2005, p. 23-26; CLARK, 2007, p. 03-10).

Isso porque o seu estudo sobre as causas e consequências da miséria humana provou haver algum nível mínimo de felicidade e resignação mesmo entre as pessoas mais debilitadas socialmente, circunstância que facilmente seria camuflada na operação aritmética de maximização da felicidade geral.

O cálculo utilitarista baseado na felicidade ou satisfação dos desejos pode ser profundamente injusto com aqueles que passam privações de forma persistente, uma vez que nossa disposição mental e nossos desejos tendem a se ajustar às circunstâncias, sobretudo para tornar a vida suportável em situações adversas. É através da “adaptação” a uma situação desesperadora que a vida dos tradicionalmente menos favorecidos se torna um pouco mais suportável, como acontece com as minorias oprimidas em comunidades intolerantes, os sofrimentos dos trabalhadores em regimes industriais exploradores, os precários arrendatários que vivem em um mundo de incertezas ou as desanimadas donas de casa em culturas profundamente sexistas (SEN, 2011, p. 317).

Do libertarismo de Robert Nozick, exposto em *Anarquia, Estado e Utopia* (1991), Sen também se afastou. Embora tenha realizado a defesa de argumentos contra a igualdade em vista da construção de uma teoria a favor do Estado mínimo, Nozick parece ter defendido uma forma bastante básica de igualdade segundo o critério em que considera ser necessário existir alguma igualação dos indivíduos: o direito à liberdade (SEN, 2011, p. 326).

O direito à liberdade por si defendido, resgatando a concepção básica dos direitos morais pré-políticos de Locke resultantes da condição fundamental de que cada indivíduo é

proprietário de si mesmo, consiste em ter a possibilidade de fazer consigo mesmo, com o seu corpo, talentos pessoais e propriedades tudo aquilo que é desejado<sup>12</sup> (NOZICK, 1991, p. 25).

E aí, o papel do Estado mínimo, preferível à condição de total anarquia política, resumir-se-ia em garantir a característica humana da autopropriedade por meio da proteção dos indivíduos contra o uso indevido da força, contra a violação e usurpação da propriedade privada ou contra o incumprimento dos contratos, por exemplo.

O grande problema no pensamento de Nozick repousa, segundo entende Sen, nessa concepção unifocal da liberdade, que focaliza unicamente em seu aspecto processual – leia-se: ter a certeza de que se está a fazer escolhas sem interferências e pressões exteriores – com a desconsideração da privação sistemática sofrida por alguns indivíduos quanto à oportunidade real de optarem por outros estilos de vida (SEN, 2000, p. 31-32).

Para Sen, não importa somente assegurar às pessoas a ausência de ingerências externas ou pressões alheias no momento em que realizam suas escolhas; é necessário garantir-se, igualmente, que também tenham à sua disposição um amplo espectro de oportunidades para serem escolhidas (SEN, 2000, p. 89; SEN, 2011, p. 262-263).

De todos os autores rejeitados por Sen, John Rawls sem dúvida foi quem mais influenciou o seu trabalho. *A Theory of Justice* (RAWLS, 1999) exerceu influência decisiva em toda a filosofia política após 1971, data de publicação da sua primeira edição, e John Rawls tornou-se o filósofo a se estudar, seja para refutar suas ideias, seja para aceitá-las (NOZICK, 1991, p. 201-202).

Sen reconhece a enorme importância do pensamento de seu colega no campo da filosofia moral e política, e por essa razão tributa-lhe parcela considerável de sua obra (SEN, 2011, p. 23-24).

Se as semelhanças entre os dois são notórias em alguns aspectos, mormente em relação às críticas dirigidas à abordagem utilitarista ou em relação ao reconhecimento que fazem acerca da importância desempenhada pela liberdade na vida humana, o distanciamento não deixa de ser tão ou mais evidente.

Um dos principais problemas no pensamento de Rawls, segundo Sen, é o seu enfoque nos bens primários como critério para julgamento da desvantagem individual e para a realização

---

<sup>12</sup> Essa é a razão, aliás, para Nozick colocar-se contra a justiça distributiva. Isto é, se todo ser humano é proprietário de si mesmo, tributar o produto do talento alheio a fim de redistribuí-lo socialmente representa uma grave violação dessa condição, pois atribui-se a terceiros um direito sobre o fruto do talento particular (NOZICK, 1991, p. 256-295).



de comparações interpessoais. Com efeito, “[...] esse procedimento é baseado em mercadorias, pois a lista dos “bens primários” inclui “rendimentos e riqueza”, ademais das “liberdades básicas”, “poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade”, as “bases sociais do auto-respeito” e assim por diante” (SEN, 1993, p. de internet).

Rawls deixa escapar, entre outros aspectos, e por isso a sua teoria fragiliza-se, que uma abordagem baseada em bens não leva em consideração as diferenças pessoais de conversão desses itens em liberdade efetiva (SEN, 1993, p. de internet).

Uma teoria da justiça adequada, por essa razão, não pode satisfazer-se somente com a busca de uma distribuição igualitária de bens sem preocupar-se com a habilidade dos indivíduos em transformar estes bens em melhoria de qualidade de vida e liberdade efetiva.

Para Sen, vários fatores de interferência na vida humana condicionam e determinam a habilidade dos indivíduos em transformar bens em vida boa, e a simples garantia de acesso a tais bens não traduz ou pressupõe a certeza de sucesso na sua conversão em uma vida melhor.

Essa é uma crítica dirigida não somente à perspectiva rawlsiana e dworkiniana (igualdade de recursos), mas a toda literatura política e econômica que reproduz, em geral, a noção equivocada segundo a qual uma disponibilização de bens ou recursos suficientes representaria uma melhoria na qualidade de vida das pessoas uma vez que, através desses itens, poderiam alcançar o estilo de vida desejado (SEN, 2000, p. 96-97).

Ante esse contexto de múltipla insatisfação, Amartya Sen sugere, então, que a igualação dos indivíduos deveria girar em torno da sua oportunidade efetiva para realizarem minimamente algumas coisas básicas necessárias à sua sobrevivência – as capacidades básicas (SEN, 1980, p. 218).

Em outros termos, a igualdade de capacidades básicas defendida por Sen naquele estudo prende-se com a ideia de que todos os indivíduos devem ter a oportunidade, a igual oportunidade, de poder realizar em níveis mínimos, caso assim queiram, coisas elementares e urgentes para manutenção da sua existência. Assim, a igual oportunidade de satisfazer minimamente as próprias necessidades alimentares, ou a igual oportunidade de dispor de meios mínimos para vestir-se e alojar-se, ou, ainda, a igual oportunidade de participação mínima na vida social e política da comunidade (SEN, 1980, p. 218; SEN, 2007, p. 279-280).

Para Sen, é sensivelmente importante que as pessoas tenham a possibilidade de escolher entre jejuar por motivos religiosos ou manter uma alimentação normal, por exemplo; inaceitável é obrigá-las a terem de escolher invariavelmente por jejuar, quase sempre por motivos

econômicos, em razão de não terem a possibilidade de dispor de níveis mínimos de alimento caso decidam por manterem-se razoavelmente nutridas.

Convém registrar neste ponto que Sen não faz, e nunca fez, a defesa de uma suposta igualdade de capacidades tal como, equivocadamente, costuma ser assinalado por uma parte da doutrina. Em *Equality of What?* (SEN, 1980, p. 219), *Capability and Well-Being* (SEN, 2007, p. 279) e em *A Ideia de Justiça* (SEN, 2011, p. 331) apresenta três razões distintas que esclarecem a rejeição desta posição.

Resumido o seu pensamento em dois pontos, considera: 1) não ser possível elaborar um conjunto cerrado de capacidades em termos das quais os indivíduos deveriam ser totalmente igualados – daí porque defende, na verdade, uma igualdade no sentido de igual oportunidade mínima de gozo das capacidades tópico-culturalmente consideradas essenciais; 2) não ser possível reduzir a igualdade a um único espaço – entre eles o das capacidades –, tendo em conta a necessidade de também se valorizar a exigência de equidade processual (tratar pessoas diferentes de modo diferente).

E o que são, afinal, as capacidades, ou a capacidade?

Sen observa que a liberdade possui dois aspectos diferentes, como se fossem duas faces de uma moeda, complementares e intrinsecamente importantes para a vida humana.

O primeiro desses aspectos liga-se à ideia de liberdade como processo que permite a escolha e a ação. Fica bem entendido que por essa ideia Sen pretende ressaltar a noção de liberdade como ausência de interferências e restrições exteriores no momento da tomada de decisão, como, por exemplo, a liberdade das pessoas poderem eleger os seus governantes sem que nenhum deles exerça influência sobre o seu juízo e decisão (SEN, 2000, p. 33-34; SEN, 2011, p. 262-263).

O segundo aspecto, esse particularmente importante para Sen, prende-se com a ideia de liberdade enquanto oportunidade substantiva das pessoas em poderem buscar a realização dos seus planos e objetivos de vida. Por essa noção, Sen pretende associar a ideia de liberdade à oportunidade real que as pessoas têm para, diante de múltiplos e ilimitados estilos de vida, fazer a opção por um ou por alguns especialmente valorizados em razão do seu planejamento de vida (SEN, 2000, p. 33-34; SEN, 2011, p. 262-263).

A liberdade constitui para Sen, portanto, de um lado, a ausência de intromissões no processo de decisão, e, de outro, a oportunidade real de poder-se optar por um ou alguns dentre

vários estilos de vida especialmente valorizados em razão do planejamento de vida que cada ser humano traça para si.

A capacidade, e daí porque Sen rejeita afirmativamente a possibilidade de se igualem os indivíduos nesse quesito, representa a possibilidade (liberdade) concreta que um indivíduo possui de poder converter em realização efetiva um determinado estilo de vida especialmente valorizado, a oportunidade de poder optar por um dentre variados estilos de vida.

Com efeito, Sen observa que a vida de uma pessoa constitui uma combinação de vários seres e fazeres, que vão desde as coisas mais elementares da vida, como estar bem nutrido, livre de doenças ou alojado em uma confortável moradia, às coisas mais complexas, como ter autorrespeito ou fazer parte da vida comunitária (NUSSBAUM; SEN, 1993, p. 3).

A esses diversos “seres” e “fazeres” constitutivos da vida humana Sen intitulou funcionamentos/funcionalidades. A capacidade de uma pessoa representa a sua oportunidade (liberdade) de poder escolher concretizar outros “seres” e “fazeres” – funcionamentos – especialmente valorizados por si em razão do seu projeto de vida.

Sistematizando objetivamente essa ideia, ter-se-ia que:

- a) *Funcionamentos*: representam um “ser” ou “fazer” (uma unidade, digamos) constitutivo do estado atual de uma pessoa, a exemplo de ser partícipe da vida da comunidade, estar adequadamente nutrido, estar devidamente alojado, etc.
- b) *Vetor de Funcionamentos*: representa todas as unidades de “ser” ou “fazer” reveladoras do estado atual de uma pessoa. Isto é, descreve todos os “seres” e “fazeres” que constituem o estilo de vida atual e realizado de uma pessoa. Cada vetor de funcionamento existente representa um determinado estilo de vida diferente e possível.
- c) *Capacidades*: representam a oportunidade (liberdade) que uma pessoa tem para escolher e realizar concretamente uma unidade de “ser” e/ou “fazer”, ou um vetor de funcionamento total, por si valorizada em razão do seu plano de vida. Ou seja, é a oportunidade de “ser” ou “fazer” alguma coisa ainda não realizada, mas que é valorizada em razão de um planejamento de vida, como, por exemplo, ter a capacidade de se alojar adequadamente (“ser”/“fazer” valorizado) em razão de no

momento estar-se desalojado (“ser”/“fazer” constitutivo de um estilo de vida atual).

d) *Conjunto Capacitório*: representa o conjunto de vetores de funcionamento que uma pessoa tem disponível para escolher (oportunidade) conforme o seu projeto de vida. Pode-se afirmar que o conjunto capacitório constitui o leque de opções a serem consideradas por uma pessoa após lhe dirigirem a seguinte pergunta: ‘O que você deseja ser?’ (CLARK, 2006, p. 4).

É possível identificar em toda a obra de Sen a remissão a esses conceitos básicos. No entanto, é imperioso esclarecer que a despeito de tê-los estabelecido formal e sistematicamente, sobretudo o conceito de capacidades e o de conjunto capacitório, Sen costuma utilizar a expressão ‘capacidades’ no sentido, ou com referência, ao conjunto capacitório.

Assim, quando afirma ser necessário avaliar a desvantagem individual a partir das capacidades do indivíduo, a sua intenção é deixar claro que a desvantagem de um indivíduo deve ser medida a partir da sua oportunidade (capacidade) real em poder concretizar o estilo de vida (dentre todas as possibilidades a si disponíveis) que tem razão para valorizar.

### **1.3.2 CAPACIDADES HUMANAS CENTRAIS: Diálogos com Martha Nussbaum**

Embora tenha se revelado como uma via bastante interessante para a avaliação da justiça nas sociedades, por essas e por outras razões não exploradas neste texto, a abordagem das capacidades de Sen não deixou de ser criticada.

Martha Nussbaum, uma grande entusiasta e participante ativa na construção desta perspectiva, acusa Sen de ter deixado escapar um problema central relacionado ao fato de que o exercício de algumas liberdades humanas limita o exercício de outras, como por exemplo “a liberdade dos negócios poluírem o ambiente limita a liberdade dos cidadãos desfrutarem de um ambiente despoluído; a liberdade dos proprietários de manter suas terras limita projetos de reforma fundiária que podem ser primordiais para as liberdades dos pobres” (REICHER, 2009, p. 45), e essa é uma questão que não poderia deixar de ser respondida.

Para Nussbaum, uma adequada teoria da justiça social deve possuir algum nível de comprometimento ético com a identificação e delimitação de liberdades humanas centrais se estiver disposta a realizar o propósito político a que se dispôs (NUSSBAUM, 2003, p. 1-2).

Isso porque, não sendo assim, a justiça social pretendida, como a justiça de gênero, sempre irá depender da factibilidade de uma mudança nos padrões representativos, interpretativos e comunicacionais historicamente enraizados na cultura de determinados povos, como é o caso da representação social feminina na Índia ou na Arábia Saudita, por exemplo.

Em resumo, portanto, Martha Nussbaum se distancia de Sen fundamentalmente por compreender que não se pode relegar à comunidade, com exclusividade, a tarefa de determinar quais são as capacidades humanas centrais com as quais os indivíduos devem contar, embora reconheça o papel essencial que a sociedade exerce nessa definição.

Por essa razão, avança na matéria e propõe uma lista de dez capacidades humanas centrais que julga corresponder às exigências mínimas da dignidade humana.

1. Vida: Ser capaz de viver até o fim da vida humana de duração normal, sem morrer prematuramente;
2. Saúde corporal: Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; estar adequadamente nutrido; ser capaz de ter um abrigo adequado;
3. Integridade corporal: Ser capaz de se mover livremente de um lugar para outro; de estar seguro de assaltos violentos, incluindo agressão sexual; ter oportunidades para a satisfação sexual e escolha para fins de reprodução;
4. Sentimento, imaginação e pensamento: Ser capaz de usar os sentidos, de imaginar, pensar, e raciocinar - e para fazer essas coisas de forma humana, uma maneira informada e cultivada por uma educação adequada - ser capaz de usar a imaginação e pensamento em conexão com a experiência, e produzindo obras expressivas e eventos autênticos; ser capaz de utilizar a imaginação com garantias de liberdade de expressão com respeito ao discurso político e artístico e à liberdade de exercício religioso, sendo capaz de ter experiências agradáveis e evitar a dor não benéfica.
5. Emoções: Ser capaz de estabelecer vínculos com coisas e pessoas; ser capaz de amar aqueles que amam e cuidam de nós, sendo capaz de sofrer a sua ausência, para experimentar saudade, gratidão e raiva justificada, não tendo, portanto, um emocional marcado ou aprisionado pelo medo ou ansiedade.
6. Razão prática: Ser capaz de formar uma concepção do bem e se envolver em uma reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isto implica a proteção da liberdade de consciência.)
7. Afiliação: Ser capaz de viver com e em relação aos outros, reconhecer e mostrar preocupação com os outros seres humanos e de se engajar nas várias formas de interação social, sendo capaz de imaginar a situação de outro e ter compaixão por essa situação, tendo a capacidade de exercício da justiça e a amizade; ser capaz de ser tratado como um ser digno de quem valor é igual à dos outros.
8. Outras espécies: Ser capaz de viver com preocupação em relação aos animais, plantas, e com o mundo da natureza.
9. Diversão: Ser capaz de rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas.
10. Controle sobre o ambiente: (A) política: ser capaz de participar nas escolhas políticas que efetivamente governam a própria vida, tendo os direitos de participação política, liberdade de expressão e liberdade de associação; (B) material: ser capaz de

manter a propriedade (tanto os imóveis como os móveis), tendo o direito de procurar emprego numa base de igualdade com os outros (NUSSBAUM, 2011, p. 33-34; OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 85-86).

Sen, por sua vez, não reconhece a crítica de Nussbaum, tampouco a adequabilidade de sua lista, esclarecendo à partida que o “compromisso com a autodeterminação e os processos democráticos na filosofia liberal milita contra qualquer especificação do direito ou do bom”<sup>13</sup> (VENKATAPURAM, 2007, p. 99) (tradução nossa).

Para Sen, estabelecer uma lista com capacidades básicas centrais, por mais importantes que elas sejam para a vida humana, implicaria em uma limitação do que as pessoas poderiam ou não poderiam ser e fazer, e a abordagem das capacidades, conseqüentemente, acabaria por violar aquilo que mais pretende proteger: a liberdade.

Por outro lado, o estabelecimento de uma tal lista de capacidades não poderia ter sido realizado se na sua elaboração se tivesse levado em conta o dever de respeito pela pluralidade e incomensurabilidade de múltiplos bens morais (VENKATAPURAM, 2007, p. 99).

Com efeito, não parece que o conjunto de capacidades básicas identificadas por Martha Nussbaum possa ser acusado de veicular um tipo específico de vida boa somente pelo fato de ter sido elaborado por uma pessoa cuja formação cultural está inserida no contexto da civilização ocidental, como de resto também não poderia invalidar-se a especificação de capacidades proposta por alguém cuja formação cultural está ligada ao contexto da civilização oriental.

Sem embargo, o problema não parece consistir no tipo de vida boa ou se alguma visão acerca da vida boa é veicula por essa ou aquela proposta. A questão aparenta ficar melhor colocada quando o seu foco passa a ser o de saber se é possível identificar interesses comuns a toda humanidade cuja proteção valha a pena defender. Ou se não.

Se se reconhece tal possibilidade, então a crítica inevitavelmente tomará a forma de um argumento autorrefutante, já que tanto a proposta ocidental como a oriental sempre cairão na factibilidade de veicular o tipo de vida boa relacionada ao contexto cultural do seu propositor.

Se não se reconhece a possibilidade nem a viabilidade de identificá-los, então não será possível igualmente reconhecer, lembrando Kant (2003, p. 77), que todos os seres humanos possuem uma dignidade comum, e sim que alguns possuem uma dignidade e outros um preço conforme determinem as contingências sociais e culturais das suas sociedades.

---

<sup>13</sup> Versão original: “The commitment to self-determination and democratic processes in liberal philosophy militates against any specification of the right or the good” (VENKATAPURAM, 2007, p. 99).

### **1.3.3 A SAÚDE SEGUNDO A ABORDAGEM *ACTION-THEORETIC* DE LENNART NORDENFELT**

O outro aporte teórico no qual se sustentou Venkatapuram ao propor a saúde como metacapacidade foi a abordagem da teoria da ação proposta por Lennart Nordenfelt.

Nordenfelt inicia a sua proposta de saúde observando que as pessoas somente costumam refletir acerca do significado da saúde quando ela não está presente; quando há em seu lugar, ao contrário, a dor e a inaptidão, as duas percepções humanas mais imediatas a respeito da doença (VENKATAPURAM, 2013, p. 273).

Nordenfelt rejeita a ideia de dor como conceito chave a partir do qual deve ser elaborada a definição cientificamente adequada da saúde. Isto porque nem toda a dor sentida pelos indivíduos, argumenta, provém necessariamente de uma inaptidão mais global, embora a inaptidão possa causar alguma espécie de dor ou a permanência da dor possa conduzir a um quadro de inaptidão (NORDENFELT, 2001, p. 67).

A dor de cabeça, por exemplo, representa verdadeiramente uma sensação de sofrimento e desconforto sentida pelo ser humano, mas não é correto pressupor que a sua existência atesta uma inaptidão cerebral mais ampla, embora possa indicar de forma bastante consistente a existência daquela (VENKATAPURAM, 2013, p. 273).

Para Nordenfelt, a inaptidão é o marco inicial, e ele a define como a noção negativa que pressupõe o conteúdo semântico positivo do seu oposto, a aptidão. Assim, estar saudável passa a representar a ideia de que o indivíduo possui aptidão para realizar certas coisas, e estar doente passa a denotar a ideia de que o indivíduo está inapto para realizar essas mesmas coisas (NORDENFELT, 2001, p. 67).

A partir daí, Nordenfelt passa a questionar quais atividades, e que tipo de atividades, uma pessoa saudável deve realizar (NORDENFELT, 1984, p. 18; NORDENFELT, 2000, p. 80).

Na busca de uma resposta para essa questão, ele concentra sua análise basicamente sobre os objetivos ou intenções visados pelo homem com a realização dessas atividades, o que ele chama de metas vitais. Isto é, Nordenfelt considera que a ação humana é orientada para a concretização de metas vitais, e a resposta para a pergunta acerca de quais atividades uma pessoa saudável deve estar apta a realizar tem que perpassar necessariamente pela investigação acerca do que sejam essas metas vitais (NORDENFELT, 1987, p. 53).

Em vista de proceder a essa especificação, ele afasta por um lado a ideia de que tais metas sejam a satisfação de necessidades básicas. Por outro, também rejeita que a satisfação de desejos constitua esse conteúdo importante.

Ao contrário disso tudo, ele defende a meta vital de um indivíduo como sendo um estado de coisas que é tanto um componente, como de outra forma uma necessidade para uma pessoa viver uma vida minimamente decente, incluindo evidentemente mais do que a mera sobrevivência (VENKATAPURAM, 2013, p. 273).

Recapitulando as ideias principais articuladas até aqui, é possível dizer que uma pessoa é saudável, segundo Nordenfelt, somente se ela tem a aptidão de poder realizar as metas vitais necessárias e suficientes para seu bem-estar mínimo.

De outro modo: “A é saudável se, e somente se, A tem a aptidão, dadas as circunstâncias normais, de realizar suas metas vitais, isto é, o conjunto de metas que são necessárias e conjuntamente suficientes para a sua felicidade mínima”<sup>14</sup> (tradução nossa) (NORDENFELT, 1987, p. 90).

Embora a saúde seja definida por Nordenfelt como a aptidão para realizar metas vitais, a não realização das referidas metas não induz um suposto estado de inaptidão, de doença. Para uma pessoa ser considerada doente, é imprescindível que ela não possua a aptidão de segunda ordem necessária para adquirir a aptidão de primeira ordem para atingir metas vitais (VENKATAPURAM, 2013, 273).

Esta é uma ideia complexa que se torna mais límpida por meio de exemplos.

Imagine que uma determinada pessoa, por exemplo, tenha fraturado uma de suas pernas praticando futebol. Em princípio, a perna fraturada não poderá ser utilizada temporariamente para nada (inaptidão de segunda ordem) e, em razão disso, a pessoa ficará impedida de locomover-se, de praticar esportes dependentes dos membros inferiores (inaptidão de primeira ordem), dentre outras atividades (VENKATAPURAM, 2007, p. 44).

Agora suponha que se essa mesma pessoa, após realizar tratamento médico por algum tempo, recupere-se da fratura e volte a utilizar a perna (aptidão de segunda ordem), voltar a caminhar (aptidão de primeira ordem) dependerá apenas da reaprendizagem de tal atividade (VENKATAPURAM, 2007, p. 44).

---

<sup>14</sup> Versão original: “A is in health if, and only if, A has the ability, given standard circumstances, to realize his vital goals, i.e. the set of goals which are necessary and together sufficient for his minimal happiness” (NORDENFELT, 1987, p. 90).



Em outro contexto, se eventualmente a gravidade da fratura foi de tal modo intensa que a perna dessa pessoa necessitou ser amputada (inaptidão total de segunda ordem), ela jamais poderá voltar a caminhar, pelo menos não do modo convencional, e assim será considerada uma pessoa doente, uma pessoa que não possui a aptidão de segunda ordem (possuir as duas pernas) necessária para adquirir a aptidão de primeira ordem (locomover-se) para concretizar suas metas vitais (VENKATAPURAM, 2007, p. 44-45).

Se, ainda diante desse mesmo contexto, essa pessoa cuja perna foi amputada reaprender a locomover-se utilizando algum instrumento de apoio, ela já não poderá mais ser considerada doente terminantemente, salvo quanto ao período em que esteve reaprendendo a caminhar.

Reconhecer a diferença entre uma inaptidão temporária e outra definitiva é fundamental para compreender-se o estado de saúde ou de doença de um indivíduo.

Isso porque em um primeiro momento a pessoa é considerada inapta e temporariamente doente, mas após receber os cuidados necessários para sua recuperação, a condição de temporária inaptidão deixa de existir tornando-se factível mais uma vez a busca pela realização das metas vitais.

Já na segunda situação, a pessoa é considerada definitivamente doente porque, mesmo recebendo os cuidados necessários para a sua recuperação, perdeu de forma total a possibilidade de utilizar a perna fraturada (inaptidão de segunda ordem absoluta). Essa condição de absoluta inaptidão só deixa de existir caso reaprenda a caminhar com o auxílio de instrumentos.

Com efeito, a intenção de Nordenfelt com a proposição deste esquema é deixar claro que uma pessoa somente pode ser considerada doente quando as suas aptidões para agir são constrangidas e quando, dentro de circunstâncias normais dadas, lhe falta a aptidão para aprender a superar tal constrangimento (VENKATAPURAM, 2007, p. 44-45).

Uma pessoa encontra-se doente temporariamente quando está aprendendo a superar o constrangimento/inaptidão que lhe impede de realizar as suas metas vitais; e está definitivamente doente quando se encontra totalmente impedida de realizar suas metas vitais e impedida de aprender a superá-las.

O indivíduo que perde uma das pernas e não consegue aprender uma nova maneira de locomover-se está definitivamente doente; aquele que perde uma perna, mas reaprende a locomover-se com o auxílio de algum tipo de instrumento não pode ser considerado doente, salvo quanto ao período de aprendizagem.

### 1.3.4 A SAÚDE COMO METACAPACIDADE

A ideia de conceber-se a saúde como uma metacapacidade surge a partir da identificação, por Venkatapuram, de três fraquezas fundamentais e carecedoras de complementação na proposta de Nordenfelt.

A primeira delas refere-se à ausência de especificação de um conjunto de metas ou objetivos vitais a serem concretizados por um indivíduo saudável. É dizer: se a saúde se define como a aptidão ou a habilidade de concretizar metas vitais, quais exatamente são as metas que um indivíduo saudável deve estar apto a realizar?

A avaliação do estado de saúde dos indivíduos depende necessariamente da especificação de um conjunto de metas vitais para as quais estejam aptos a concretizar. Isto é, só se torna possível avaliar o estado de saúde de um indivíduo na medida em que se avalia a sua aptidão para realizar aquele conjunto mínimo de metas vitais determinadas (VENKATAPURAM, 2013, p. 273).

Este é um primeiro ponto.

A segunda questão relaciona-se com cláusula da “*given standard circumstances*” (“dadas as circunstâncias normais”) inserida por Nordenfelt em seu conceito de saúde. Venkatapuram acusa-lhe, quanto a esse ponto, de ter advogado por uma espécie de relativismo social e cultural na sua definição de saúde.

Isso porque se a saúde representa a aptidão de um indivíduo para realizar o seu conjunto de metas vitais em dadas circunstâncias, então o nível de sua realização estará sujeito invariavelmente ao poder de influência dessas circunstâncias.

Quanto mais conflitante forem as suas metas vitais com aquelas circunstâncias, menor será o seu nível de realização, e quanto mais alinhadas com aquelas circunstâncias dadas, maior será o nível de sua realização.

Mais ainda. Se as escolhas que os indivíduos fazem, dependem das opções a si disponíveis em dadas circunstâncias, então a eleição de um conjunto de metas vitais necessariamente será determinada pelo contexto cultural e pelas práticas sociais na qual estão imersos (VENKATAPURAM, 2011, p. 63).

Uma vez que o ambiente padrão ou as normas culturais podem entrar em conflito com a realização das metas vitais dos indivíduos, especialmente daqueles que são socialmente impotentes, as práticas culturais locais ou o status quo não devem ter o poder de

determinação absoluta sobre o conteúdo das metas vitais; ou na determinação de quem pode realizá-los, quando, onde e por quanto tempo (tradução nossa) (VENKATAPURAM, 2013, p. de internet)<sup>15</sup>.

A terceira fraqueza identificada por Venkatapuram refere-se à complicada relação entre as metas vitais e a felicidade mínima dos indivíduos estabelecida por Nordenfelt.

De fato, Nordenfelt afirmou que uma pessoa A somente é saudável se tem a aptidão, dadas as circunstâncias normais, de realizar suas metas vitais, de concretizar o conjunto de metas que são necessárias e conjuntamente suficientes para a sua felicidade mínima.

Ocorre que se uma pessoa tiver estabelecido para si metas vitais humanamente irrealizáveis, a não realização de tais objetivos implicará em infelicidade e, por consequência, fá-la-ia ser considerada doente quando, em verdade, é sã (VENKATAPURAM, 2013, p. de internet).

Basta se pensar, a título de exemplo, no caso do nadador que estabelece como meta vital para si a realização de uma volta ao mundo a nado. É evidente a impossibilidade prática, considerada a limitação da força humana, de realizar-se uma meta tal como esta, e a sua irrealização fá-lo-ia infeliz e, supostamente, doente quando o caso se trata apenas de uma insatisfação de sua parte com uma condição natural dada.

E como Venkatapuram sugere, então, que se solucionem estes três problemas fundamentais apontados no pensamento de Nordenfelt? Integrando esta teoria da saúde com a abordagem das capacidades de Amartya Sen e Martha Nussbaum.

Venkatapuram observa, quanto ao primeiro problema, que a lista das dez capacidades centrais de Nussbaum serve bem ao propósito da necessidade de especificação das metas vitais a serem concretizadas pelos indivíduos saudáveis.

Isso porque a referida lista, argumenta, constitui verdadeiramente um conjunto de capacidades humanas básicas correspondentes às exigências mínimas da dignidade do ser humano.

Por outro lado, observa também que a adoção dessa lista de capacidades como o conjunto de metas vitais lacunoso de Nordenfelt possibilita a superação do problema do relativismo cultural presente em sua concepção de saúde.

---

<sup>15</sup> Versão original: “Because the standard environment, or cultural norms can conflict with the achievement of vital goals of individuals, especially of those who are socially powerless, local cultural practices or the status quo should not have absolute determining power over the content of vital goals; or in determining who can achieve them, when, where, and how long” (VENKATAPURAM, 2013, p. de internet).

Isto é, ao elaborar uma lista contendo dez capacidades centrais das quais todos os indivíduos devem gozar de forma mínima não importa onde estejam, Nussbaum rejeita a possibilidade de que tais capacidades sejam totalmente determinadas pelas práticas e convenções culturais das diferentes sociedades, superando assim o equívoco de Nordenfelt.

Quanto ao último problema, Venkatapuram propõe a substituição da ideia de metas vitais pela noção de capacidades humanas centrais, isso com vista a impossibilitar que a partir dessa transformação teórica um indivíduo saudável venha a ser considerado doente simplesmente porque não logrou realizar uma meta vital humanamente irrealizável.

E assim, após completar as fraquezas e superar os problemas do pensamento de Nordenfelt, sugere que a saúde passe a ser concebida como a capacidade de uma pessoa para realizar as dez capacidades humanas centrais; como uma metacapacidade ou uma capacidade de segunda ordem necessária e indispensável para a realização das capacidades de primeira ordem (as dez capacidades humanas centrais) (VENKATAPURAM, 2013, p. de internet).

O ser humano saudável, para si, é aquele que possui a oportunidade real de poder realizar concretamente todas as dez capacidades humanas centrais; e o doente, ao contrário, é aquele que não possui nem a oportunidade real de poder realizar de modo concreto as dez capacidades humanas centrais nem a oportunidade de poder aprender a superar tal limitação em sua liberdade.

Contrariamente a Venkatapuram, entende-se haver a necessidade de restrição da lista de capacidades a serem realizadas pelos indivíduos como tradução do seu estado de saúde ou morbidez.

E isso por duas ordens de razões. Primeiro, porque a lista de Martha Nussbaum acerca das dez capacidades centrais é bastante extensa para a determinação do estado de saúde de um indivíduo, pois abrange várias condições, circunstâncias e bens que, acaso inexistentes, não farão necessariamente doente um indivíduo saudável – veja-se, por exemplo, o caso da capacidade de participação nas escolhas políticas que efetivamente governam a própria vida.

Depois, adotar-se tal perspectiva implicaria na exata reprodução da falha apontada no conceito de saúde da OMS e que tem a ver com a transformação de variadas questões econômicas, políticas e sociais em condições mórbidas – veja-se, a este título, a capacidade de estar seguro de assaltos violentos, incluindo agressão sexual.

Ora, é preciso ter em conta que a falta de participação política ou a ausência de segurança necessária à manutenção da integridade corporal, embora possam influir de maneira

decisiva no estado de saúde de um indivíduo, não constituem uma capacidade que, acaso inexistente, venha a anotar a condição de morbidez de um indivíduo. E a razão é simples: porque diretamente não têm nada a ver com saúde e doença, e sim com política e direito.

Não se pode dizer que um indivíduo desabrigado encontra-se necessariamente doente em razão de não possuir uma moradia digna; é possível dizer, sim, que as chances de vir a desenvolver uma condição morbígena são maiores devido a sua situação de maior risco social.

Em resumo, é fundamental distinguir o que são questões de saúde e o que são questões políticas, econômicas, jurídicas e sociais influentes sobre o estado de saúde.

Dentro do conjunto das dez capacidades básicas de Martha Nussbaum, é possível identificar as capacidades (oportunidades reais) das quais a pessoa saudável pode se valer para consecução do seu plano de vida e que, inexistindo, denotam o estado de morbidez.

Por razões metodológicas, sumariaremos estas capacidades da seguinte forma:

1. Nutrição: ser capaz de estar bem nutrido, e ter a oportunidade em sentido biológico de poder superar um eventual estado de desnutrição passageira;
2. Locomoção: ser capaz de se mover livremente de um lugar para outro, e ter a oportunidade de poder reaprender a mover-se de modo independente, com ou sem ajuda de equipamentos;
3. Reprodução: ser capaz de se poder reproduzir, e ter a oportunidade de poder reaprender uma nova maneira de se reproduzir em caso de infertilidade temporária;
4. Comunicação: ser capaz de comunicação, e ter a oportunidade de poder reaprender a se comunicar com outros indivíduos, usando ou não todos os sentidos;
5. Raciocínio: ser capaz de pensar e raciocinar, e ter a oportunidade de poder reaprender a utilizar de modo pleno as faculdades mentais necessárias à construção de sentido mental;
6. Emoções: ser capaz de possuir um emocional livre em sentido psiquiátrico, e ter a oportunidade de poder se libertar de traumas e experiências negativas obstaculizantes da saúde psicológica.

Este é o conjunto elementar de capacidades que remanesce decisivo para a determinação do estado de saúde ou morbidez de uma pessoa. Sobre ele, no entanto, três breves registros.

Primeiramente, é preciso ter em conta que a lista de capacidades apresentadas está relacionada a funções que devem ser desempenhadas pelos indivíduos como necessárias a sua manutenção vital em um mundo de partilha e convivência obrigatória, e não a órgãos e estruturas orgânicas.

A ausência de apenas uma das capacidades listadas já é suficiente para denotar o estado de morbidez, a ser temporário conforme consista na impossibilidade de uso imediato de uma capacidade determinada, ou absoluto conforme se anulem as possibilidades de se poder reaprender a utilizar a capacidade em questão.

Depois, é imperioso notar que por estarem relacionadas a funções, as capacidades listadas acabam por levar em conta os múltiplos e diversificados fatores que conduzem tanto a uma impossibilidade imediata e temporária de sua realização (doença temporária), como a impossibilidade de se poder reaprender uma nova maneira de utilizá-las (doença absoluta).

Isto é, a perda da capacidade de estar bem nutrido, assim como a perda da oportunidade de se poder reaprender uma nova maneira de nutrir-se adequadamente tanto podem ser causadas por uma rejeição natural e genética do organismo a determinados tipos de alimentos, quanto pela degradação total do sistema digestivo provocada por uma bactéria encontrada em água não tratada e inadvertidamente consumida.

A perda da capacidade de raciocínio e a perda da oportunidade de se poder reaprender a utilizar de modo pleno a potencialidade cerebral tanto podem ser oriundas de uma doença mental adquirida no decurso do tempo, tal como o mal de Alzheimer, como podem originar-se de um acidente de trânsito provocado por um condutor agressivo.

Em suma, a perda de uma função, não em sentido biológico estrito, mas em um sentido biossocial como se intencionou, pode ocorrer por milhares de motivos, e a listagem das capacidades do modo como configurada procurou atender a esse reclamo que, decerto, já vem sendo pugnado há algum tempo – considerar as questões políticas, sociais, econômicas, culturais e mesmo jurídicas incidentes sobre a qualidade da saúde.

Por fim, é necessário verificar que o conceito de capacidade conjugado com a abordagem de saúde proposta por Nordenfelt tem vindo a significar durante toda esta construção, basicamente, poder realizar-se algumas coisas e ter a ‘oportunidade de poder aprender...’ uma maneira de realizá-las novamente. Ou seja, liberdade.

No caso das capacidades centrais de saúde, como agora passar-se-á a designar aquele conjunto, o não exercício de uma capacidade não representa nem de modo indiciário um suposto

estado de doença de um indivíduo. A bem da verdade, o seu exercício nem sequer é considerado para este efeito, por isso mesmo toda capacidade subsiste como oportunidade.

O que importa para efeitos de determinação do estado de um indivíduo é verificar se lhe falta uma capacidade de saúde, isto é, se tanto não pode executar de modo imediato e temporário algumas das atividades listadas acima como, em caso positivo, se lhe restam anuladas as oportunidades de aprender uma nova maneira de executá-las.

Veja-se a capacidade de comunicação, por exemplo. Não querer-se comunicar com os demais é bastante diferente de ‘não se poder comunicar com os demais’ (doença temporária) e de ‘não se ter a oportunidade de poder reaprender’ (doença absoluta) a comunicar-se novamente com os outros. A doença não está no ‘não querer’, e, sim, no ‘não poder’ e no ‘não se ter oportunidade de poder reaprender’, caracterizados, o primeiro, na impossibilidade imediata de comunicação e, o segundo, no esgotamento absoluto de qualquer nova possibilidade de comunicação.

E isto vale para todas as capacidades, incluindo a própria reprodução e a sua suposta peculiaridade de permitir que os indivíduos anulem completamente a possibilidade de poderem reaprender uma maneira nova de se reproduzir – basta se considerar, a este título, a reversibilidade da vasectomia, o procedimento da fertilização *in vitro* para mulheres já esterilizadas, ou mesmo outros procedimentos alternativos de reprodução exógena como “barriga de aluguel”, etc.

A única circunstância que se deve levar em conta na capacidade de reprodução é que o ‘não poder reproduzir-se’ pode ser ocasionado voluntariamente, o que não pode ser interpretado como sinal de uma condição mórbida.

## **1.4 ADQUIRIDOS**

Partindo-se da concepção de saúde como metacapacidade, é possível extrairmos dois adquiridos. Um primeiro, relacionado com o nosso olhar sobre o significado real do conceito de privação de saúde. Um segundo, relacionado com a nossa proposta de distinção entre doença e enfermidade.

### **1.4.1 SAÚDE E DESENVOLVIMENTO: Um novo olhar sobre a privação**

A garantia de acesso a bens ou recursos, independentemente do conteúdo ou forma assumidos, de modo algum representa incremento imediato na vida que as pessoas levam, e essa é uma preocupação muito mais ampla de Sen, como de alguma forma restou evidente com a assimilação da ideia de desenvolvimento com crescimento ou incremento econômico no âmbito da economia (SEN, 2000, p. 21).

Se o objetivo do desenvolvimento é promover alguma espécie de aumento da riqueza da qual cada indivíduo é detentor, e se isso de fato importa para a melhoria da qualidade das suas vidas, o que explica a maior longevidade dos cidadãos consideravelmente mais pobres do Gabão, Sri Lanka, ou China em relação aos seus semelhantes mais ricos do Brasil ou África do Sul (SEN, 2000, p. 21-21)?

Se a riqueza deve ser tomada assim como um item de importância intrínseca na vida das pessoas, como explicar que indivíduos notoriamente mais ricos não possam desfrutar de uma vida mais longa e melhor?

Essa é uma questão capital no pensamento de Amartya Sen e que de fato parece romper com um paradigma equivocado a respeito da noção de desenvolvimento e da noção de pobreza.

Ora, se a vida de uma pessoa constitui uma combinação de vários ‘seres’ e ‘fazeres’ (funcionamentos), e se os seus desejos e vontades desempenham papel fundamental na determinação de quais funcionamentos para si são importantes, então a tarefa do desenvolvimento consiste em expandir a liberdade (oportunidade) real de concretização do estilo de vida que lhe resulte mais valioso (SEN, 2000, p. 19-21; ABEL, FROHLICH, 2012, p. 240; BATISTA, SCHRAMM, 2005, p. 136).).

Em termos de conceitos rigidamente cerrados, é possível dizer que a tarefa do desenvolvimento é propiciar uma expansão do conjunto de vetores de funcionamentos (conjunto capacitório) que uma pessoa tem a seu dispor para escolher conforme o seu projeto de vida, independentemente de ter escolhido um e rejeitado os demais.

Com efeito, estando bem definido que a tarefa do desenvolvimento é conceder mais liberdade aos indivíduos, então também parece ser adequado e igualmente necessário considerar que o indispensável processo de tomada de decisão deva ser justo, equitativo e sem interferências externas (SEN, 2000, p. 19).



É dizer, a liberdade precisa ser satisfeita não só quanto à oportunização da possibilidade de escolha e realização de um estilo de vida especialmente valioso; é imprescindível que a tomada de decisão acerca do melhor caminho a ser seguido também seja livre de interferências externas, e esse é um aspecto tão importante quanto o outro (SEN, 2000, p. 19).

Não adianta aumentar a possibilidade que um indivíduo tem de poder concretizar o seu desejo de ser médico ou advogado, por exemplo, se os seus genitores lhe obrigam invariavelmente a seguir a carreira militar, como também não adianta lhe possibilitar ser um oficial militar, caso queira, se não possui o serviço básico estatal para ingressar na carreira.

De certo modo, essa é uma ideia que revela a percepção de Sen segundo a qual a liberdade desfrutada pelas pessoas na sociedade é dependente e condicionada às influências das disposições sociais, econômicas e culturais, e, portanto, promover o desenvolvimento representa corrigir ou aperfeiçoar os processos e oportunidades da liberdade em todos esses segmentos da vida que interferem em nossa liberdade.

Por essa razão, Sen considera que a liberdade desempenha duas funções principais no processo de desenvolvimento (SEN, 2000, p. 55).

Uma primeira função, chamada de função constitutiva, carrega consigo a ideia segundo a qual a liberdade desfrutada por uma pessoa, e a expansão dessa liberdade, constitui a própria finalidade do processo de desenvolvimento. Ou seja, a liberdade representa um valor intrínseco fundamental na vida de uma pessoa, e assim a expansão dessa liberdade é o que justifica a reflexão acerca do papel do desenvolvimento (SEN, 2000, p. 55-56).

Uma segunda função, chamada de função instrumental, traduz a ideia de que a liberdade das pessoas também constitui o principal caminho para o desenvolvimento. Isto é, uma liberdade específica, quando articulada com outra, pode produzir uma expansão considerável da liberdade mais ampla de um indivíduo (SEN, 2000, p. 55-56). Basta se pensar, a este título, que a posse de renda (liberdade econômica) quando articulada com a oportunidade do estudo (oportunidade social) pode constituir um instrumento crucialmente importante para retirar uma pessoa do estado de desnutrição ou de doença.

A tarefa do desenvolvimento, portanto, não se resume em somente expandir a liberdade mais ampla e geral de uma pessoa; as liberdades instrumentais necessitam ser ampliadas para, quando articuladas, também promoverem aquele objetivo maior.

Mas a pergunta que fica é: afinal de contas, o que significa a pobreza?

Assim como restou claro que a ideia de desenvolvimento não pode estar associada à de crescimento econômico, a ideia de pobreza ou privação social também não pode estar relacionada com a ideia de falta de recursos econômicos.

A razão é intuitiva: o incremento da riqueza das pessoas não é independente do seu preparo para convertê-la em boa vida. Parece que mais adequado é entender a pobreza, então, como uma privação de capacidades, isto é, como uma privação de oportunidades para escolher e poder mudar concretamente de vida (SEN, 2000, p. 114-119).

Esta é uma mudança de pensamento que tem impacto profundo sobre a ideia de saúde e privação em saúde que se pretende defender daqui em diante.

Isto porque, se a saúde deve ser assimilada como uma espécie de metacapacidade, e a doença deve significar um obstáculo tanto à oportunidade de poder concretizar as capacidades centrais de saúde como à oportunidade de poder aprender um modo de superar esse limite imposto, a privação de saúde somente existirá quando o motivo fundamental de não superação da limitação for de ordem necessariamente extraorgânica.

O indivíduo que deixa de possuir a oportunidade real (metacapacidade) de poder concretizar as demais capacidades centrais de saúde encontra-se temporariamente doente. O indivíduo que deixa de possuir a oportunidade de poder aprender uma maneira de superar tal limitação encontra-se absolutamente doente.

A doença somente se torna um problema social quando restam completamente anuladas, por motivos extraorgânicos, as oportunidades que um indivíduo possui de poder aprender uma maneira de superar a *metaincapacidade* que lhe impede de concretizar as suas capacidades centrais de saúde.

Em um conceito sistemático, poder-se-ia dizer que a privação de saúde consiste, portanto, em uma ausência de oportunidade de poder se prevenir de doenças e enfermidades e manter o bom funcionamento das capacidades centrais de saúde, quanto uma ausência de oportunidade de se poder aprender a superar uma determinada limitação fisiológica, isto tudo por motivos não relacionados ao organismo ou à vontade individual.

#### **1.4.2 DOENÇA *VERSUS* ENFERMIDADE**

A doença e a enfermidade, pelo menos na perspectiva defendida nesta pesquisa, são conceitos distintos, embora intimamente relacionados e vinculados.

No que concerne à doença, o conceito estabelecido deixou claro tratar-se de um obstáculo à oportunidade de poder concretizar capacidades centrais de saúde e, simultaneamente, à oportunidade de poder-se aprender uma maneira de superar este limite. A enfermidade, ao contrário, identifica-se com uma ideia mais restrita de patologia ou disfunção biológica como é costumeiramente utilizada na prática médica.

Em verdade, essa é uma distinção que deve ser necessariamente percebida pelo agente público, seja por ocasião do desenho das políticas sociais de saúde, seja por ocasião da delimitação legislativa dos serviços públicos a que deve o Estado se obrigar no campo da saúde.

Isto porque o indivíduo portador de uma enfermidade que possui a oportunidade de poder aprender, caso queira, uma maneira de superar os efeitos deletérios e impeditivos ocasionados por uma patologia não se encontra, rigorosamente falando, doente.

Basta se pensar, a este título, em casos como o de Stephen Hawking, ilustre físico inglês que, portador da gravíssima esclerose lateral amiotrófica, aprendeu uma nova maneira de viver e acabou por desenvolver parte considerável do seu pensamento já em uma fase avançada e consolidada da enfermidade. Ou, ainda, no caso do indivíduo portador de HIV que passa a ter a possibilidade real de poder concretizar as suas demais liberdades básicas como qualquer outra pessoa se receber a devida assistência de saúde.

Pensemos a partir do seguinte exemplo, então.

Imagine-se que determinado indivíduo, professor universitário renomado, seja portador de uma grave enfermidade rara que afeta o funcionamento dos seus rins de modo a impedir-lhes de filtrar adequadamente as impurezas do seu sangue.

Imagine, também, que esse mesmo indivíduo possui renda suficiente para custear os medicamentos necessários dos quais precisa e o Estado do qual é nacional também fornece tratamento gratuito de hemodiálise para os portadores de doença hepática, fatores que lhe permitem ter a oportunidade de poder concretizar, caso queira, as demais capacidades básicas apontadas por Nussbaum como necessárias para levar-se uma vida razoavelmente adequada.

Suponha, no entanto, que um tratamento bastante dispendioso destinado à cura total dessa enfermidade passe a ser oferecido no mercado, e que esse indivíduo não tenha condições de custeá-lo e nem o Estado do qual é nacional preveja a sua inclusão nos protocolos clínicos da rede de saúde pública.

Em uma situação como esta, a atuação do Estado deve estar voltada para a eliminação e erradicação da enfermidade no organismo do indivíduo, ou deve estar restrita à garantia e

disponibilização dos cuidados de saúde suficientes a que se possa aprender uma maneira de superar a limitação fisiológica imposta pela enfermidade?

Ou, colocando de outra maneira, o dever do Estado reside em garantir a própria saúde ou somente os mecanismos necessários a sua proteção ou restabelecimento em caso de doença?

Este é um questionamento interessante que, ao cabo, merece uma resposta negativa.

Isto porque se a atuação política do Estado no planejamento das ações sanitárias estiver voltada para a eliminação e erradicação da enfermidade no organismo de um indivíduo, então os serviços públicos e as obrigações assumidas no campo das prestações deverão ser tanto mais abrangentes quanto mais necessário se fizer para remoção dessa enfermidade; perspectiva potencialmente perigosa para a manutenção financeira dos demais serviços sociais.

E aí, seguindo-se essa perspectiva, no caso do exemplo retratado, o Estado tanto deverá custear a cura da enfermidade hepática sofrida pelo indivíduo quanto deverá providenciar a sua posterior inclusão nos protocolos de tratamento da rede de saúde pública, hipótese também válida para o caso dos portadores de HIV.

Tendo-se claro, no entanto, que a doença é quem deve constituir o marco de referência desta atuação – muito embora não faça parte do núcleo do direito, como já veremos –, então os serviços públicos oferecidos passam a encontrar limites nas exigências de sustentabilidade fiscal e equilíbrio orçamental.

Veja-se que eleger a doença como referencial não implica considerar o Estado também obrigado a erradicá-la nos casos em que se tornou absoluta; implica somente que deva dispensar os recursos necessários a aliviar, ou mesmo, se possível neutralizar a debilidade intrínseca percebida pelo indivíduo nesta condição, isso conforme o conceito de doença que se estabeleceu mais acima.

Em um contexto como este, portanto, a oferta de serviços de hemodiálise e de cuidados médicos mais amplos já se torna suficiente para garantir que o indivíduo enfermo tenha a oportunidade real de poder aprender uma maneira de superar as limitações impostas pelo mau funcionamento dos seus rins, conforme o exemplo.

Ora, não se pretende sustentar com esta distinção a restrição dos cuidados de saúde somente aos indivíduos que se encontram doentes com necessária exclusão dos que se encontram enfermos – se assim fosse, as ações de prevenção de saúde cujo alvo são mesmo os indivíduos saudáveis restariam inevitavelmente injustificadas.

Em verdade, perceber a diferença conceitual e substancial entre a doença e a enfermidade encontra fundamento na necessidade de recuperar-se a noção elementar de que ao Estado não é dado, por notória impossibilidade fática, garantir a própria saúde, no que vai descambar essencialmente se tiver suas ações voltadas para a erradicação da enfermidade no organismo dos indivíduos.

Quer dizer, se eventualmente do conteúdo do direito à proteção da saúde se extraia o conceito de enfermidade como referência principal para a atuação estadual, então no caso do HIV, o Estado estará tanto ou mais comprometido com a busca por uma cura quanto com a sua imediata disponibilização.

Se a doença passa a constituir esta referência, embora, refiramos novamente, nem doença e nem enfermidade integrem o núcleo do direito, então a tarefa do Estado passa a se dar por exaurida quando disponibilizados os meios necessários a possibilitar-se a superação da limitação imposta, isso para o indivíduo temporariamente doente, e à amenização dos efeitos debilitantes do estado de doença, para o indivíduo absolutamente doente.

## **CAPÍTULO II - QUADRO DE UMA DOGMÁTICA DO DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: diálogos com a Constituição Portuguesa**

Se o título de um trabalho em geral funciona como anúncio antecipado do discurso a figurar no interior da obra, com *O Conteúdo Constitucional do Direito à Proteção da Saúde* o leitor desde logo tem revelada a nossa intenção com a referida redação – uma construção dogmática que é muito mais do que direito a prestações.

Com efeito, o pressuposto geral de qualquer especificação teórica de prestações de saúde a que esteja obrigado o Estado a fornecer por força de norma constitucional deve proceder, antes, de um mesmo estudo teórico do direito fundante, assim como, do mesmo modo, o estudo do direito às prestações não deve esgotar ou tentar resumir a totalidade do conteúdo da norma.

Neste segundo capítulo, portanto, tendo já definido adequadamente o bem jurídico que se quer proteger, intencionamos dar tratamento a outros tantos aspectos dogmáticos relevantes dos quais as prestações de saúde constituem apenas um dos temas, tendo na Constituição Portuguesa de 1976 uma interessante e constante interlocutora.

### **2.1 A SAÚDE COMO METACAPACIDADE: significado e consequências para o Direito**

Como restou assentado anteriormente, entender a saúde como uma metacapacidade significa compreendê-la mais do que mera ausência de doença, significa assumi-la, essencialmente, como uma aptidão para realizar certas coisas, uma habilidade para realizar certas funções de carácter biossocial necessárias à liberdade dos indivíduos.

Uma capacidade central de saúde é funcional em sentido biossocial porque dependente de um determinado funcionamento do organismo que somente se projeta e adquire sentido em um mundo de partilha e convivência necessária – basta se pensar na falta de sentido biossocial da comunicação, da emoção ou da reprodução para um indivíduo isolado.

Nestes termos, proteger a saúde passa a significar, segundo esta perspectiva, uma proteção jurídica em sentido amplo às funções (capacidades) biossociais da *nutrição, locomoção, reprodução, comunicação, raciocínio e emoções*; funções que são dependentes de certo funcionamento do organismo, mas que se projetam e só adquirem sentido porque essenciais à concretização de planos de vida em um mundo de partilha e convivência humana obrigatória.

Quer dizer, a proteção jurídica destas funções, destas capacidades de saúde, isto por meio de subdireitos de defesa, de proteção e de promoção, representa uma concessão extraorgânica indispensável dos meios necessários a que os indivíduos possam manter seu organismo minimamente apto para a consecução de projetos de vida.

Isto significa, portanto, que o conteúdo do direito se esgota quando estas funções encontram-se protegidas, nem mais nem menos. É dizer, o conteúdo do direito, esquadrinhado em subdireitos de proteção, defesa e promoção, realiza-se quando o Estado logra garantir os meios indispensáveis à guarita destas funções biossociais.

Esta é uma mudança que produz consequências.

Isso porque, primeiramente, significa a retirada da ideia de doença e de enfermidade do núcleo do direito, isto é, a doença ou a enfermidade deixam de ter significação jurídica, deixam de fazer parte integrante do núcleo fundamental do direito.

É dizer, para a saúde como metacapacidade, o direito à proteção da saúde não se satisfaz com a total proteção do organismo contra a ocorrência de doenças ou enfermidades; o conteúdo se realiza quando o Estado disponibiliza os meios indispensáveis a que o indivíduo aprenda a superar uma determinada limitação fisiológica incidente sobre uma das suas capacidades centrais de saúde (doença temporária), ou a que consiga aliviar os efeitos deletérios de uma doença absoluta.

Sem embargo, retirar o conceito de doença e de enfermidade do conteúdo do direito à proteção da saúde significa eliminar qualquer possibilidade de se exigir do Estado uma total e absoluta proteção contra a morbidez e, ao final, contra a própria morte; excluir a doença e enfermidade do núcleo do direito, isto por meio da especial concepção de saúde como metacapacidade, significa simplesmente assinalar que ao Estado compete tanto proteger as capacidades centrais de saúde quanto garantir que os indivíduos tenham condições de reaprender a utilizá-las em caso de doença temporária, ou, ainda, que tenham condições de amenizar as dificuldades em caso de doença absoluta.

Por outro lado, considerar o conceito de doença uma referência para a elaboração das políticas de saúde não implica em incluí-lo no núcleo do direito. Em verdade, denota tão somente uma própria exigência da essência deste direito, que passa a considerar a doença não mais como condição humana a ser evitada através da juridicidade, mas como condição balizadora da ação política oriunda da própria juridicidade.

Em outros termos: se o núcleo do direito exige um determinado comportamento estatal; se este comportamento realiza-se quando disponibilizados os meios indispensáveis à proteção das capacidades centrais de saúde; e se esta proteção perfaz-se no plano prático na figura de políticas sociais e de *subdireitos*, tem-se então que a ação política do Estado deve limitar-se à disposição pública dos meios necessários à garantia da prevenção, manutenção e recuperação das capacidades centrais de saúde dos indivíduos, ou, em uma trágica hipótese, da suavização dos efeitos negativos de uma doença absoluta.

Esta é uma ideia que repercute profundamente sobre a noção de privação de saúde.

Ora, se a noção de privação de saúde exprime a ideia de uma ausência de oportunidade de poder-se prevenir e manter o bom funcionamento das capacidades centrais de saúde, quanto de poder-se aprender a superar uma determinada limitação fisiológica ou de suavizar os efeitos de uma doença absoluta, isto por motivos não relacionados ao organismo ou à vontade individual, tem-se então que garantidos os meios indispensáveis à garantia destas funções biossociais por força do compromisso constitucional não há que se falar em privação.

Isto é, se o Estado simplesmente realiza o conteúdo do direito à proteção da saúde nos termos que aqui têm sido colocados, conseqüentemente também terá solucionado o problema da privação.

Mais uma vez é importante recordar que ao Estado não é dado garantir a própria saúde ou uma proteção absoluta contra a ocorrência de doenças ou enfermidades; sua tarefa como entidade política limita-se tão somente à garantia pública de meios de proteção, significando isto que dele não se poderá exigir, pelo menos judicialmente, além do que este conteúdo nuclear comporta.

Em suma, assumir o direito à proteção da saúde como um direito à proteção jurídica ampla das capacidades centrais da *nutrição, locomoção, reprodução, comunicação, raciocínio e emoções* significa expressar a garantia importante, porém limitada, da intervenção do Estado nestas relevantes questões de vida e morte.

## **2.2 CARACTERÍSTICAS DOGMÁTICAS GERAIS**

Embora com leves diferenças na doutrina, é possível dizer que um quadro dogmático acerca de direitos fundamentais compõe-se, em geral, dos seguintes temas: a) Fundamentalidade formal e material; b) Princípios fundantes; c) Racionalidade objetiva e subjetiva; d) Eficácia e



aplicabilidade; e) Sujeitos da norma; e, f) Justiciabilidade. Em nossa proposta, acrescentamos mais estes três: a) Obrigações gerais do Estado; b) Subdireitos; e, c) Reservas condicionantes.

### **2.2.1 LOCALIZAÇÃO TOPOGRÁFICA**

Um dos primeiros problemas que se costuma levantar em qualquer obra dedicada ao direito constitucional ou a uma teoria geral dos direitos fundamentais relativamente aos direitos sociais, cinge-se em torno da sua jusfundamentalidade e das problemáticas decorrências jurídicas que um reconhecimento como este provocariam no ordenamento e na *práxis* (NOVAIS, 2010a, p. 75).

Se, de fato, tal questionamento parece fazer sentido em países como Alemanha e Estados Unidos, onde o legislador constitucional expressamente recusou essa fundamentalidade formal, em países como Portugal, Brasil, Espanha<sup>16</sup> e Argentina<sup>17</sup> essa discussão perde sentido, muito embora a fórmula de constitucionalização seguida por estes dois últimos países possa colocar em dúvida algumas das consequências jurídicas que no contexto luso-brasileiro não se verificam (NOVAIS, 2010a, p. 71; BASTIDA, 2009, p.138; SAGÜÉS, 2007, p. 652-653).

Com o tópico da localização topográfica pretende-se, portanto, situar o referido direito na estrutura e no sistema da Constituição intencionando conferir ao leitor a indispensável noção de espaço na ordem jurídica luso-brasileira.

#### **2.2.1.1 FUNDAMENTALIDADE FORMAL**

O direito à saúde está assentado no artigo 6º, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, cumulado com a indispensável complementação e destrinchamento levada a efeito pelos artigos 196, 197, 198, 199 e 200, inclusos no Título VIII –

---

<sup>16</sup> A Constituição espanhola de 1978, por exemplo, muito embora constitucionalize expressamente alguns dos direitos sociais verificados no direito brasileiro e português, o faz no Capítulo III, Título I, sob o signo de “Principios Rectores de la Política Económica y Social”, fazendo crer tratarem-se de normas programáticas quando sua estrutura é mesmo a de direitos subjetivos públicos (WILHELMI, 2009, p. 54-55).

<sup>17</sup> Na Argentina, por exemplo, alguns dos direitos sociais autonomamente reconhecidos em Constituições como a do Brasil e a de Portugal são reconhecidos como subdireitos decorrentes de direitos mais amplos. Este é o caso do direito à proteção da saúde, sobre qual se tem pronunciado tanto a doutrina quanto a jurisprudência como sendo um direito integrante do núcleo essencial do direito à vida (SAGÜÉS, 2007, p. 652).

Da Ordem Social, Capítulo II – Da Seguridade Social, Seção II – Da Saúde, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Juntos, traduzem para a sociedade e para comunidade jurídica a seguinte mensagem do legislador constituinte: a saúde constitui direito social fundamental de todos – e daí se explica a inexistência de distinção com os direitos fundamentais individuais e coletivos –, cuja aplicabilidade e exigibilidade são imediatas (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 19).

Dizem mais: a saúde é dever do Estado, e se realiza por meio de políticas públicas econômicas e sociais a cargo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, todos igualmente responsáveis (DALLARI, 2008, p. 15).

O Sistema Único de Saúde (SUS), sobre o qual adiante se falará um pouco mais, é consequência prática desse dever, e consubstancia o subsetor público que intermedia a concretização das políticas públicas econômicas e sociais na área, compondo ao lado do subsetor privado e do subsetor de saúde complementar o sistema de saúde brasileiro.

Distintamente da equivocada expressão utilizada pelo constituinte brasileiro, a Constituição da República Portuguesa registra em sua 64<sup>a</sup> cláusula um direito à *proteção* da saúde, e afirma constituir também um dever de todos os portugueses.

Sua localização topográfica no Título III – Direitos e Deveres Econômicos, Sociais e Culturais, Capítulo II – Direitos e Deveres Sociais da Carta da República de Portugal revela opção pela mesma metodologia adotada pelo constituinte brasileiro: a proteção da saúde como direito fundamental social.

“Este particular corpo político comprometeu-se a não deixar ao abandono as pessoas doentes, no artigo 64<sup>o</sup> do texto que procura estruturar a sua mundividência (a Constituição de 1976)”, resultando desse compromisso jurídico um direito à proteção da saúde realizável através de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) universal, geral e, a depender das condições financeiras dos cidadãos, tendencialmente gratuito (RAIMUNDO, 2013, p. 140).

### **2.2.1.2 FUNDAMENTALIDADE MATERIAL**

Muito embora a textualidade expressa da Constituição seja um dado importante a se considerar na verificação da fundamentalidade de um direito fundamental em relação ao qual se levantam dúvidas, cláusulas como a constante no artigo 16, 1, da Constituição portuguesa ou

como a do artigo 5º, § 2º da Constituição do Brasil revelam a insuficiência desta informação para a conclusão de fundamentalidade ou não de determinada norma constitucional.

Com efeito, tem sido acentuado no contexto da doutrina constitucional luso-brasileira que a noção de fundamentalidade material inerente e necessária ao reconhecimento de um direito fundamental insinua que o conteúdo deste direito deva ser “decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade” (CANOTILHO, 2013, p. 379), isto é, que deva fazer parte de um núcleo axiológico-normativo essencial sobre o qual se assenta situada comunidade político-social.

Se assim o é, então na determinação do sentido jurídico-constitucional da fundamentalidade material de um direito não basta somente considerar a importância singular do bem jurídico por si tutelado; é necessário considerá-lo como uma relevância no quadro das opções fundamentais do constituinte (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 268).

Quer dizer, a fundamentalidade material de um determinado direito se afere não só pela importância que possui para a vida das pessoas; é necessário também que se consiga perceber, dentro de um quadro de múltiplas necessidades e recursos limitados, a consideração recebida pelo Estado e pela comunidade acerca de sua relevância.

Isto não implica que somente se considere fundamental o direito assim positivado pela Constituição, mais uma vez. Ao contrário, a fundamentalidade formal nada mais é do que o reconhecimento estatal expresso, e posterior, de que aquele bem jurídico é considerado importante e merecedor de destacada proteção.

Ora, assim sendo, a fundamentalidade material do direito à proteção da saúde, em seu especial sentido de direito à proteção jurídica ampla das capacidades centrais da nutrição, locomoção, reprodução, comunicação, raciocínio e emoções, decorre mesmo de ser considerado parte integrante de um núcleo axiológico-normativo fundamentante do ideal político, jurídico e social da comunidade luso-brasileira.

Ou seja, dentre as várias necessidades e os poucos recursos – e por necessidades não se entenda somente a carência por prestações materiais<sup>18</sup> – a comunidade político-social luso-brasileira considera a proteção da saúde um bem de imediata e imperiosa relevância, constitutivo e/ou fundamental à determinada realização axiológica comunitária, e por essa razão exige o seu

---

<sup>18</sup> “O direito a liberdade de contratar não custa menos que o direito à assistência médica, o direito à liberdade de expressão não custa menos que o direito à moradia digna. Todos os direitos fazem reivindicações sobre o erário público” (tradução livre) (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 15).

especial tratamento nas respectivas ordens jurídicas nacionais. Aí se encontra a sua fundamentalidade.

### **2.2.2 PRINCÍPIOS FUNDANTES**

O direito à proteção da saúde, como todo e qualquer direito fundamental, também é informado por princípios gerais da ordem jurídica e por princípios próprios que lhe especificam o conteúdo. Desde logo pelo seu referente e fundamentante princípio da dignidade humana. Mas por outros também, como os princípios da socialidade, da segurança, certeza e proteção da confiança, do Estado de Direito, etc.

Dentre todos os princípios possíveis de serem elencados, e por isso não se trata de uma lista exauriente do sentido axiológico da cláusula constitucional, privilegamos o tratamento dos princípios que exercem maior influência ou que estão mais ligados na/à conformação constitucional atual do referido direito, sejam eles gerais ou específicos.

Ei-los, antes com uma brevíssima nota: embora alguns princípios aqui elencados também possam se verificar como vetores jurídico-axiológicos dos subsistemas públicos de saúde tanto do Brasil como de Portugal, a leitura deles que se propõe está remetida à própria norma constitucional.

Nestes termos, tenha o leitor em conta que se tratam de princípios considerados informadores da própria norma jusfundamental, e não de um seu qualquer aspecto como é a previsão de um serviço de saúde público.

#### **2.2.2.1 UNIVERSALIDADE**

O conteúdo normativo-axiológico do princípio da universalidade informador do regime geral dos direitos fundamentais diz que, quanto a estas tutelas ou garantias jurídicas, toda pessoa física ou jurídica é sua titular e pode livremente exercê-la nos termos da constituição ou das condições específicas do bem jurídico protegido.

O direito à proteção da saúde, como direito fundamental social que é, também não pode ter sua titularidade recusada a ninguém, a despeito de se permitir o estabelecimento de condições de exercício diferentes conforme o critério nacionalidade. Assim, nacionais ou estrangeiros,

independentemente da condição de regularidade dessa estadia em território brasileiro ou português, são seus titulares (SARLET, 2012, p. 277; CANOTILHO, 2013, p. 416).

Isto significa, por exemplo, que o direito à proteção da saúde, não se esgotando no subdireito a receber do Estado determinadas prestações materiais, pode ser perfeitamente exercido por todas as pessoas naturais situadas no território brasileiro ou português para a defesa das suas capacidades centrais de saúde.

A possibilidade hipotética de acionamento das autoridades públicas ou judiciárias para garantia de um consumo de água potável adequada à saúde humana, por exemplo, seja o agressor um particular ou o próprio poder público, não depende da condição de legalidade ou regularidade da estadia do estrangeiro. É possível, sim, admitirem-se outras condições para exercício deste subdireito que não as verificadas para os nacionais ou estrangeiros regulares, e desde que isso não implique em desproteção ou subproteção.

O mesmo raciocínio vale também para o específico subdireito a receber prestações materiais de saúde, seja para fins de proteção, seja para fins de promoção da saúde. Isto é, o nacional e o estrangeiro, estando ou não em condição regular no território brasileiro ou português, também podem exigir que lhes sejam prestados cuidados de saúde necessários à uma proteção ampla das suas capacidades centrais de saúde (BARRA, 2012, pp. 427-428).

É possível, sim, condicionar o acesso ao sistema (cobrando-se taxas de utilização, por exemplo) ou reservar algumas das prestações de saúde previstas somente aos nacionais (garantindo somente cuidados de urgência e emergência, por exemplo), desde que isso não importe em prejuízo, desproteção ou proteção insuficiente das capacidades centrais de saúde do estrangeiro – neste caso do estrangeiro irregular, em virtude da equiparação geral de estatutos entre estrangeiros e brasileiros e estrangeiros e portugueses (ESTORNINHO; MACIERINHA, 2014, p. 53).

Conclui-se, portanto, que o princípio da universalidade informa o conteúdo do direito à proteção da saúde para anotar que os subdireitos de defesa, proteção *stricto sensu* e promoção nele compreendidos não se diferenciam quanto aos titulares, sendo lícito constitucionalmente diferenciarem-se as condições do seu exercício entre nacionais e estrangeiros, e, quanto aos últimos, somente em relação aos estrangeiros irregulares.

### 2.2.2.2 GENERALIDADE

Se a universalidade é o princípio que conforma o âmbito subjetivo do direito à proteção da saúde para determinar a sua titularidade, a generalidade, a seu turno, remete para o âmbito objetivo do referido direito intencionando moldar a extensão da proteção conferida pela norma, isto é, a amplitude da sua abrangência.

Como de resto já ficou em algum sentido esclarecido no tópico inicial deste segundo capítulo, com o agora princípio da generalidade tem-se que tanto a condição de sanidade quanto a de morbidez estão cobertas pela proteção em sentido amplo proporcionada pela referida norma constitucional, e, relativamente à condição de morbidez, nenhuma doença ou enfermidade poderá deixar de receber a devida e adequada tutela jurídica.

Isto é, pelo princípio da generalidade, tanto o indivíduo saudável quanto, principalmente, o indivíduo doente ou enfermo devem receber a respectiva proteção em sentido jurídico amplo proporcionada pela norma constitucional, o que, mais uma vez, não se resume somente ao recebimento de prestações materiais de cuidados, embora para o indivíduo doente ou enfermo este subdireito adquira maior relevância.

Duas notas merecem destaque sobre este tema.

Em primeiro lugar, considerar que nenhuma condição de saúde ou de morbidez possa estar desprotegida não significa assegurar uma proteção total e absoluta de modo a que a consequência final seja mesmo a garantia da eternidade vital. A cláusula constitucional em espécie garante uma proteção à saúde, uma proteção às capacidades centrais da saúde segundo propôs-se, e não a própria saúde ou uma proteção total contra a ocorrência da morbidez.

Depois, considerar que nenhuma doença ou enfermidade possa deixar de receber a devida e adequada tutela jurídica não significa um seu retorno ao conteúdo nuclear do direito em sinal de clara contradição com a posição defendida alhures.

Tal assertiva expressa, tão somente, a não limitação da proteção jurídica somente à doença, em seu pretendido sentido de *obstáculo à oportunidade de poder concretizar capacidades centrais de saúde e, simultaneamente, à oportunidade de poder-se aprender uma maneira de superar este limite*, com inevitável desconsideração da enfermidade.

### **2.2.2.3 IGUALDADE: sentido geral e sentidos específicos**

O princípio da igualdade, também fundamentante da norma constitucional de proteção da saúde, se projeta em seu conteúdo por meio de três sentidos distintos, sendo um geral e dois específicos.

No sentido geral, distinguem-se dois momentos claros de perfazimento ou concretização da igualdade. O primeiro deles, prévio, é a igualdade na criação da lei, que tem no criador do direito seu principal destinatário.

Com efeito, é necessário que o legislador, em uma dimensão formal, confira o mesmo tratamento jurídico para todos aqueles que se encontram no mesmo patamar segundo o critério eleito para a produção da igualdade; e que propicie, já em uma dimensão material, a equalização real corretora das distorções verificadas em um contexto dado (CANOTILHO, 2013, p. 426-430).

Em verdade, sua tarefa é dar o tom formal e material necessário para que a norma, ao menos na perspectiva legal, como manda a boa técnica legislativa, atenda as exigências de racionalidade da igualdade – trata-se do que se tem denominado por igualdade na lei e igualdade através da lei, respectivamente.

Um segundo momento de concretização da igualdade também é ventilado pela doutrina. Trata-se, agora, de dar efetividade à norma criada, de dar-lhe aplicação. Não por outra razão diz-se que esse momento é o da igualdade na aplicação do direito criado (CANOTILHO, 2013, p. 426).

Em termos simples e diretos, o executor da norma deve aplicá-la sem considerar agora as peculiaridades pessoais e as condicionalidades que atuam sobre a necessidade dos seus destinatários. O momento de ponderar acerca de particularidades individuais e de dar-lhes o tratamento normativo adequado já passou.

Ao executor da norma cabe tão somente aplicá-la aos seus destinatários, sem se prender com aspectos relativos às suas individualidades. Trata-se, pois, de conferir à norma igualadora a formalidade posterior necessária para que tenha vida no seio social.

Em outro lado, nos sentidos específicos, a igualdade informa o direito social à proteção da saúde para nele diferenciar dois tipos de igualdade incidentes sobre os subdireitos de caráter prestacional em que se esmiúça.

Principia, pois, com uma igualdade de acesso ao sistema, nomeadamente de acesso ao subsistema público de saúde. Isto significa que a lei ou regulamento, elaborada de modo a garantir idêntico tratamento jurídico a todos os que se encontram no mesmo patamar, e projetada à promoção de uma correção real das distorções verificadas em um contexto dado, deve assegurar que todas as pessoas possam ter acesso igualitário ao sistema público de cuidados conforme condições e critérios diferenciadores legalmente previstos.

Quer dizer, a igualdade de acesso ao sistema de cuidados não significa a possibilidade de busca deste sistema de qualquer maneira. Sendo diferentes as necessidades e as características de cada grupo de pessoas, o acesso também deve verificar-se diferenciado.

Não viola o princípio da igualdade, portanto, a lei ou regulamento que estabelece critérios diferenciados de acesso ao sistema público de saúde conforme características particulares de cada grupo de pessoas – basta se pensar, para este efeito, que o acesso de indígenas ao sistema público de saúde no Brasil não se realiza ao modo “urbano”.

Depois, desponta também uma igualdade no acesso às prestações de saúde. Isto significa que, dentro de um rol de prestações legalmente previstas, todos têm direito de acessá-las também de acordo com critérios e condições diferenciadas legalmente previstas e, no caso, desde que haja uma recomendação clínica também específica.

Isto é, sendo distintas as necessidades clínicas individuais, e as características do indivíduo tomado como exemplar de uma categoria de pessoas – jovem, criança, neonato, etc. –, tem-se que todos têm direito a receber as prestações de saúde previstas em lei, mas o têm conforme os critérios de diferenciação dos grupos e das condições clínicas particulares.

Disto decorre, em primeiro lugar, afora a necessidade de criação de um pacote básico e geral de serviços, a necessidade de criação também de pacotes de serviços de saúde categoriais – o exemplo da saúde indígena permanece bastante ilustrativo. Depois, em segundo lugar, o direito a receber uma determinada prestação de saúde somente torna-se exigível se, e somente se, houver uma necessidade clínica individual a exigir.

Em outros termos: a igualdade de acesso às prestações de saúde não implica ou não intenciona uma igualdade em prestações, ou o estabelecimento de uma métrica terapêutica de modo a considerar-se que um indivíduo deve receber uma tal prestação porque o seu semelhante a recebeu. Não se trata disso. Este direito a receber exatamente a mesma prestação só desponta se, atendidas as condições de acesso àquele conjunto de prestações conforme se ache o indivíduo



inserido no grupo de pessoas por ela abrangido, o sujeito apresentar a mesma necessidade clínica que o seu semelhante.

Tem-se, deste modo, que a igualdade de acesso às prestações de saúde significa uma igualdade na possibilidade de recebê-las, e não uma igualdade em prestações.

#### **2.2.2.4 PROPORCIONALIDADE**

A proporcionalidade funciona no âmbito do sistema constitucional luso-brasileiro ora como um princípio informador da ordem jurídica, ora como postulado de interpretação dos atos do poder público e do direito vigente. Seus dois sentidos básicos têm sido tanto o de vedar o excesso e a imoderação, seja pública ou particular, quanto a desproteção ou a proteção deficitária (MENDES; BRANCO, 2014, p. 270-272).

Decanta-se em três subprincípios de realização progressiva e concomitante: *a) adequação, conformidade ou aptidão* – a indicar um juízo de idoneidade técnica acerca da possibilidade de alcançar-se o resultado esperado a partir do meio eleito; *b) necessidade, exigibilidade ou indispensabilidade* – a indicar um juízo de comparação de medidas destinado a apurar o meio menos gravoso/restritivo e mais eficaz; e *c) proporcionalidade em sentido estrito* – a indicar um juízo de comparação entre meios e resultados a fim de apurar-se “as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (CANOTILHO, 2013, p. 269-270).

A proporcionalidade se aplica tanto em seu sentido de vedação do excesso, quanto em seu sentido de proibição de proteção deficitária, embora esteja normalmente associada ao primeiro sentido.

Assim, também para a interdição de subproteção deverá ser verificado: 1) se a medida adotada ou prevista está mesmo apta a proteger o bem tutelado; 2) se existe meio de proteção mais eficiente e menos interventivo em bens de terceiros; e, 3) “se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 342).

Como informadora do direito à proteção da saúde, afora essa aplicação geral orientadora tanto da análise do excesso quanto da subproteção, a proporcionalidade também implica um sentido específico de sustentabilidade financeira das prestações que decorrem deste conteúdo

constitucional. Isto é, também se exige, quanto a este subdireito, uma proporcionalidade entre a exigência das prestações e os gastos com a sua manutenção.

Assim, a despeito de funcionar como um princípio informador da ordem jurídica vigente, e também como um postulado de interpretação dos atos do poder público, com o direito à proteção da saúde a proporcionalidade adquire este outro significado: necessidade de compatibilização da quantidade, qualidade e eficiência das prestações de saúde com a exigência de estabilidade financeira do sistema e do Estado.

### **2.2.2.5 DEMOCRACIA OU PARTICIPAÇÃO POPULAR**

À democracia ou participação popular, como princípio estruturante e fundamentante dos Estados consolidados do Brasil e de Portugal, costuma-se atribuir um significado que radica no sentido de processo pluralístico a ideia segundo a qual “el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan ser atribuidos a El” (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 47).

Esta noção complexiva pode também ser sintetizada pela famosa fórmula de Lincoln, segundo a qual a democracia traduz uma organização e exercício do poder *do povo, pelo povo e para o povo*. É dizer que o Estado de direito democrático assenta na soberania popular, expressa pelas vias representativas ou participativas, na conformidade com os direitos fundamentais do povo, designadamente os políticos e na actuação segundo o interesse geral da população (VALE, 2007, vol. II, p. 444).

O princípio da democracia não representa uma alegoria ou adereço qualquer no quadro do constitucionalismo português, como também não o é para o sistema constitucional brasileiro. Antes de mais, traduz um sentido jurídico-constitucional de democratização de diferentes estruturas de poder e diversos segmentos da vida económica, social e cultural (AMARAL, 2012, p. 194).

Como princípio informador do Estado e da sociedade, a democracia implica para o direito fundamental à proteção da saúde a exigência de participação popular na “organização e funcionamento dos serviços e na definição das políticas do sector” (VALE, 2007, vol. II, p. 445).

É dizer: a saúde é um processo que já na sua raiz traz uma matriz democrática importante. Assegurar a criação de espaços e momentos de debate acerca da organização, funcionamento e distribuição dos serviços e recursos, promovendo assim a ampliação e

intensificação da participação dos personagens envolvidos, é tarefa garantida pelo conteúdo constitucional do direito à proteção da saúde.

### 2.2.3 SUJEITOS

Historicamente sempre prevaleceu na doutrina constitucional a ideia segundo a qual o Estado seria o primeiro e único sujeito passivo dos deveres de respeito, proteção e promoção decorrentes dos inúmeros direitos fundamentais consagrados nos sistemas jurídicos que ao longo da história se fizeram vigentes.

Por fundadas e justificadas razões, esta concepção permanece válida, embora não mais com este sentido. O Estado permanece constituindo o principal receptor dos comandos derivados das normas de direitos fundamentais, mas não o único.

Como decorrência de uma dimensão/racionalidade jurídico-objetiva das normas consagradoras de direitos fundamentais, a comunidade em geral e todos os seus segmentos econômicos, políticos e sociais também integram o polo passivo destes comandos, no que estão obrigados, portanto, a respeitar, proteger e promover a saúde (GAMEIRO, 2014, p. 219).

Este dever geral de respeito, proteção e promoção aos quais todos estão submetidos não alcança, entretanto o próprio sujeito individual, a fundar “um dever jurídico de se curar” no caso de adoecimento e a violar um essencial *subdireito à autonomia da vontade* (LOUREIRO, 2003, vol. II, p. 800).

Como refere João Loureiro, a “regra é, entre nós, a liberdade de se curar ou não curar, de consentir ou recusar tratamentos médicos”, de modo que, excepcionadas “as hipóteses de transmissibilidade da doença, em que, no limite, pode haver um internamento compulsivo de perigo, há um direito a consentir ou a recusar tratamentos” (LOUREIRO, 2003, vol. II, p. 799).

Assim, os sujeitos passivos destinatários dos deveres jurídicos impostos pela norma limitam-se às figuras do Estado e da sociedade, esta a traduzir evidentemente a globalidade de pessoas naturais e jurídicas viventes em seu espaço.

Do lado ativo, o direito à proteção da saúde vocaciona uma titularidade individual ou individualizável<sup>19</sup>. É dizer, o primeiro e imediato interessado na satisfação dos subdireitos em

---

<sup>19</sup> Sobre a titularidade dos direitos sociais a prestações, Vieira de Andrade aponta para a necessidade, tendo em conta o contexto de crise presente, de uma sua ressignificação ou retorno às origens, de modo a voltarem a significar

que se esmiúça a proteção da saúde é o próprio sujeito particular, individual. Mas nada exclui a possibilidade de pessoas coletivas também o serem, e isto “independentemente de a sua atribuição se poder fazer em razão da pertença a uma categoria ou a um grupo ou de o seu exercício se poder fazer colectivamente” (NOVAIS, 2010a, p. 47).

Em suma, a titularidade do direito à proteção da saúde é individual, embora, em razão de uma evidente instrumentalidade aos indivíduos, não se exclua a possibilidade de também ser coletiva.

#### **2.2.4 RACIONALIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA**

A ideia de que normas instituidoras de direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção que tanto vincula a atividade do Estado quanto obriga-o a impedir que tais direitos sejam vulnerados nas relações privadas já é noção sedimentada, embora relativamente recente (RIBA; CODERCH, 1997, p. 94).

A esta característica das normas consagradoras de direitos fundamentais refere, por exemplo, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha em seu artigo 1º, 1 (ALEMANHA, Parlamento Federal Alemão, 2011). Bem por isso, aliás, é que a histórica decisão prolatada pela Corte Federal Constitucional alemã no caso *Lüth* permanece paradigmática a respeito do tema (MENDES, 2012, p. 116).

O sentido essencial que marca tal construção gira em torno da percepção segundo a qual os direitos fundamentais constituem princípios básicos da ordem constitucional, um sistema de valores precipitados em normas jurídico-constitucionais cujo efeito mais notório reside na irradiação e vinculação de toda a estrutura do Estado e da sociedade ao comando que carrega (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 153).

É dizer: ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos acresceu-se seu valor como peça indispensável do ordenamento constitucional em que assenta o Estado Democrático de Direito (HESSE, 2009, p. 33).

Disto decorre, então, que a racionalidade objetiva dos artigos 6º e 196 da Constituição do Brasil, e 64º da Constituição Portuguesa, assenta-se no reconhecimento da intrínseca e axiológica normatividade da proteção da saúde como um valor objetivo fundamental da

---

verdadeiros direitos de *carência*, isto é, direitos “de todos os que precisam, quando precisam e na medida em que precisam”, posição com a qual também nos alinhamos (ANDRADE, 2015, p. 33).

comunidade luso-brasileira, valor este a ser protegido e prestigiado pelo Estado e por todos os segmentos da sociedade civil.

Isto é, a proteção da saúde passa agora, com o atual sistema constitucional luso-brasileiro, a vincular o espaço e o agir estatal, como também a impedir a liberdade irrestrita do indivíduo (GAMEIRO, 2014, p. 219).

Esta é uma mudança que projeta desdobramentos.

Com efeito, constituindo valor objetivo da comunidade, verdadeiro direito transindividual, a proteção da saúde principia a irradiar por todo o ordenamento os efeitos jurídicos típicos de uma cláusula constitucional de direito fundamental.

Como consequência, tem-se, agora, que o referido direito passa não só a legitimar “restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente”, como também a contribuir “para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes” (SARLET, 2012, p. 185).

Depois, passa a desempenhar também um papel dirigente em relação à atividade do Estado. Isto é, a autoridade estadual fica obrigada a proteger permanente e preventivamente à saúde, não só policiando os seus próprios atos, mas também cuidando para que os particulares ou mesmo Estados estrangeiros não o vulnerarem (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 297).

Por outro lado, da racionalidade objetiva do direito fundamental à proteção da saúde decorre ainda o seu caráter de parâmetro interpretativo para o controle de constitucionalidade das normas e atos do poder público. É dizer, ainda que seja de todo óbvio o fato de toda norma constitucional perspectivar-se em parâmetro de controle da Constituição, é na racionalidade objetiva deste direito que se radica tal possibilidade (SARLET, 2012, p. 186).

Com um sentido específico, a racionalidade jurídico-objetiva do direito à proteção da saúde desdobra-se ainda em uma outra significação para, partindo dela, justificar

[...] a imposição de diversos deveres de proteção ao Estado, efetivados não apenas por meio da edição de normas penais, mas também por meio de normas e medidas diversas nas áreas da vigilância sanitária, da tutela do consumidor, da proteção do trabalhador e de outros grupos sociais (v.g., dos idosos e das crianças e dos adolescentes), assim como na esfera ambiental (SARLET, 2013, p. 4529).

Se a racionalidade objetiva constitui um lado desta *moeda*, a racionalidade subjetiva constitui o outro. Com efeito, esta perspectiva subjetiva do direito à proteção da saúde tem sido

tema dos mais espinhosos e mais controvertidos para aqueles que se dedicam ao estudo dos direitos sociais.

Isto porque o reconhecimento da proteção da saúde como direito subjetivo, em especial o reconhecimento do subdireito a obter-se do Estado prestações materiais, atrelado a um subsistema público deficitário e a uma falta de determinação de critérios precisos de julgamento em matérias atinentes a este tema tem propiciado, no Brasil, um alarmante crescimento do fenômeno assim chamado de “judicialização da saúde”.

Por essa razão, parte reticente da doutrina passou a questionar a possibilidade de se considerar um direito fundamental social, como o é a proteção da saúde, verdadeiro, efetivo e exigível direito subjetivo.

A controvérsia dogmática atual subjaz, então, nestes termos: o direito à proteção da saúde consiste em um direito subjetivo constitucionalmente garantido – a precipitar todas as consequências jurídico-constitucionais próprias de um reconhecimento como este –, ou, ao contrário, se trata apenas de mera expectativa de direito – ante a sua anunciada concretização “mediante políticas sociais e econômicas”?

Um primeiro ponto a se considerar na busca de uma resposta a esta questão tem a ver com a necessidade de se distinguir e determinar o que significa um *enunciado sobre direito* e um *enunciado sobre proteção*, ou, de outra maneira, o sentido necessário de um *direito a algo* e o sentido essencial de um *direito à proteção judicial de algo* (ALEXY, 2008, p. 184-190).

Como bem referiu Sarlet, o significado corrente de direito subjetivo tem correspondido, no âmbito da dogmática constitucional, à “possibilidade do titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 295).

É dizer, a ideia de *direito à proteção judicial de algo* tem esgotado todo o significado jurídico-constitucional de direito subjetivo, e isto é um equívoco.

Com Alexy tem-se que o significado normativo de se *ter direito à proteção da saúde* (“a tem um direito a G”) é completamente diverso do significado normativo de se *ter direito à proteção judicial do direito à proteção da saúde* (“a pode alegar a violação do seu direito a G por meio de uma demanda judicial”). E isto pela razão simples de se tratarem de direitos *a algo* diversos (ALEXY, 2008, p. 187).

É dizer: o direito de demandar judicialmente, embora instrumental e indispensável à concretização de outros direitos fundamentais, constitui norma jusfundamental com objeto próprio e existência autônoma; consubstancia exatamente o *direito a provocar (direito a algo)* a jurisdição por meio de um processo judicial a fim de alegar a violação de um *direito a algo*.

Por assim ser, a noção de direito subjetivo não se pode esgotar apenas e tão somente num *direito à proteção judicial* que, embora necessário, não satisfaz a finalidade prática de garantia de vantagem, lucro ou utilidade típica de outros direitos subjetivos, como se tem no caso da proteção da saúde (ALEXY, 2008, p. 186).

Mas esta não é a única razão.

A este fundamento técnico-normativo acresça-se outro mais, também com Alexy: a interdição de justiciabilidade a determinadas normas instituidoras de direitos fundamentais não acarreta, ou não implica, o desaparecimento destes mesmos direitos fundamentais estatuídos por estas normas (ALEXY, 2008, p. 190).

O fato de se ter uma maioria de direitos subjetivos garantidos pelo também direito subjetivo à tutela judicial não significa que todas as normas instituidoras de direitos subjetivos devam assim ser garantidas, e isto não implica na supressão da sua qualidade de direito subjetivo.

Com efeito, é perfeitamente possível que determinado direito subjetivo seja assim reconhecido pelo ordenamento sem que isto implique, à luz do sistema constitucional, no correspondente reconhecimento da sua justiciabilidade. Seja porque esta própria justiciabilidade é incompatível com a sua estrutura normativa e com o papel por si desempenhado, seja porque o ordenamento simplesmente lhe recusa tal garantia (ALEXY, 2008, p. 190).

Não por outra razão é que se reputa ser um equívoco considerar que a anunciada concretização “mediante políticas sociais e econômicas” retiraria do direito à proteção da saúde sua qualidade de direito subjetivo para fazê-lo dele apenas miragem de direito, mera expectativa.

O enunciado normativo da cláusula constitucional 196 da Constituição brasileira não deixa dúvidas: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”; isto é, tem-se a indiscutível determinação do direito de *B* à proteção da saúde em face do Estado e da sociedade em geral (ALEXY, 2008, p. 184).

Tudo isto para, diante deste quadro e longe de se ter pretendido pôr fim à controvérsia dogmática há tempos instaurada, reconhecer no direito à proteção da saúde, como *direito*

*fundamental completo* e abrangente de inúmeros outros subdireitos fundamentais, a categoria dogmática de direito subjetivo (ALEXY, 2008, p. 248).

### 2.2.5 EFICÁCIA E APLICABILIDADE

Ao tratamento do tópico relativo à eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais tem procedido a doutrina de maneiras distintas e com diversos modelos classificatórios. Existem abordagens baseadas, por exemplo, em *self-executing* e *not self-executing rules*, como concebe Thomas Cooley; em normas de eficácia plena e eficácia limitada, proposta de Vezio Crisafulli; em normas de eficácia direta e indireta, ideia de Zagrebelsky; em normas de eficácia plena, contida ou ilimitada, clássica proposição de José Afonso da Silva; em normas de organização, definidoras de direito e programáticas, idealização de Luís Roberto Barroso; e muitas outras cuja referência agora se faz impossível (TAVARES, 2012, p. 114-122).

Dentre todos os modelos citados, e outros mais cuja recordação não se tornou factível, é possível observar que nenhum deles poderia ser aplicado corretamente à norma consagradora do direito à proteção da saúde a ponto de permitir a sua exata taxação como uma norma programática, ou como uma norma *self-executing*, ou, ainda, como uma regra constitucional definidora de direito ou de organização.

Com efeito, já se disse em outras passagens que uma das principais peculiaridades do direito fundamental à proteção da saúde, senão talvez a principal, reside no fato de, não se esgotando somente em um direito ao recebimento de prestações materiais, esmiuçar-se e detalhar-se em distintos outros subdireitos para satisfação total das funções de defesa, proteção ou promoção de si esperadas.

Isto significa que, conforme as peculiaridades da situação prática em que invocado, e as características próprias do subdireito em que perspectivado, o direito à proteção da saúde poderá ser reconduzido a uma ou a outra categoria normativa segundo o modelo adotado.

Quer dizer, conforme se ache invocado na situação prática sob a figura de um subdireito de defesa qualquer, ou conforme se ache invocado sob a figura de um subdireito de promoção, tanto poderá ser classificado como uma norma de eficácia plena, ilimitada e aplicabilidade direta e imediata, como não. É de todo sem efeito uma abordagem que intenciona precisar com pretensão de definitividade a eficácia e aplicabilidade do direito à proteção da saúde considerado em sua globalidade.



Uma proposta tecnicamente adequada deve determinar a eficácia e a aplicabilidade do direito à proteção da saúde conforme as situações prático-problemáticas a que é convocado a regular e conforme os subdireitos em que se perspectiva para resolução destas anteriores questões.

### **2.2.6 JUSTICIABILIDADE**

A justiciabilidade bem poderia enquadrar-se como um subdireito oriundo do conteúdo constitucional do direito à proteção da saúde, como bem pode ser definida e tratada também na forma de uma característica dogmática geral. As razões que conduziram à preferência deste modo de abordagem àquele, ou outro possível, são de fácil intuição: nem todos os subdireitos em que se esmiúça a cláusula 196 da Constituição brasileira são justiciáveis.

Com efeito, restou bem assentado no tópico relativo à racionalidade do direito à proteção da saúde que o seu reconhecimento como um direito subjetivo integral, aí se incluindo obviamente todos os subdireitos em que se discrimina, não precipitava o igual reconhecimento da sua integral justiciabilidade. Era e permanece sendo perfeitamente possível ter-se a existência e a consagração de direitos subjetivos sem haver uma necessária correspondência com a garantia de justiciabilidade.

Assim, retomando esta conclusão e a desenvolvendo na linha do raciocínio empregada no tópico anterior, tem-se que a determinação de uma justiciabilidade global do direito à proteção da saúde é igualmente equivocada e impossível, pois nem todos os subdireitos em seu conteúdo previstos estão cobertos por esta garantia – o direito à organização de um subsistema público de saúde é exemplo disto.

Isto quer dizer que alguns subdireitos, como o subdireito à informação sobre o próprio estado de saúde, ou o subdireito a receber as prestações materiais de saúde previstas em lei ou regularmente concedidas, são justiciáveis, são exigíveis mediante uma demanda judicial concreta dirigida ao Poder Judiciário, e outros subdireitos, nomeadamente os subdireitos a prestações normativas ou a criação de estruturas, não.

Em suma, na linha da conclusão extraída quanto à eficácia e aplicabilidade, tem-se que a aferição da justiciabilidade do direito à proteção da saúde deve se dar à luz do exame concreto de cada subdireito no qual o seu conteúdo ou as suas intenções normativas podem perspectivar-se.

## **2.3 OBRIGAÇÕES GERAIS DO ESTADO**

O direito à proteção da saúde, como direito fundamental social estruturante dos Estados Democráticos de Direito em que se assumem Brasil e Portugal, não esgota seus efeitos somente na relação jurídica triangular que estabelece entre indivíduo, entidade política e sociedade. Instaura também um vínculo de direito internacional público com a comunidade de Estados soberanos e organismos internacionais.

Isto se deve ao fato de a proteção da saúde estar designada em inúmeros tratados internacionais como um direito humano juridicamente vinculante e obrigatório – vejam-se, nomeadamente, os artigos 25º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 12º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e as demais disposições constantes na Constituição da Organização Mundial da Saúde (LOUREIRO, 2008, p. 49-50).

Isto significa que estes tratados, como outros documentos jurídicos internacionais voluntariamente ratificados, implicam obrigações legais aos Estados-partes (deveres de respeito, promoção e proteção) e ensejam as suas responsabilizações no caso de vulneração dos direitos que enunciam (HUNT, 1998, p. 131-133).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, produto do processo de “juridicização” da Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi ratificado pelo Brasil em 1991, e por Portugal em 1978. Dele decorrem dois deveres gerais para ambos os Estados em relação à proteção da saúde: uma obrigação de realização progressiva e um compromisso com a definição de um nível mínimo de realização (MAZZUOLI, 2010, p. 875).

### **2.3.1 REALIZAÇÃO PROGRESSIVA**

De fato, a dimensão material que implica no dever do Estado em garantir um conjunto de bens essenciais por meio de prestações juridicamente exigíveis resulta, para os direitos sociais, o seu aspecto normativo mais sobressalente, embora, como já se pôde reforçar, não constitua o único, e não constitua o único com implicações diretas sobre o erário público.

A verdade é que a sua razão de existir, a justificar inclusive o papel principal de si esperado no conjunto da ordem constitucional e internacional, tem sido mesmo a de tornar

juridicamente garantido, por meio de um complexo processo de desmercadorização levado a cabo pelo Estado, o acesso e o usufruto de bens essenciais dependentes de recursos econômicos.

Aliás, a peculiaridade dos direitos sociais, sublinhou-se atrás, reside mesmo no fato de tornar rígido e inflexível, por meio da linguagem privilegiada do direito, o acesso e o gozo de bens necessariamente dependentes de condições econômicas favoráveis, o que se tem no direito à proteção da saúde com ares de dramaticidade.

Tendo esta peculiaridade em conta, nomeadamente o impacto direto que estas obrigações provocam no orçamento interno dos países, muitas vezes até com a promoção de mudança no perfil dos gastos públicos, manda o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que os Estados realizem os direitos sociais em geral e o direito à proteção da saúde, em específico, de maneira progressiva, implementando ao longo do tempo as medidas necessárias à realização prática das suas funções amplas.

Vale dizer, o Estado

[...] deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (art. 2º, § 1º, do Pacto) (PIOVESAN, 2013, p. 243) verificar se é transcrição da norma.

Com efeito, a progressividade implicada no núcleo desta obrigação não tem o seu significado jurídico referido a uma mera promessa de realização diluída no tempo e destituída de conteúdo prático efetivo. Não. Até para que isto não ocorra, impõe o Pacto a obrigatoriedade de os Estados “apresentarem relatórios sobre as medidas adotadas e sobre os progressos realizados com o objetivo de assegurar a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais” (RAMOS, 2014, p. 138; MACHADO, 2013, p. 407).

A progressiva realização significa que o direito à proteção da saúde concretiza-se na medida da evolução técnica, econômica e legislativa do próprio Estado. Isto é, se realiza na proporção do desenvolvimento econômico do país, que suportará os custos imediatos com o financiamento do direito; do desenvolvimento técnico da ciência, que fabricará os meios e métodos de realização do direito (novas tecnologias, novos estudos jurídicos ou sociológicos, etc.); e do desenvolvimento legislativo do Estado, que absorverá gradualmente estes meios e métodos de realização e os compatibilizará, em termos legais, às forças do seu orçamento.

Em resumo, portanto, realizar progressivamente o direito à proteção da saúde significa adotar em tempo razoável as medidas necessárias e possíveis, de acordo com o nível de desenvolvimento econômico e científico do país, indispensáveis à sua efetiva e prática realização.

### **2.3.2 DEFINIÇÃO DE UM NÍVEL MÍNIMO DE REALIZAÇÃO**

Se o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possibilita que os Estados realizem o direito à proteção da saúde de modo paulatino por ter em consideração as já citadas dificuldades de implementação imediata, nem por isso autorizam um total descomprometimento com algum nível de realização (PIOVESAN, 2013, p. 244).

Isto implica que, no quadro de escassez relativa de recursos, o Estado está obrigado a considerar as necessidades econômicas oriundas do reconhecimento e incorporação constitucional dos direitos sociais no momento de destinação das verbas públicas, a fim de ver atendidas minimamente algumas das suas exigências.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem ainda enfatizado o dever de os Estados-partes assegurar, ao menos, o núcleo essencial mínimo, o *minimum core obligation*, relativamente a cada direito econômico, social e cultural enunciado no Pacto. O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos econômicos, sociais e culturais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandado absoluta urgência e prioridade (PIOVESAN, 2013, p. 244)

Em termos de direito à proteção da saúde, este mínimo envolve, segundo o *Fact Sheet* n° 31 da Organização das Nações Unidas: 1) o direito de acesso aos serviços, aos bens e aos estabelecimentos de saúde sem discriminação, com especial atenção para os grupos vulneráveis; 2) o acesso a alimentos essenciais mínimos aptos ao consumo e suficientes à boa nutrição; 3) o acesso a uma moradia, a serviços de saneamento e abastecimento de água potável adequados; 4) o acesso a medicamentos essenciais; e, por fim, 5) o direito à distribuição equitativa dos estabelecimentos de saúde, dos serviços e bens (ONU, 2008, p. 25).

Este é o quadro, ao final, que se tem relativamente às obrigações gerais do Estado em relação ao direito à proteção da saúde.

## **2.4 SUBDIREITOS OU FACULDADES COMPONENTES DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DA SAÚDE**

Um estudo que tome como problema de investigação principal a delimitação do conteúdo constitucional de direitos sociais deve adotar como indagação de partida a questão de saber se a dimensão prestacional típica destes tipos de direitos exaure ou não exaure todo o seu significado normativo.

Este questionamento, e a resposta que a ele tem sido dirigida, tornou-se uma interrogação insistente e quase obsessiva desde o início deste trabalho, como certamente já pôde observar o leitor.

E a razão para tanto é relativamente simples: se a garantia de acesso a determinados bens materiais dependentes de recursos econômicos exaurir todo o significado jurídico dos direitos sociais, descabe então perscrutar por algum conteúdo normativo mais complexo destes direitos. Quando muito fará sentido investigar o tipo, limites, critérios e perspectivas da própria prestação em que traduzir-se-á o direito social.

Desde o início assumimos a hipótese de que a *prestacionalidade* própria do direito à proteção da saúde não esgota todo o seu sentido e conteúdo jurídicos. É muito mais do que isso. Decanta-se em outras múltiplas faculdades ou subdireitos que ora são instrumentais à concretização da dimensão prestacional principal, ora são subdireitos autônomos referidos à intenção prática vislumbrada pelo direito como um todo.

Nas próximas oito seções, portanto, encontrará o leitor em cada uma os subdireitos em que reconhecemos decantar-se o conteúdo do direito à proteção da saúde. Com uma última nótula: os subdireitos apresentados abaixo são aqueles que consideramos decorrer diretamente do próprio conteúdo do direito à proteção da saúde em seu estágio atual, de modo que, por esta razão, eventuais modificações legislativas ou constitucionais posteriores podem vir a alterar esta lista que de maneira nenhuma intenciona a exaustividade de um elenco possível.

### **2.4.1 SUBDIREITO À EDUCAÇÃO EM SAÚDE**

Como pôde observar o nosso leitor, o tema do primeiro capítulo desta investigação fora integralmente dedicado à apresentação de uma concepção de saúde que pusesse em destaque, de

alguma maneira, a íntima relação entre o estado de saúde de uma pessoa e o seu nível de educação, de renda, de nutrição. Assentou-se, basicamente, que o gozo de um bom estado de saúde é produto da qualidade experimentada pelos indivíduos em outros importantes domínios da sua vida.

Já agora neste segundo capítulo, entre os muitos aspectos dogmáticos acentuados, ressaltou-se a modificação normativa que também passou a considerar o indivíduo como destinatário do dever jurídico de autoprotoger a sua condição de sanidade, de agir em benefício da sua autoconservação.

É, pois, neste quadro que o subdireito à educação em saúde passa a assumir papel relevante. A dupla pretensão de ter-se, de um lado, um indivíduo juridicamente responsável pela sua própria condição de sanidade, e, de outro, a redução dos gastos com o subsistema público de saúde perpassam, antes, pela necessidade de dotar a sociedade da educação necessária à escolha de modos e hábitos de vida saudáveis (BARBOSA, 1987, p.173).

O subdireito à educação em saúde quatro significados principais, sendo os dois primeiros mais gerais e os dois últimos mais específicos (artigos 196 e 64 das Constituições do Brasil e de Portugal, respectivamente).

O primeiro deles consiste em um direito à recepção de conhecimentos sobre modos, hábitos, práticas e comportamentos em geral, espécie de código de posturas e de modos de vida saudáveis dos quais necessitam estar dotados os indivíduos especialmente para fins de prevenção e não propagação de enfermidades.

O segundo, como o outro lado da moeda, consiste no direito à transmissão de conhecimentos relativos às práticas e aos procedimentos cientificamente comprovados, e a outros mais que resultem benéficos a partir das práticas e conhecimentos tradicionais (SILVA, 2005, p. 255).

Este subdireito à educação em saúde, portanto, não só garante o aprendizado e o ensino; assegura também, embora com algum controle, os próprios conteúdos que são ensinados. Deve haver aqui a especial valorização do ensino e da aprendizagem de conhecimentos tradicionais relativos ao tema, desde que precedidos por algum tipo de certificação da sua eficácia pelo Estado.

Em seus sentidos mais específicos, o subdireito à educação em saúde compreende a garantia de investigação científica e de divulgação dos conhecimentos produzidos (SILVA, 2005, p. 255).

[...] no que respeita à pesquisa clínica, a Lei Orgânica da Saúde acrescenta ao elenco das diretrizes estabelecidas constitucionalmente os princípios da “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” e, também, do “direito à informação sobre sua saúde”. Ela determina, igualmente, que todas as esferas de poder político do sistema sanitário se responsabilizem pela “definição e controle dos padrões éticos para pesquisa”, em articulação com entidades da sociedade (Lei n. 8.080, arts. 79, III e V e 17, XVII) (DALLARI, 2005, p. 20).

Já no que toca ao subdireito de propagação dos conhecimentos produzidos, está compreendida não só a garantia de livre divulgação e circulação de obras científicas, mas, também, o direito a receberem-se todos os incentivos necessários a esta divulgação, como auxílios ou subvenções voltadas para esta finalidade.

O subdireito à educação em saúde traduz em seus quatro significados principais, antes de mais, uma relevante faculdade posta em benefício da sociedade, dado o significado social e a atenção ao interesse público primário que manifesta.

#### **2.4.2 SUBDIREITO À INFORMAÇÃO EM SAÚDE**

De par com o subdireito à educação segue o subdireito à informação em saúde (artigos 5º, XIV, e 37 das Constituições do Brasil e de Portugal, respectivamente). De fato, os subdireitos à educação, à informação e à participação constituem o núcleo das condições jurídicas fundantes de um exercício responsável e cidadão do direito à proteção da saúde como um todo.

Com efeito, não é possível pretender-se uma sociedade e um Estado juridicamente comprometidos com a realização do direito à proteção da saúde sem que, antes, tenha-se essa mesma sociedade suficientemente educada, informada e participante. A literatura produzida sobre o assunto já deu conta do vínculo umbilical entre estes três domínios e da sua relação com a cidadania.

Assim como o subdireito à educação, a informação em saúde também não se exaure em um único significado. Possui, a bem da verdade, uma intrínseca complexidade normativa e desempenha no âmbito do ordenamento múltiplas funções, razão pela qual cumpre distinguir os diversos sentidos de que se reveste.

Primeiramente, é necessário identificar na informação em saúde o sentido de subdireito à *informação geral*, como refere Juan Pemán Gávin. Este sentido de subdireito à informação geral designa o conjunto de informações administrativas sobre os serviços e prestações sanitárias oferecidas, os requisitos e modos de utilização exigidos, os direitos e obrigações envolvidos, etc., das quais os indivíduos devem estar dotados a fim de orientar sua atuação (GÁVIN, 2001, p. 107).

Trata-se do subdireito de receber informações que permitem ao indivíduo ter condições de saber como atuar, quando atuar, a quem procurar, como e quando exigir as prestações e serviços oferecidos, e quais as obrigações para as quais deve prestar obséquio. Neste significado, tanto está compreendida a esfera pública, a relação indivíduo-Estado, quanto a esfera privada, a relação indivíduo-particular produtor de cuidados de saúde com fins lucrativos ou não.

Em segundo lugar, também cumpre reconhecer um direito à informação sobre *riscos e procedimentos clínicos*. Este conjunto de informações, que desde logo não se limitam à relação médico-paciente, mas é amplo suficiente para abranger a relação ‘profissionais de saúde-paciente’, constitui o conjunto básico de explicações que o indivíduo em condição de morbidez precisa possuir para consentir com as intervenções terapêuticas e médicas sobre o seu organismo (LEÓN, 2009, p. 17).

Segundo indicação de Eduardo Santos, trata-se do conjunto de informações relativas às múltiplas opções terapêuticas (não só a principal), seus objetivos e detalhes, seus benefícios e riscos (frequentes ou potenciais), possíveis efeitos colaterais, taxas de sucesso e insucesso, as razões pelo encaminhamento de uma via terapêutica e não outra, o prognóstico clínico, e o risco envolvido na opção pelo não tratamento, informações das quais o paciente deve ser informado por ocasião do seu atendimento pelos profissionais de saúde (DANTAS, 2011, p. 106).

Em seguida a este, cumpre identificar o direito à informação como o próprio *núcleo da prestação material sanitária*. Trata-se do complexo de informações clínicas que se obtém por ocasião do momento de realização de exames diagnósticos, cujo conteúdo revelará ou não a existência de agentes morbígenos no organismo, ou por ocasião dos atendimentos realizados pelos profissionais de saúde (GÁVIN, 2001, p. 107).

Este conjunto compreende, portanto, tanto os diagnósticos clínicos quanto as informações terapêuticas nucleares ou complementares fornecidas pelos profissionais da saúde (pautas de conduta a observar, contraindicações, limitações medicamentosas ou fisiológicas, etc.).



Depois, há que se reconhecer também a dimensão que compreende o direito do indivíduo obter do Estado ou do produtor particular de cuidados os históricos clínicos e as informações armazenadas relativas à sua vida e história clínica pessoal. Cuida-se, portanto, do direito aos *históricos, dados e informações pessoais*.

Se trata de un aspecto en principio instrumental respecto a la actividad asistencial de los centros sanitarios que se manifiesta en la obtención, archivo, custodia y utilización de toda la información recabada con ocasión de la asistencia prestada a los pacientes, pero que en la práctica tiene una gran importancia como exigencia imprescindible para una correcta acción asistencial (GÁVIN, 2001, p. 108).

Sem embargo, inexistente qualquer limitação ou contingenciamento que impeça o indivíduo de obter tais informações, e desde que demonstrado o tipo de vínculo, pode-se requerer também os históricos e informações de terceiros que por motivo justificado não o podem fazer pessoalmente.

Por fim, já encerrando este tema, desponta necessário reconhecer também um direito de obter-se *informações epidemiológicas gerais*. À partida, parece importante dotar os indivíduos dos conhecimentos relativos às condições e problemas sanitários coletivos e os riscos e perigos à saúde pública. Não só pelo seu aspecto político e social intrínseco. De fato, somente por meio destas informações é que podem as pessoas e as autoridades públicas adotar as práticas e comportamentos necessários à prevenção e não propagação de enfermidades.

### **2.4.3 SUBDIREITO À PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Indivíduos educados e informados constituem-se também indivíduos participantes. Primeiro porque a saúde configura dimensão complexa e interdependente que faz comunicar desde logo atores sociais oriundos de múltiplos campos. Depois, os próprios acessos à informação e à educação pressupõem ter existido, antes, algum nível mínimo de integração e inserção social que tornou possível o gozo destas duas garantias. Terceiro, porque a educação e a informação constituem precondições básicas de uma participação cívica ativa e consciente, como de resto já ficou assentado em momento precedente.

O aspecto da participação popular de que se cuida nesta seção, não descurando destas outras perspectivas em que pode vir a significar-se, parte da ótica da participação como

*atividade*, como ação ou efeito de participar, de tomar parte, de compor. De fato, quando se diz que o princípio democrático informa o conteúdo do direito à proteção da saúde, não descuidando de uma importante perspectiva *econômica, social e cultural*, convoca-se exatamente esta dimensão *política* que assume: ato ou efeito de participar *politicamente* visando determinados objetivos (CANOTILHO, 2013, p. 341).

A participação popular é assim, antes de mais, a garantia que encontra a sociedade, seus indivíduos ou seus grupos sociais organizados de tornarem-se parte do complexo processo de realização da proteção da saúde, seja em questões administrativas ou gerenciais, seja em questões políticas ou financeiras, seja, enfim, em questões técnicas ou sociais.

É dentro deste quadro geral que se tem o sentido normativo dos quatro significados jurídicos do subdireito à participação popular e o contexto em que importa considerá-los (artigos 198, III, e 64, 4, das Constituições do Brasil e de Portugal, respectivamente).

Tratando do primeiro destes significados possíveis, portanto, tem-se então de partida a participação em seu sentido de *integração, composição*. A participação como direito à integração/composição designa a possibilidade jurídica conferida às pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, de integrarem órgãos e instituições públicas voltadas à deliberação, fiscalização, acompanhamento e monitoramento de questões relativas ao domínio da saúde.

No Brasil, as *conferências de saúde*, os *conselhos de saúde* e os *fundos de saúde* são exemplos deste tipo de instituições, como o são, em Portugal, as *associações de utentes*. Com efeito, este conjunto de órgãos e instituições voltados ao acompanhamento geral de questões no domínio da saúde constitui o que se designa por “democracia sanitária” (DALLARI, 2005, p. 13).

Ponto controvertido quanto a este tema é o de saber se o direito à integração se limita somente à possibilidade/exigibilidade de composição de órgãos públicos ou, ao contrário, se admite também a possibilidade/exigibilidade de integração em instituições privadas, respeitadas, é claro, em qualquer uma das hipóteses, as condições ou requisitos de participação.

Sem pretender aprofundar a questão, porém sem dela nos afastar, para nós parece que o subdireito à participação neste seu significado se limita à primeira possibilidade, é dizer, o Estado não pode recusar a participação popular nos órgãos criados especialmente para promover e concretizar esta integração, mas as associações privadas ou particulares à partida o podem, desde que a negativa ou recusa de integração não se tenha dado por motivos discriminatórios.

Se a integração constitui um significado jurídico *formal* do subdireito de/a participação, o direito a *falar e a ser ouvido* e o direito a *influenciar decisões* constituem mais outros dois significados, só que, agora, de caráter eminentemente material. A ideia aqui é tão clara como se vê: se no âmbito de uma persecução penal é condição da formalização do juízo de culpa o exercício prévio, pela parte do acusado, do direito de falar e de ser ouvido e do direito a influenciar a decisão com o conteúdo do que foi dito e escutado, no âmbito da participação democrática se dá o mesmo.

Isto é, de nada vale o mero *estar*, o simples *fazer-se presente* se esta possibilidade formal não vem acompanhada de um complexo jurídico-normativo capaz de fazer com que as deliberações tomadas possuam de fato um caráter plural e consensual. É importante estar presente, é importante poder falar e ser ouvido, é, ao final, importante ter a possibilidade de influenciar o destino da deliberação para que, após respeitadas estas garantias, o consenso obtido espelhe realmente a pluralidade de opiniões.

Por fim, resta ainda um último significado, especialíssimo pela sua própria natureza. Trata-se do direito de *participar* em investigações científicas em humanos. Com efeito, não se pode negar às pessoas o direito de poderem receber os primeiros cuidados (leia-se: primeiras tentativas de cura) para uma enfermidade rara ou incurável, ou para uma doença em sentido absoluto, como pontuou-se no primeiro capítulo, em uma investigação científica.

Devidamente obedecidos os trâmites, aspectos e conteúdo necessários à obtenção do consentimento das pessoas cobaias, nada há que impeça a sua participação na investigação. É direito de todos, portanto, respeitadas todas as especificidades da investigação em concreto, e o número de vagas, por óbvio, fazerem-se cobaias no âmbito de pesquisas médicas e científicas (DALLARI, 2005, p. 21-22).

#### **2.4.4 SUBDIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO**

O saneamento básico, muito embora já constitua objeto de alguma literatura mais sistemática e avançada, ainda consiste num direito em torno do qual muitas questões doutrinárias têm sido suscitadas. De partida levanta a questão de saber se constitui um direito fundamental ou não, já que tanto a Constituição do Brasil quanto a de Portugal foram silentes em relação a reconhecer-lhe uma fundamentalidade formal expressa.

Em segundo lugar, coloca o problema de saber se consiste num direito autônomo ou num direito decorrente, já que possui forte caráter instrumental em relação à concretização de outros direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente saudável e o próprio direito à proteção da saúde, por exemplo. Em terceiro lugar, põe ainda a questão de saber se o bem jurídico por si protegido compreende a água, em seu sentido material, ou se não.

Ao enfrentar a primeira das questões, questão essa relativa ao problema da fundamentalidade do subdireito ao saneamento básico, duas considerações elementares ajudam a resolver o problema.

Primeiramente, constituindo decorrência de um direito fundamental social, seja ele o direito à proteção da saúde ou o direito a um meio ambiente saudável, não pode o subdireito ao saneamento básico possuir outra condição e natureza jurídica que não esta. Aqui subjaz a ideia segundo a qual o elemento derivado segue a natureza e estatura jurídica da matriz, embora ainda seja uma decorrência.

Depois, ainda que as Constituições não o tivessem reconhecido expressamente, esta natureza jusfundamental não deixaria de existir, quer porque não depende mesmo de uma formalização própria, quer porque constitui um direito humano expressamente reconhecido pela Assembleia Geral da ONU. O saneamento básico é um direito fundamental social, embora, nos termos do que se insinuou desde o princípio, não constitua um direito autônomo senão corolário dos direitos ao meio ambiente saudável e à proteção da saúde (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 132).

Conquanto todos os direitos fundamentais se reconduzam à dignidade humana para dela extrair seu fundamento de validade e de existência, sem isto implicar na perda de autonomia e de objeto próprio destes direitos, para o saneamento básico esta não é uma justificativa apta a reconhecê-lo autônomo. E o motivo é simples: o tratamento constitucional conferido a este subdireito não permite que consideremo-lo mais do que direito derivado.

A Constituição do Brasil, no restritíssimo tratamento conferido à matéria, considerou o saneamento básico uma das tarefas do subsistema público de saúde, tanto pela participação na elaboração das políticas sociais quanto pela própria execução das ações planejadas (artigo 200, IV, Seção II – Da Saúde; na Constituição portuguesa, artigos 65 e 66 por interpretação).

Por esta razão, e somente por ela, considerou-se o subdireito ao saneamento básico uma decorrência do direito à proteção da saúde com possibilidade de sê-lo, ainda, para o direito ao

meio ambiente equilibrado ou para o direito à moradia, opinião compartilhada também por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2013, p. 134).

Já no que toca ao problema de saber se o direito ao saneamento compreende também a água em seu sentido físico ou se não, fica-se com a segunda hipótese. Isto porque, em nosso entender, a água constitui junto com os gêneros alimentícios um recurso específico compreendido pelo direito fundamental social à alimentação.

Ora, uma coisa é ter direito aos serviços, infraestruturas e instalações necessárias ao transporte e compartilhamento da água potável; outra é ter direito à própria água, como recurso natural material essencial à manutenção da vida. O direito ao saneamento básico é instrumental à concretização do direito à alimentação, em razão de se assumir, neste ponto, como um instrumento jurídico garantidor do conjunto de infraestruturas e serviços necessários à concretização do direito à água, do direito de acesso e consumo de água.

Com efeito, esta é uma distinção que se prende mesmo com o próprio conceito de saneamento básico. Vinicius Marques de Carvalho, por exemplo, considera que

[...] a designação *setor de saneamento básico* se refere a dois conjuntos de atividades. O primeiro inicia-se pela atividade de adução da água bruta e vai até a entrega da água pronta para o consumo humano. Essa fase inclui as infra-estruturas [*sic*] de adução, tratamento, transporte, armazenamento, e distribuição de água propriamente dita. [...] O segundo conjunto, chamado de serviço de esgotamento sanitário, inclui as infra-estruturas [*sic*] de coleta, transporte, tratamento do esgoto e disposição final (CARVALHO, 2010, p. 100-101).

No Brasil, a Lei nº 11.445/07, também denominada Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (LDNSB), dá a sua própria definição. Considera saneamento básico o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: 1) *abastecimento de água potável* (da captação até as “ligações prediais e respectivos instrumentos de medição”); 2) *esgotamento sanitário* (“coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente”); 3) *limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos* (“coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas”); e 4) *drenagem e manejo das águas pluviais urbanas* (“drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas”) (BRASIL, Ministério das Cidades, PLANSAB, 2014, p. 28).

Como se pode ver, portanto, tanto a nível doutrinário quanto em nível legal o direito de acesso e consumo de água não está compreendido pelo subdireito ao saneamento básico, senão as estruturas e serviços necessários à sua captação, tratamento e distribuição.

Mas, este conceito proposto pela Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico não é só expressivo porque permite distinguir os objetos por si tutelados dos objetos compreendidos no núcleo de outros direitos; sua relevância se dá também em função de especificar os significados em que este subdireito fundamental se decompõe.

Assim, portanto, junto com a referida lei, considera-se que o subdireito ao saneamento básico compreende um conjunto de estruturas e serviços necessários à realização do abastecimento de água potável, desde a adução até a entrega final; do esgotamento sanitário, desde a coleta até o seu lançamento final no meio ambiente; da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, desde a coleta até ao seu destino final, incluindo-se o lixo doméstico e público; e da drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, desde a adução urbana de águas até sua disposição final.

Se este subdireito é total ou parcialmente justiciável, ou se nem se reconhece esta possibilidade é uma questão que por ora não convém aprofundar. Importante frisar somente que, mesmo totalmente dependente do planejamento político e orçamentário do governo, o Estado deve garantir que as pessoas possam exercer de modo mínimo este direito através, por exemplo, da distribuição de água potável acaso inexistente os serviços e infraestruturas necessários a tal atividade; ou através da recolha de esgotos acaso inexistente ou insuficiente a infraestrutura de esgotamento; ou por meio de remanejamentos temporários acaso inexistente a drenagem de águas pluviais, etc.

Em suma, o Estado tem o dever de garantir o exercício deste subdireito através do emprego de meios alternativos na eventualidade de sua insuficiência ou inexistência, e esta parece ser uma dimensão mínima importante passível de justiciabilidade.

#### **2.4.5 SUBDIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR**

Tal como o saneamento básico, o subdireito ao planejamento familiar também tem suscitado algumas controvérsias importantes. Diferentemente daquele, no entanto, esta controvérsia basicamente tem se restringido em saber se o subdireito ao planejamento familiar

compreende em seus significados e conteúdo o direito à sexualidade ou se, ao contrário, este específico direito constitui direito fundamental autônomo com objeto distinto.

De alguma maneira, esta é uma discussão relativamente recente no debate público mundial, embora suas raízes e ideias fundamentais tenham sido lançadas pelos “movimentos feministas de controle de natalidade que se desenvolveram principalmente entre os socialistas ingleses por volta de 1830” (CORRÊA; PETCHESKY, 1996, p. 151).

A ideia por trás disto está relacionada com a atual distinção conceitual que se faz em relação aos conceitos de sexo, gênero e reprodução. De modo geral, e sem intencionar qualquer tipo de aprofundamento ou revisão do tema, é possível extrair da literatura especializada um quadro comum de significados que, ora mais ora menos divergente, designa por: 1) *sexo*: o complexo de características biossociais e culturais a partir das quais se desenvolvem a afetividade e as relações interpessoais; 2) *gênero*: o complexo de características biológicas e naturais por meio das quais se designa o masculino e o feminino; 3) *reprodução*: o complexo de atos biológicos, culturais e sociais por meio dos quais se tem a procriação ou a não procriação (ÁVILA, 2003, p. S466-S467).

É mais ou menos nestes termos em que se percebe a diferença entre o direito à sexualidade e o direito à reprodução, expressão que também tem sido empregada para designar o direito ao planejamento familiar.

Com efeito, o direito à sexualidade constitui um direito fundamental de autonomia que, diferente do direito à reprodução ou planejamento familiar, tem como objeto de tutela a proteção, defesa e promoção de uma identidade sexual livremente formada a partir das características biossociais e culturais particulares de cada indivíduo. Seu campo de desenvolvimento essencial, portanto, é o campo da afetividade e das relações sociais interpessoais, embora, antes, a sexualidade esteja situada no domínio de uma relação que cada qual estabelece consigo mesmo (ÁVILA, 2003, p. S466-467).

O direito à reprodução, ao contrário, embora se comunique com a sexualidade e também constitua um direito de autonomia, possui objeto de tutela completamente distinto, e o campo privilegiado em que se tem o seu desenrolar é o campo da família e das relações interpessoais de cunho familiar.

Enquanto o direito à sexualidade tutela a identidade sexual livremente formada a partir de caracteres biossociais e culturais particulares de cada indivíduo, o direito ao planejamento familiar tutela a procriação, a não procriação, os modos de procriação e a quantidade da prole,

por exemplo. Em suma, o direito à sexualidade, tal como é o direito à água para o direito ao saneamento, constitui direito fundamental de liberdade e autonomia que não se confunde em termos de objeto de tutela com o direito ao planejamento familiar.

No plano dogmático, o subdireito ao planejamento familiar, seguindo a linha de investigação que se vem empregando até então, também apresenta alguns significados jurídicos essenciais, isto é, planos ou domínios em que se perspectiva seu conteúdo normativo regulatório (artigos 226, § 7º, e 67, 2, *d e e* das Constituições do Brasil e de Portugal, respectivamente).

À partida tem-se o planejamento familiar significando *o direito a escolher-se, de modo livre, a procriação ou a não procriação*, direito que a princípio foi concebido para a emancipação social e política das mulheres, mas que, tão logo, adquiriu outro significado e hoje é de exercício universal (CORRÊA; ALVES; JANUZZI, 2006, p. 34-36).

O direito a escolher-se de modo livre a procriação compreende essencialmente o direito conferido a duas pessoas, vivendo ou não em regime de conjugalidade, de optarem pela reprodução e criação de um filho sem a influência de pressões exteriores. É, por isso mesmo, um direito individual que, a exemplo de inúmeros outros, se exercita de modo coletivo, pois pressupõe o diálogo e a concordância de ambos os envolvidos.

O direito a escolher de modo livre a não procriação, ao contrário, é realmente um direito que se realiza individualmente, pois trata-se de uma decisão que somente o indivíduo pode tomar em relação a sua vida. Neste direito de não procriação compreende-se o direito de escolha dos métodos contraceptivos existentes, inclusive o direito à esterilização absoluta, e do momento de utilizá-los.

Outro significado que o assume o planejamento familiar é o que se refere ao *direito de escolha do momento e da quantidade da prole*. Com efeito, a decisão de formar uma família implica na necessidade de reflexão de muitos aspectos pessoais e familiares, entre os quais os aspectos econômicos, etários, sociais e profissionais dos envolvidos. Por esta razão, o subdireito ao planejamento familiar também garante que as pessoas tenham liberdade suficiente para considerar as suas peculiaridades pessoais e familiares, nomeadamente as implicações econômicas que tal decisão envolve, quando decidirem pela constituição de uma família (CORRÊA; ALVES; JANUZZI, 2006, p. 34-36).

O subdireito ao planejamento familiar perspectiva-se, ainda, num último significado. Trata-se do *direito de escolha dos métodos de se reproduzir e dos métodos de partear*. Relativamente à reprodução, este direito confere a possibilidade de se escolher os métodos



artificiais, tais como a inseminação artificial, ou o método natural de concepção por relação sexual; relativamente ao método de partear, este direito confere à possibilidade de se escolher entre um parto cirúrgico ou normal havido no âmbito hospitalar, naturalmente envolvendo recursos médicos, ou um parto normal e doméstico sem recursos médicos e hospitalares – os *partos humanizados*.

Em resumo, portanto, é possível dizer que o subdireito ao planejamento familiar constitui um grande direito de liberdade, mas direito de liberdade constitutivo de direito social, dadas as escolhas e repercussões que admite.

#### **2.4.6 SUBDIREITO À INTIMIDADE E AO SIGILO DE DADOS E INFORMAÇÕES**

Se a recolha e armazenamento de informações, históricos clínicos e dados sobre saúde é de extrema importância para o Estado, seja para fins de investigação científica, seja para fins de avaliações e análises epidemiológicas, seja, ainda, para fins de planejamento das ações e políticas sociais, o resguardo, não divulgação e proteção destas informações é o seu dever (artigos 5º, X, da Constituição do Brasil; e artigos 26, 1 e 35, 4, da Constituição de Portugal) (LIBERAL, 2005, p. 278).

O dever de sigilo e proteção da intimidade encontra suas raízes no sempre atual juramento de Hipócrates de Cós e, embora a princípio estivesse no cerne da relação médico-paciente como um pilar fundamental deste vínculo pessoalíssimo de confiança, hoje sua projeção é mais dilargada e abrange não só todos os profissionais e entidades direta ou indiretamente envolvidos na cadeia produtiva dos cuidados de saúde, como, também, o próprio Estado (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 276).

Sua principal função é dar condições para “que o paciente confie no seu médico e, assim, lhe transmita toda a informação relevante para a formulação do diagnóstico e para a tomada de decisões terapêuticas”, isto por meio da interdição da divulgação de dados e informações (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 276-277).

O significado mais sobressalente do subdireito à intimidade e ao sigilo de dados e informações é, portanto, o de interditar a divulgação de informações, dados e históricos clínicos armazenados pelos profissionais e pelas entidades públicas e privadas prestadoras de serviços de saúde. Todo aquele que é interveniente na cadeia produtiva dos cuidados de saúde é responsável

pela observância deste dever essencial e sujeita-se, pelo seu descumprimento, às sanções penais, civis e administrativas cabíveis.

No entanto, tal como ocorre com os demais direitos abordados até aqui, o subdireito à intimidade e ao sigilo depura-se ainda em mais um significado essencial.

De par com o sigilo também vai o anonimato. Conquanto o sigilo não pressuponha necessariamente o anonimato, a preservação da identidade inescapavelmente exige a sua não divulgação ou exposição. Assim, o direito à intimidade e ao sigilo também significa o direito ao anonimato na específica hipótese da doação de óvulos e sêmen, e nas demais hipóteses em que a lei ou a Constituição admite o anonimato.

Como não subsiste no ordenamento jurídico luso-brasileiro nenhum direito fundamental com caráter absoluto, também o subdireito à intimidade e ao sigilo admite flexibilizações. São três as hipóteses em que se permite a divulgação de informações, dados e históricos clínicos.

A primeira delas tem a ver com a hipótese do acesso aos dados, informações e históricos clínicos para fins de uso estatístico, epidemiológico, docente ou científico. Com efeito, o planejamento das políticas sociais de saúde e o próprio ensino da medicina e áreas afins convocam a utilização de dados e informações sanitárias pessoais para a concretização dos objetivos que a cada uma das atividades se propõe. Assim, podem os profissionais envolvidos nestas atividades acessarem as informações necessárias ao seu mister sempre, no entanto, preservando a identidade dos pacientes.

Outra hipótese em que se admite o acesso às informações sanitárias pessoais e, desta feita, com a possibilidade de divulgação da identidade do envolvido é a que se desenrola no âmbito de uma persecução penal. O código penal brasileiro, por exemplo, tipifica criminalmente algumas condutas em que a existência de agentes morbígenos no organismo do acusado é elemento nuclear do crime.

Ora, sendo a condição morbígena elemento nuclear destes crimes, o acesso às informações e registros sanitários do acusado é indispensável para a instrução do processo criminal. Não obstante, tal acesso ainda pode se dar em razão da necessidade de aferição da inimputabilidade do acusado. Em suma, pode o juiz decretar a quebra do sigilo dos registros e informações sanitárias sobre o acusado toda vez que esta medida resultar indispensável para o deslinde de uma investigação ou processo criminal.

Há, ainda, uma hipótese em que se admite a flexibilização do subdireito ao sigilo e à intimidade. Trata-se da situação em que o acesso a estas informações ocorre para efeitos de uso e

gestão dos dados por profissionais sanitários. A justificação é tão clara quanto se vê: não podem estes profissionais gerenciar administrativamente todos os estabelecimentos públicos e privados envolvidos direta ou indiretamente na cadeia produtiva dos cuidados de saúde se não acessarem dados gerais e, eventualmente, dados particulares. Assim, se lhes possibilita reunirem as informações que necessitam para realizar suas tarefas sem, no entanto, tal autorização ser extensível à sua divulgação.

#### 2.4.7 SUBDIREITO À PRODUÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE

Em um número já não tão recente da *Revista Crítica de Ciências Sociais* consagrado ao tema da *sociedade, medicina e saúde*, Boaventura de Sousa Santos publicava um qualificado estudo analítico em que fixava relevantes premissas teóricas para a análise e caracterização do Estado-Providência, sua ascensão e crise, e as suas implicações nas políticas sociais de saúde que se implementaram entre 1974 e 1987 em Portugal (SANTOS, 1987).

Entre os diversos e complexos temas que teve de enfrentar durante a construção daquele grande balanço da saúde em Portugal, estudo que permanece atualíssimo senão quanto aos pontos específicos do contexto histórico de então, estava a questão da *articulação dos modos de produção de saúde* vigentes na sociedade portuguesa daquela altura.

A ideia básica do autor em relação a este tema era a de que em Portugal, um Estado-Providência fraco havia implicado, entre outras coisas, no surgimento de uma sociedade-providência forte, uma sociedade que, funcionando sob a lógica das “trocas não mercantis de bens e serviços”, conseguia compensar algumas lacunas deixadas por este Estado-Providência que na verdade nunca se havia chegado a consolidar (SANTOS, 1995, p. I).

No campo da saúde, Boaventura observava que esta sociedade-providência forte traduzia-se em uma sólida medicina de cariz popular e artesanal, que funcionava de par com a medicina oficial produzida pelo Estado e pela iniciativa privada e com elas se articulava para locupletar as suas carências estruturais mais evidentes, propiciando ao final algum nível do bem-estar e da proteção que em noutros quadrantes era propiciada pelo próprio ente estadual (SANTOS, 1995, p. I; SANTOS, 1987, p. 66).

Coexistiam no contexto português, assim apontou, três modos distintos de produção de cuidados de saúde. Um primeiro, de responsabilidade do Estado. Um segundo, de encargo da iniciativa privada e das organizações sociais, que não se diferenciava essencialmente do primeiro

pelos cuidados em si produzidos, mas, na verdade, pela lógica determinante da sua produção. E um terceiro, de caráter artesanal, típico das trocas existentes na *sociedade-providência* e cujos cuidados produzidos eram sensivelmente distintos dos demais (SANTOS, 1987, p. 66).

É neste quadro que entendemos se inserir o subdireito à produção de cuidados de saúde, com fundamento nos artigos 199 da Constituição brasileira e 64, 3, *d* e *e*, da Constituição de Portugal.

Como bem observou Boaventura de Sousa Santos, existe um modo de produção de cuidados que é prestado e financiado pelo Estado, mas que não exclui os cuidados produzidos pela iniciativa privada, pelas organizações sociais e pela própria sociedade. Não exclui socialmente, e, tampouco juridicamente.

Se, de fato, é verdade que o direito à proteção da saúde é, por natureza, um direito democrático e apto a democratizar, então é consequência deste princípio fundamentante ter-se um subdireito a produção de cuidados com fins lucrativos no exercício de uma atividade econômica (neste caso pelos profissionais de saúde e organizações empresariais), ou sem fins lucrativos no exercício de uma atividade filantrópica (neste caso pelas ONGs, instituições sociais e pessoas comuns).

Entenda o leitor que, ao mencionar-se um direito de produção de cuidados de saúde sem fins lucrativos por pessoas comuns, tem-se em conta tão somente as práticas, hábitos e conhecimentos dos quais se valem populações e comunidades tradicionais por ocasião da produção do seu bem-estar, e não uma autorização às práticas do exercício ilegal da medicina, do charlatanismo ou do curandeirismo.

Ter direito à produção de cuidados de saúde é o direito que uma parteira tem, por exemplo, de poder permanecer prestando os seus serviços a uma comunidade; é o direito que um agricultor tem de poder permanecer plantando e distribuindo ervas com efeitos medicinais. Ter direito à produção destes cuidados é, enfim, um direito a ter respeitado e protegido seculares conhecimentos tradicionais, e não um direito ou autorização a realização de atividades criminosas.

Em países como o Brasil, em que a estrutura dos serviços públicos é sensivelmente deficitária, uma garantia como esta é fundamental para o alívio das necessidades sanitárias da população.

#### 2.4.8 SUBDIREITO À AUTONOMIA DA VONTADE

O direito à autonomia da vontade na sua tradução mais fidedigna de direito ao autogoverno não é assim tão recente. Como bem se sabe, na transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito, e, neste caso, para o Estado de Direito de viés político liberal, a autonomia da vontade afirmou-se uma das primeiras limitações jurídicas da atuação da entidade estadual fundada na semântica dos direitos fundamentais.

Curiosamente, entretanto, só muito recentemente veio a ser afirmado e reconhecido no âmbito da interseção que faz comunicar Direito e Saúde. Em 1974, ante a descoberta de inúmeros escândalos envolvendo a manipulação de seres humanos em pesquisas científicas, o Congresso dos Estados Unidos da América formou uma comissão de trabalho destinada a identificar alguns princípios que deveriam nortear a investigação científica com humanos, e cujo esforço resultou ao final em um documento – o Relatório Belmont – que erigia a autonomia da vontade, a beneficência e a justiça como os três princípios fundantes da Bioética (PIÑEIRO, 2002, p. 114).

O sentido atual da autonomia da vontade no campo da Bioética pouco se alterou de lá até então. Permanece constituindo direito à autodeterminação, direito ao autogoverno, direito à decisão livre de constrangimentos (artigos 5º, *caput* e II, e 21, 1, das Constituições do Brasil e de Portugal respectivamente).

Acresce-lhe agora, entretanto, como já foi visto, a necessidade de um processo informativo prévio em vista de dotar à pessoa das condições e conhecimentos necessários à realização das suas deliberações (CLOTET, 1995, p. 52).

Entendemos, então, seguindo esta linha, que o primeiro dos significados do direito à autonomia na saúde que deva ser mencionado seja, precisamente, *o de aceitar e o de rejeitar medidas terapêuticas*. Com efeito, o direito à informação sobre riscos e procedimentos clínicos não resulta importante somente pelo valor intrínseco que materializa, mas, sobretudo, por também veicular a possibilidade de uma deliberação consciente e esclarecida (COCCONI, 1998, p. 89-92).

Isto significa, portanto, que todas as pessoas têm o direito de decidir por aceitar todas as medidas terapêuticas sugeridas para a solução ou alívio do seu caso, de aceitar somente algumas e rejeitar outras, ou de rejeitar todas as que lhe forem propostas<sup>20</sup> (RIBEIRO, 2006, p. 1752).

Não pretendemos com esta afirmação legalizar ou autorizar o suicídio com suporte no direito, se é que o direito tem qualquer palavra sobre o tema. Simplesmente, reconhecer a possibilidade de negação de toda e qualquer medida terapêutica implica no respeito, anterior, pela inescapável condição de sujeito digno e responsável com a qual todos os seres humanos são dotados (RIBEIRO, 2006, p. 1752).

Mas, este não é o único significado que pode assumir. Se é possível que as pessoas aceitem algumas medidas terapêuticas e rejeitem outras, então o direito à autonomia também significa *direito à escolha de tratamentos*.

Esta possibilidade no âmbito do setor privado não convoca uma grande problemática, já que o sujeito escolhe e custeia a prestação que lhe resulta mais benéfica. O problema está justamente no exercício deste subdireito no setor público, onde convivem lado a lado tanto imperativos de eficácia dos tratamentos adotados quanto de redução e racionalização dos gastos dos recursos públicos.

Sem aprofundar a questão, nos parece que esta possibilidade deve ser perfeitamente assegurada desde que as escolhas adotadas não resultem em uma elevação de gastos. Isto é, a não ser que a indicação de uma medida terapêutica mais custosa se dê por estritas razões médicas, não têm os usuários o direito de escolher no âmbito dos serviços públicos de saúde o tratamento que melhor ou mais lhes apeteçam, sem ter em conta os gastos envolvidos.

Há, ainda, um último significado que, em tempos de escassez de solidariedade, sobreleva referenciar. *Trata-se do direito à doação de sangue, órgãos e tecidos*. Com efeito, o direito à autonomia da vontade, como de resto já se sabe, também significa ter-se o direito de dispor do próprio corpo segundo a vontade do seu titular, e, neste caso, sendo para a prática do bem, a possibilidade encontra-se mais do que assegurada.

---

<sup>20</sup> João Loureiro somente chama a atenção para o fato de que, “nos casos em que se queira beneficiar de prestações da Segurança Social, não se que, havendo possibilidades de cura e de retorno à vida activa (contributiva), se recuse a cura” (LOUREIRO, 2003, vol. III, p. 800).

## 2.5 RESERVAS CONDICIONANTES DO DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE

Uma das grandes temáticas que perderam fôlego na agenda investigativa da teoria e da dogmática constitucional recente foi, sem dúvida, a questão da natureza distinta dos deveres estatais correlativos de direitos fundamentais. Se, com efeito, o estudo dos diferentes deveres estatais bilaterais aos direitos fundamentais vale por si mesmo e por seu intrínseco mérito jurídico-dogmático, a íntima relação que mantêm com as reservas incidentes sobre aquela categoria importante de direitos é outra justificação que se acresce.

Conquanto não estejamos diretamente preocupados com a atual condição de marginalidade científica a que fora relegado o tema dos deveres estatais associados aos direitos fundamentais, a sua referência transversal impõe-se pelo menos quando se trata de identificar as reservas que os afetam.

A ideia é simples. As reservas incidentes sobre um determinado dever fundamental estadual variam conforme se trate este de um dever de proteção, defesa ou promoção, e essa é uma variação que repercutirá na definição dos limites e padrões de controle da atuação dos poderes públicos. Conforme a função que no caso concreto esteja a cumprir o dever estadual de proteção da saúde, as reservas que o afetarão serão umas ou serão outras, e estas reservas condicionantes estabelecerão o limite e o modo de atuação a ser empregado pelos poderes do Estado a quando da sua satisfação (NOVAIS, 2010a, p. 271).

Assim, portanto, se o direito à proteção da saúde é invocado, no caso concreto, para garantir um acesso individual, negado, a informações e históricos clínicos pessoais armazenados em um banco de dados administrado pelo poder público, o tipo de reserva que poderá atingir o respectivo dever, pressupondo neste caso um grau de determinabilidade jurídica que possibilite a aplicação direta do direito ao caso, é predominantemente a reserva geral imanente de ponderação<sup>21</sup>, dispondo o judiciário de margem total de atuação na controvérsia.

Já, em outra hipótese, se o direito à proteção da saúde for invocado para garantir o recebimento de prestações de saúde custeadas ou fornecidas pelo Estado, outras reservas já o poderão atingi-lo, nesta hipótese não eliminando uma reserva geral imanente anterior, mas

---

<sup>21</sup> Nada impede, entretanto, que se reconheça também a incidência de uma reserva do financeiramente possível se, numa hipotética e caótica condição de escassez aguda de recursos por motivo de guerra, tiver o Estado, por exemplo, de negar tal pretensão porque os recursos estão totalmente mobilizados para a promoção da reabilitação necessária de soldados para fins de defesa de agressão externa.

somando-se a ela, com uma conseqüente maior demarcação da liberdade de atuação do judiciário na resolução da controvérsia.

Embora o controle da atuação dos poderes públicos não constitua objeto de análise desta investigação, nomeadamente as controvérsias oriundas do controle sempre sensível dos espaços de atuação do Judiciário e do Legislativo, reconhecemos a centralidade que os deveres estatais ocupam na investigação das reservas afetantes e na construção de uma teoria das restrições dos direitos fundamentais, centralidade que encontra sua justificação na repercussão que (re)produz na análise dos padrões e limites de controle daqueles mesmos poderes (NOVAIS, 2010a, p. 271).

Parece importante, por essa razão, que o leitor encontre neste nosso percurso uma referência brevíssima acerca das reservas jurídico-dogmáticas que afetam o direito à proteção da saúde.

Ultrapassado este ponto, e agora já caminhando em direção ao estudo das condicionantes, reconhecemos, mais uma vez de braços com Reis Novais, a existência de uma tipologia muito clara de reservas que, não sendo a única possível, diferencia três espécies distintas: uma *reserva geral imanente de ponderação*, uma *reserva do financeiramente possível* e uma *reserva do politicamente adequado*.

Este é o quadro de que se cuidará.

### **2.5.1 RESERVA GERAL IMANENTE DE PONDERAÇÃO<sup>22</sup>**

Entre todas as possíveis limitações a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição já suscitadas na doutrina constitucional, e entre todas as que ainda hoje mobilizam as maiores e mais profundas divergências teóricas, está a reserva geral imanente de ponderação e seu protagonismo irrecusável.

Esta centralidade, que no fundo nunca deixou de ocupar na teoria dos direitos fundamentais, pode ser justificada não só pelo entusiasmo e pela desconfiança gerada em uns e outros com a solução metódica simplificada que prevê para o complexo problema do conflito entre dois bens jusfundamentais, mas, também, pelo fato de constituir uma afetação em cujos próprios modelos de justificação e fundamentação se reconhecem muitas debilidades.

---

<sup>22</sup> Num sentido contrário ao que se segue em todo este tópico, cf.: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 1279 - 1283.



Sem procurar adentrar numa prospecção detida acerca do melhor modelo de fundamentação para afirmá-la, tampouco numa análise perfunctória e contestatória dos argumentos utilizados para rejeitá-la, evitando-se, ainda, propor uma reelaboração do método de solução do conflito entre direitos fundamentais a fim de convencer os reticentes da sua adequabilidade, assumimos e reconhecemos a existência de *uma reserva geral imanente de ponderação*.

Uma reserva geral imanente de ponderação que se faz constituída por duas ideias principais cuja articulação confere o sentido normativo que a locução visa expressar.

Todos os direitos fundamentais têm limites ou fronteiras *imanentes*, é a primeira ideia. Todos os direitos fundamentais, pelo menos num plano ideal e abstrato, possuem fronteiras delimitadas ou delimitáveis cuja cedência eventualmente deve ocorrer, quer queira-se quer não, ante a “obrigação de cumprimento de outras normas e princípios constitucionais” (NOVAIS, 2010b, p. 569).

Não se admite uma concepção de direitos fundamentais não assente sobre esta ideia de uma limitação intrinsecamente existente, gene originário e autóctone, pressuposto implícito fundante e fundamentante que os acompanha da sua criação à sua extinção – daí a *imanência* capitulada como reserva geral (“os direitos fundamentais têm os seus limites imanentes, isto é, as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recria...”) (ANDRADE, 2012, p. 271).

Ter um direito fundamental não significa ter uma posição juridicamente sustentada de natureza absoluta, definitiva ou fechada, ainda que, no decurso da sua efectivação, os direitos fundamentais se concretizem em posições jurídicas que podem reunir essas características. Ter um direito fundamental de liberdade significa, na sua dimensão subjectiva, ter uma posição *forte* de garantia de liberdade e autonomia pessoal, que vincula directamente as entidades públicas e de que estas, mesmo quando actuam nas vestes de legislador democraticamente legitimado, não dispõem livremente e onde só podem intervir desde que preenchidos requisitos constitucionais estritos. Porém, dada a ineliminável necessidade de essas posições – ou, na sua dimensão objectiva, os valores jusfundamentais – serem compatibilizados com outros bens interesses ou valores igualmente dignos de protecção jurídica, as garantias jurídicas proporcionadas pelos direitos fundamentais são, à partida, concebidas como garantias imanentemente condicionadas por uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve prosseguir e a cuja realização se encontra igualmente vinculado (NOVAIS, 2010b, p. 570).

A compatibilização entre bens jusfundamentais em colisão somente é possível mediante o procedimento da ponderação, é a segunda ideia. A este sentido de reserva geral como direitos

não absolutos, direitos de fronteiras restringíveis, acrescenta-se a ‘ponderação’ como ato ou efeito da prática da *prudentia* na seleção do bem predominante e no teste do juízo adotado (“o sentido da compatibilização e o seu alcance concreto ou, noutra perspectiva, a medida em que cada um dos bens em colisão pode ou deve ceder...”) (NOVAIS, 2010b, p. 571).

Como refere Reis Novais,

[...] ao contrário do que se poderia erroneamente inferir desta qualificação, quando os poderes constituídos, fundamentados nessa reserva, procedem à harmonização ou compatibilização de bens, no sentido da solução das colisões entre os interesses de liberdade e os interesses que se lhes opõem ou podem vir a opor nos casos concretos, não procedem à mera *declaração* de limites já existentes, mas determinam, de uma maneira geral constitutivamente, de entre várias hipóteses de solução ao seu dispor, o *se*, o *como* e o *quanto* da eventual cedência (restrição) dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2010b, p. 570-571).

A reserva geral imanente de ponderação não tem um campo próprio e um nível específico de aplicação. Como a Constituição se impõe a todos os poderes do Estado nos três níveis federativos que os constituem, a sua incidência se dá em qualquer dos planos verticais e em qualquer dos planos horizontais sempre que se necessitar, em razão da prevalência concreta de um bem jusfundamental sobre outro, limitar um direito fundamental.

Com isto, portanto, tem-se que a incidência da reserva não só acontece nos planos legal e processual quando o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário, respectivamente, pretendam atuar uma limitação a um direito fundamental; o Poder Executivo, quando defrontado concretamente com um caso de colisão, também tem de operá-la a fim de dar consecução a sua atividade.

Com efeito, a consideração de que nenhum dos poderes do Estado possui o monopólio da operacionalização e aplicação da reserva geral imanente de ponderação, e, por isso, não se pode falar em uma correspondência da sua incidência com um campo próprio e nível específico governamental, também parece fazer sentido quando se trata de correlacioná-la com exclusividade ao dever fundamental estadual de respeito aos direitos fundamentais.

Isto é, consideramos que a reserva imanente de ponderação, nos termos do que foi posto anteriormente sobretudo acerca da sua *imanência*, opera seus efeitos de afetação dos direitos fundamentais independentemente da natureza do dever (defesa, proteção e promoção) que esteja em causa – embora com intensidades distintas –, e independentemente da eventual incidência simultânea de outra reserva condicionante. Nada impede que, no caso concreto posto à

apreciação do intérprete, tanto se tenha uma restrição operada em razão da afetação operada pela reserva geral imanente de ponderação e da operada por outra reserva condicionante.

É somente dentro desta leitura que subscrevemos as considerações de Reis Novais, quando considera haver uma correlação necessária entre cada tipo de reserva com cada tipo de função cumprida pelos direitos fundamentais, isto é, uma correlação em razão da *preponderância* que se verifica *ab initio* entre a função cumprida pelo direito fundamental e a reserva que lhe afeta, e não em razão de uma correlação exclusiva e excludente dos demais tipos de afetação (NOVAIS, 2010a, p. 152).

Com efeito, as razões para considerar-se a reserva geral imanente de ponderação uma condicionante jurídica do direito à proteção da saúde são de todo óbvias: constituindo direito fundamental social, só se pode ter sido fundado em cima deste pressuposto lógico implícito de direito limitado, não absoluto, cuja aplicação eventualmente pode ser afetada em razão da prevalência de outro direito digno de proteção e respeito.

Não existindo uma correlação necessária entre si e um tipo específico de função dos direitos fundamentais (defesa, proteção e promoção), sua incidência pode perfeitamente se dar sobre qualquer um dos subdireitos reconhecidos no tópico precedente, embora reconheçamos uma preponderância da sua aplicação aos direitos negativos de liberdade.

Em síntese, a reserva geral de ponderação opera em todos os quadrantes possíveis nos quais se têm a possibilidade de condicionamentos jurídicos a direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição.

### **2.5.2 RESERVA DO POLITICAMENTE ADEQUADO OU OPORTUNO**

Entre todos os direitos fundamentais reconhecidos implícita ou expressamente pela Constituição, há aqueles cujo conteúdo encontra-se já de partida determinado pelo texto constitucional; há aqueles em que o conteúdo, embora ainda não determinado, se pode determinar a partir do que consta no próprio texto constitucional; e há aqueles em que a tarefa de adensamento ou determinação do conteúdo o constituinte transferiu ou remeteu ao legislador ordinário.

Nestes direitos, cujo adensamento ou determinação do conteúdo cabe prioritariamente ao legislador ordinário, o que se pede ao Estado em geral é que realize uma determinada atuação “susceptível de concretização numa multiplicidade de ações” e sempre dependente “de uma

avaliação de ponderação e concordância prática e concreta entre valores e de juízos de prognose relativamente às medidas a tomar”, o que os sujeitos a uma designada *reserva do politicamente oportuno ou adequado* (NOVAIS, 2010a, p. 132-133).

A reserva do politicamente oportuno ou adequado designa a restrição que pode vir a incidir sobre um determinado direito fundamental em razão de a tarefa de determinação do *quando*, do *como* e do *quanto* da sua satisfação estar, em geral, dependente de um juízo político de conveniência e oportunidade (NOVAIS, 2010a, p. 150).

É dizer, o legislador ordinário, no caso destes direitos cuja determinação do meio/mo, da quantidade, e do momento de satisfação lhe cabe especificar por ordem da Constituição, tanto tem a possibilidade de proceder a um detalhamento profundamente exaustivo e, portanto, mais benéfico, quanto pode modificar ou reduzir alguns aspectos que a legislação anterior tornava mais benéfica, mas que, agora, não mais se justificam por razões políticas de conveniência e oportunidade.

Assim, saber se o direito à integridade física e à vida dos cidadãos consumidores de tabaco – direitos de liberdade – se deve proteger com o recurso ao direito penal ou se os mesmos direitos dos condutores de motociclos se devem ou não proteger através da imposição de uso de capacete são decisões essencialmente reservadas à decisão política do legislador democrático e que só nas circunstâncias extremas de violação de um patamar mínimo de realização ou verificação objectiva de incumprimento de requisitos e princípios constitucionais são susceptíveis de um controlo jurídico pleno por parte do poder judicial (NOVAIS, 2010a, p. 150).

Com efeito, a ausência de conformação ou regulação do conteúdo de um direito ao qual expressa ou implicitamente a Constituição determinou a que o legislador ordinário procedesse constitui, desde logo, uma restrição deste direito fundamental, mas uma restrição inconstitucional e suscetível de sindicalização judicial. A alteração do meio/mo, da quantidade, e do momento de satisfação constitui também uma afetação deste mesmo direito fundamental, mas, ao contrário, uma restrição legitimamente autorizada pela Constituição e insuscetível de sindicalização judicial.

Da mesma maneira como a reserva geral imanente de ponderação, a reserva do politicamente oportuno também se aplica a todos direitos fundamentais, já que todos estes direitos possibilitam um detalhamento ou alargamento de conteúdo maior. Difere, no entanto, por constituir-se numa reserva a que somente os Poderes Legislativo e Executivo podem operar,

seja em razão de determinação expressa da Constituição, seja em razão de determinação e remissão implícita.

Assim, a reserva do politicamente oportuno ou adequado tem campo de incidência própria – o processo legislativo –, possibilidade de operacionalização restringida – prioritariamente o Poder Legislativo a operacionaliza, e numa escala menor o Poder Executivo –, e nível governamental de incidência inespecífico, em razão da adoção do citado modelo de Estado federal no Brasil.

Em que medida a reserva do politicamente adequado afeta o direito à proteção da saúde?

Em geral, o conteúdo dos direitos fundamentais sociais está positivado no texto constitucional com uma larga medida de indeterminação, indeterminação que somente se supera através da atividade conformadora levada a cabo predominantemente pelo Poder Legislativo e, numa menor escala, pelo Poder Executivo (CANOTILHO, 2013, p. 1264).

É dizer,

[...] quanto aos direitos sociais, pelo menos quando se considera a sua dimensão principal assente na realização de deveres estatais de promoção do acesso individual aos bens sociais jusfundamentalmente protegidos, o seu conteúdo não é, em geral, constitucionalmente determinado ou determinável: a norma constitucional de direito fundamental não cria, ela própria, em termos definitivos, um âmbito delimitado de acesso reconhecido, abrindo, todavia, essa possibilidade e impondo essa obrigação aos competentes órgãos do Estado, designadamente ao legislador democraticamente legitimado (NOVAIS, 2010a, p. 151).

Isto significa que, à partida, a definição do meio/modo, quantidade, e momento de satisfação deste direito encontra-se submetido a um juízo político de oportunidade e conveniência dos poderes constituídos e, portanto, sujeito a uma reserva do politicamente adequado, quadro que depois vai se alterar e especificar conforme a natureza de cada um dos subdireitos que o compõe.

### **2.5.3 RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL**

Todos os direitos fundamentais implicam custos, “todos os direitos fazem reivindicações sobre o erário público” (tradução livre), é a primeira consideração que deve ser

levada a sério em um tópico dedicado à delicada e controvertida *reserva do financiamento possível* (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 15).

Recusar essa condição inevitável de dependência econômica representa simplesmente tentar fechar os olhos para uma realidade que é muito clara e muito evidente na vida da humanidade, que é a realidade do sistema econômico.

Com efeito, já se demonstrou com alguma clareza como as políticas de desmercadorização de bens e serviços, conquistadas por meio da disputa e articulação política entre os distintos grupos sociais, transformam-se em direitos, e como a mudança da lógica de concessão destes bens e serviços – agora como direitos sociais – pode implicar, como implicaram em Portugal e numa grande parte da Europa Ocidental, em um quadro de grave crise econômica se as possibilidades financeiras necessárias à sua manutenção não se sustentarem (SANTOS, 1987).

Estas e outras ainda mais contundentes evidências são suficientes para rechaçar qualquer possibilidade de negação desta condição que ainda alguns tencionam recusar. Simplesmente é realidade inegável, autoevidente, e uma ciência constitucional honesta e comprometida com a seriedade não a recusa, tenta compreender como ela opera, e quais são os limites, se há limites, das restrições a que submeterá neste nosso caso o direito à proteção da saúde.

Como vimos no tópico anterior, entre os direitos fundamentais há aqueles em que a tarefa de adensamento ou determinação do conteúdo o constituinte transferiu ou remeteu ao legislador ordinário, e que, portanto, estariam assim sujeitos a uma reserva do politicamente oportuno. Vimos, também, que esta é a maneira como em geral os direitos sociais encontram-se positivados na Constituição, isto é, com certo grau de indeterminação.

Uma das razões dogmáticas, entre tantas outras, utilizadas para justificar este modo de positivação dos direitos sociais está precisamente a que considera essa sua dimensão econômica característica. Logo, se os direitos sociais, pelo menos numa dimensão principal e no sentido do direito público, destinam-se a conferir um conjunto de prestações sociais dependentes de alguma disponibilidade econômica, então não tem como o legislador constituinte à partida definir de modo preciso e definitivo os seus conteúdos.

[...] a não ser que a Constituição expressamente consagre uma pretensão, um direito ou um dever de realizar dada prestação social em termos precisos e definitivos – o que será, todavia, sempre uma exceção –, todos os direitos sociais, na sua dimensão principal,

são entendidos como intrinsecamente condicionados por aquela reserva, mesmo que o legislador constituinte não a refira explicitamente. Nenhum legislador constituinte se vincularia, à partida, à garantia da realização dos direitos sociais sem essa salvaguarda; ela é tida como um dado natural, implícito, e, de resto, quando os direitos sociais começaram a ser consagrados nos documentos internacionais, a reserva do possível era expressamente citada (NOVAIS, 2010a, p. 101).

A reserva do financeiramente possível designa, assim, a restrição que pode vir a incidir sobre um determinado direito fundamental em razão do despontar ou do agravamento de um quadro de escassez de recursos econômicos (NOVAIS, 2010a, p. 150).

O legislador ordinário, no caso destes direitos cuja realização pelo menos em uma dimensão principal depende diretamente de certa disponibilidade financeira, tanto pode proceder a um alargamento da prestação concedida dentro de um quadro econômico favorável, tornando-a, portanto, mais benéfica, quanto pode modificar ou reduzir a amplitude desta prestação caso a condição econômica que outra se verificava deixe de existir, tornando-a mais estrita. A reserva do financeiramente possível constitui, assim, uma espécie de afetação conjuntural, que vai operar conforme os acertos e desacertos da economia estatal.

Por assim ser, a reserva do financeiramente possível só pode ser manipulada pelo Poder Legislativo no âmbito do processo legislativo. Isto é, a diminuição restritiva de uma determinada prestação social constituinte do conteúdo de um direito fundamental social só pode ser concretizada pelo Poder Legislativo e somente sob as regras específicas do procedimento de modificação das leis, dado o seu caráter relevante para o bem-estar da sociedade.

As razões que tornam esta uma reserva incidente no direito à proteção da saúde também são autoevidentes. É dizer, sendo a área social em que as exigências e necessidades se tornam cada vez mais elevadas, acentuando-se este quadro escassez relativa de recursos, certamente as prestações concedidas sofrerão consideráveis prestações.

Aliás, a própria intenção de propor-se uma lista básica de prestações de saúde tem o duplo propósito de atender tanto as necessidades de especificação e adensamento do conteúdo do direito à proteção da saúde, quanto a de evitar uma elevação incontrolável dos custos na saúde que possa pôr em risco a sustentabilidade financeira do Estado Social.

### **CAPÍTULO III – O PACOTE BÁSICO DE SERVIÇOS DE SAÚDE: subdireito à prestações**

*O diagnóstico e as doenças.* Como deve ter se recordado o leitor, dois problemas concretos foram os fundadores da presente investigação. O primeiro, referimos ter sido o da (atual?) “incapacidade financeira do Estado Fiscal” (SILVA, 2014, p. 180) brasileiro em sustentar o vigente modelo de subsistema público de saúde que materializa.

Com efeito, a superelevação dos gastos estatais no segmento da saúde não constitui um problema particular e exclusivo do contexto institucional brasileiro. Praticamente todos os países do mundo ocidental vêm enfrentando, uns mais, outros menos, esta que parece ser mesmo uma dificuldade global em manter serviços e prestações mínimas de saúde para suas populações. Os custos elevados dos atuais recursos terapêuticos envolvidos na medicina tecnológica do século XXI, os altos níveis de farmacologização e medicalização da sociedade contemporânea, e, ainda, as crises cíclicas do capitalismo que forçam cada dia mais a adoção de um *direito da austeridade* são apenas alguns dos fatores presentes na base de toda esta dificuldade.

Mas, embora este não constitua um problema exclusivo do Estado brasileiro, naquele contexto, naquele ambiente político-institucional ele se tem agudizado. Os fartos recursos naturais disponíveis e a ilusão, pelo menos aparente, da sua infinitude, simplesmente fazem escapar dos debates públicos qualquer discussão em torno da necessidade de implementação de políticas de controle dos gastos com serviços públicos de saúde e, ainda mais grave, dos serviços que pelo menos até agora o acesso se oferece gratuito.

Daí decorre aqueloutro problema também mencionado no intróito desta investigação: uma verdadeira enxurrada de ações que não cessam de chegar às portas do Poder Judiciário com pedidos de condenação da Administração Pública que vão desde a concessão de fármacos básicos de fornecimento gratuito e obrigatório garantidos por lei, até o custeio de vultosos tratamentos terapêuticos para cura de enfermidades raras.

Com efeito, um problema que começou por ser de eminente natureza econômica e gerencial passou a constituir, também, motivo para crises institucionais, ante as sucessivas realocações orçamentais a que se obriga o Judiciário indiretamente a realizar pela via das condenações da administração pública.

*A terapêutica.* Também deve ter se recordado o leitor que referimos a necessidade de implementação imediata de uma política ou medida de racionamento dos recursos como parte da



solução para o problema da exaustão econômica do serviço público de saúde do Brasil. Em muitos países do mundo ocidental, inclusive os de capitalismo avançado – aliás, principalmente estes –, já adotam alguma política de *racionamento* dos serviços e de *racionalização* da sua utilização.

Na hipótese que aventamos, um conjunto de listas relativamente detalhadas de serviços e prestações constituintes do que convencionalmente se chama de ‘cesta básica de serviços de saúde’ nos parecia a medida de racionalização mais adequada. E permanece sendo, pois, de um lado, tanto promove a segurança jurídica com uma especificação clara das prestações cobertas, quanto, de outro, propicia uma redução do número de demandas judiciais, pelo menos para as prestações ausentes da lista de cobertura.

Em suma: os problemas da exaustão do *Sistema Único de Saúde* e da excessiva judicialização de demandas por recursos de saúde devem-se, entre outros motivos, à inexistência, no âmbito do direito sanitário brasileiro, de uma especificação dos serviços e prestações cobertas pelo conteúdo do artigo 196 da Constituição brasileira. Constituir uma lista ou catálogo daqueles cuidados é etapa fundamental para sua resolução.

Se, portanto, os problemas estão na fundação desta investigação, a construção de um pacote básico de serviços e prestações de saúde em sua solução constitui a sua força motriz, e esse será o tema que nos ocupará neste último e derradeiro capítulo, pressupondo-se já ter claro o leitor que este pacote básico de serviços materializa dogmaticamente o subdireito a prestações materiais integrante do direito fundamental à proteção da saúde.

### **3.1 O PACOTE BÁSICO COMO MEDIDA DE RACIONAMENTO**

Muitas questões podem ocorrer ao leitor ao se deparar com a nossa proposta de um pacote básico, lista ou catálogo de prestações de saúde como medida de racionamento dos recursos da saúde no direito brasileiro. Desde logo, a questão de saber o que significa o próprio racionamento e o porquê de a proposta aventada constituir-se numa medida de racionamento – uma busca pelos seus sentidos.

Depois, também, pode vir este mesmo leitor a se questionar do porquê da necessidade de adotar o racionamento e do porquê de se sugerir um pacote básico como sua medida de caráter concreto – no fundo, perscrutar pelas razões que o justificam e não justificam outras medidas e pelas causas reais que de algum modo ajudam a justificá-lo.

Inúmeras outras questões como quem deve implementá-lo e concretizá-lo, quando deve ser implementado, quais os critérios que devem ser utilizados para racionar podem igualmente surgir. Daí a considerarmos que o racionamento exige mesmo, a bem da verdade, uma verdadeira *gramática jurídico-política*.

Luís Vale, em sua monografia intitulada *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde*, levou a cabo esta missão de elaborar e desenvolver aquilo que consideramos ser uma gramática do racionamento, e enfrentou estas e inúmeras outras complexas questões que se entrecruzam no terreno das medidas de racionamento na saúde (VALE, 2007).

Nossa intenção é mais modesta, e, por esta razão, o nosso leitor somente encontrará os *nós problemáticos* cuja abordagem consideramos ser imprescindível para o desenvolvimento de um protótipo de racionamento baseado no modelo das listas ou catálogos legais explícitos.

### 3.1.1 SENTIDOS GERAIS<sup>23</sup>

O primeiro ponto que merece nossa consideração consiste, precisamente, na apresentação dos sentidos ou significados gerais com que empregamos o termo ‘racionamento’. Com efeito, não se trata de realizar um inventário de todos os usos possíveis e vigentes, mas, simplesmente, de evidenciar como o consideramo-lo, como deve o leitor compreendê-lo segundo o ponto de vista aqui defendido.

Por que a proposta de um catálogo de prestações e serviços de saúde qualifica-se como uma política de racionamento? O que torna uma atrativa e benéfica medida de adensamento constitucional de um direito fundamental em algo tão conotativamente negativo? Será esta uma dissimulada tentativa de implementar restrições ao *acesso* de determinadas pessoas aos recursos de saúde, ou mesmo, de *diminuir* a quantidade de cuidados fornecidos? Será, enfim, que se trata de mais uma tentativa de implementação de uma agenda política pouco preocupada com os interesses da grande população usuária do Sistema Único de Saúde?

Estas questões representam apenas algumas das desconfiças que podem vir a surgir na mente do nosso leitor quando, depois de ter lido praticamente todo o texto, defrontar-se com a proposta de uma lista de serviços e cuidados de saúde *racionados*; como, no fundo, uma proposta de política pública de racionamento na saúde.

---

<sup>23</sup> Para mais significados possíveis, cf.: SYRETT, Keith. *Law, legitimacy and the rationing of healthcare. A contextual and comparative perspective*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 15-33.

Uma primeira necessidade consiste, portanto, em demarcarmos-nos deste uso comum do racionamento, uso associado a um sentido negativo, a um sentido de limitação, de restrição, como aponta Susanne Hahn. Por esta conotação, racionar significa limitar o acesso, reduzir a quantidade, ou negar o usufruto de determinados bens em condição de escassez relativa (HAHN, 2002, p. 07).

Não significa isto que neguemos a existência de tal uso, nem mesmo da escassez que lhe subjaz caracteristicamente. Muito pelo contrário. A subscrição do que constatou Susanne Hahn é total e, se considerarmos que no imaginário popular tal acepção é fortalecida pelas percepções subjetivas de injustiça estrutural, a associação do racionamento com limitação se justifica por si só.

Rejeitar o uso do termo com o sentido em referência significa tão somente que o modelo de racionamento pensado e proposto não pretende reproduzir a ideia de uma simples restrição do acesso de determinadas pessoas aos cuidados de saúde, ou de diminuição do uso de certos recursos, embora se saiba que toda proposta de arrolamento de cuidados implica, ao fim e ao cabo, em uma limitação, mas uma limitação que é construída a partir da própria realidade, realidade política e social condicionada pelas relações de produção e repartição vigentes.

Mas, por que então uma tal lista como a que se pretende apresentar qualifica-se como uma medida de racionamento?

Em um primeiro sentido, consideramos que toda e qualquer medida de distribuição geral de bens caracteriza-se como uma política de racionamento. É dizer, neste primeiro sentido geral, o problema da repartição de bens e recursos relativamente escassos encontra-se na base do racionamento, com *racionar* significando *distribuição em geral de recursos escassos*.

Com efeito,

[...] num sentido muito amplo, o racionamento tem curso como distribuição de bens em condição de escassez. Só assim é possível aludir a um racionamento mercantil ou pelo preço, a par do racionamento não mercantil, a um racionamento individual a par do estrutural, casuístico em vez de sistemático, etc. (VALE, 2007, vol. III, p. 09).

No caso da saúde, este primeiro sentido geral do racionamento tanto pode travestir-se no significado de *distribuição de um determinado recurso de saúde escasso segundo critérios de justiça*, como em geral consiste a distribuição-acionamento de órgãos para fins de transplante, quanto no de *distribuição adequada da verba pública arrecadada pela via da tributação*, como

em geral consiste a distribuição-acionamento alocativa dos recursos públicos nas diferentes áreas sociais (VALE, 2007, vol. III, p. 09-10).

A lista básica de cuidados e prestações de saúde que imaginamos caracteriza-se como uma política de racionamento exatamente porque tanto encarna a fisionomia de política específica de distribuição de serviços essenciais escassos segundo determinados critérios, quanto pressupõe e modela um formato de enfrentamento da dificuldade de alocação orçamental.

Mas, não só este sentido geral de distribuição de bens significa a nossa proposta de uma lista de cuidados básicos de saúde. Há, ainda, um outro sentido importante, que é o do racionamento como *distribuição não mercantil de recursos de saúde*.

Vimos, logo na introdução deste trabalho, que o Estado-Providência se serve de um importante instrumento, o *capital social*, para lograr a realização do seu duplo objetivo de tanto neutralizar os efeitos negativos provocados pela lógica expropriatória do capitalismo, quanto de viabilizar as condições ideais para a manutenção, reprodução e legitimação dessa mesma estrutura capitalista de produção (SANTOS, 1987, p. 14-15).

Uma das facetas deste instrumento, o *consumo social*, constitui precisamente o conjunto dos gastos públicos realizados pelo Estado com o objetivo de desmercadorizar os bens e serviços que, a despeito da sua essencialidade para manutenção da vida, não seriam acessíveis por boa parte da população.

O racionamento como distribuição não mercantil dos recursos da saúde constitui exatamente esta operação por meio da qual o Estado se substitui ao mercado na distribuição de certos bens e recursos que, deixados à distribuição comercial, seriam inacessíveis a pessoas com capacidades econômicas reduzidas ou inexistentes.

Nesta óptica, as características essenciais do racionamento são a *anulação do mercado* e a sua *substituição por uma alocação oficial*, sendo normalmente o Estado que toma a seu cargo as duas tarefas interrelacionadas. A razão de ser desta medida é fácil de compreender: quando a procura sobreleva em muito a oferta, os preços sobem exponencialmente, tornando os bens inacessíveis a muitos dos potenciais consumidores, sem que todavia deixe de haver compradores suficientes para esvaziar o mercado (VALE, 2007, vol. III, p. 11).

Por meio de um catálogo próprio, portanto, a entidade estadual explícita pública e legalmente os serviços e cuidados de saúde que, ao lado ainda de uma prestação mercantil possível, serão desmercadorizados e financiados através dos recursos públicos arrecadados por

meio do sistema de tributação. A lista de prestações e cuidados de saúde aqui intencionada adquire, desta maneira, o sentido de racionamento como distribuição não mercantil de recursos.

Deve o leitor ter em conta, portanto, que quando qualificamos de racionamento a nossa proposta de elaboração de uma lista de prestações e cuidados de saúde cobertas pela cláusula constitucional 196<sup>a</sup> da Constituição brasileira temos em consideração estes dois primeiros significados gerais: racionamento como *distribuição geral de recursos em condições de escassez* e racionamento como *distribuição não mercantil de recursos de saúde*.

### 3.1.2 SENTIDOS ESPECÍFICOS

Como de resto já restou evidenciado ao nosso leitor, pretendemos utilizar o conceito de racionamento sempre reconduzido a uma ideia de distribuição/repartição, com *distribuir* constituindo um referente postulado de interpretação da nossa intenção de emprego do vocábulo. Disto decorre que, dos dois sentidos gerais apresentados, decantam-se ainda mais duas acepções também significantes da presente proposta de um pacote básico de recursos de saúde, acepções específicas, porém assentadas na mesma ideia-mestra.

O primeiro destes dois sentidos específicos é o do *racionamento como priorização* (*'rationing as priority setting'*). A ideia é simples: quando se tem uma concorrência de demandas incidindo sobre uma disponibilidade orçamental fixa, a alocação de verbas para o atendimento de uma destas reivindicações implica no desatendimento relativo e/ou absoluto das demais (HAM; COULTER, 2003, p. 08).

Assim, a distribuição de recursos fixos entre uma multiplicidade de demandas concorrentes obriga a que se proceda a uma triagem daquelas consideradas as mais prioritárias e mais carecedoras de atenção. Em um nível macroalocativo, é o que ocorre quando um determinado governo prefere realizar mais investimentos na área da educação a investimentos na saúde pública; em um nível microalocativo, é o que se tem quando o órgão administrativo máximo da saúde prefere realizar mais investimentos nos cuidados de saúde primários a investimentos no desenvolvimento de novas tecnologias.

Um pacote básico de cuidados de saúde materializa precisamente este dilema moral, (bio)ético, jurídico e político de identificar as necessidades sanitárias da população cuja satisfação é prioritária e as necessidades cuja satisfação será postergada para outra ocasião ou que simplesmente não se atenderão. Em outros termos: um pacote tal como o que se idealiza

espelha, a partir dos cuidados e prestações de saúde que arrola, as prioridades de investimento e atenção identificadas.

E daí decorre o segundo sentido específico que intencionamos apresentar: o do *racionamento como seleção*. Ora, estabelecidas as prioridades carecedoras de maior investimento e atenção, uma seleção de pessoas e de cuidados deve ter lugar. Vale dizer, se a disponibilidade orçamental é fixa e, portanto, o atendimento das múltiplas necessidades exige uma *priorização* das que devem e das que não devem ser satisfeitas, a lista de cuidados inevitavelmente reproduzirá uma determinada seleção dos recursos oferecidos e das pessoas cobertas.

Se quisermos ser totalmente consequentes na análise da priorização, teremos de assentir que ela desemboca quase sempre numa selecção. Mesmo que o processo priorizador não obedeça a uma racionalidade analítico-decisória – que envolve hierarquizações claras – e passe antes por ponderações mais gerais secundadas por ulteriores sopesações em concreto, não há dúvida de que se fazem escolhas, se seleccionam uns cuidados em desfavor de outros, para figurar entre os mais importantes, ou então se elegem alguns tratamentos para serem incluídos na categoria dos dispensáveis (VALE, 2007, vol. III, p. 17).

O catálogo de prestações que idealizamos consubstancia também uma seleção, mas uma seleção somente de prestações, como veremos mais adiante. Por ora, importa somente evidenciar ao nosso leitor que o emprego do vocábulo ‘racionamento’ na qualificação desta proposta se deve ao fato de assumir mais estes dois significados específicos: *racionamento como priorização e como seleção*.

### 3.1.3 COMPETÊNCIA E MOMENTOS

Constituindo uma *distribuição geral e não mercantil de recursos escassos* em que se estabelecem *prioridades* de atenção e *selecionam-se* os recursos a ser fornecidos, o pacote básico de cuidados de saúde como política de racionamento convoca precisamente estas duas questões já epigrafadas no título do tópico.

Saber quem são os responsáveis por identificar as prioridades e seleccionar as prestações e saber qual o momento mais adequado para o seu desenrolar constituem dois problemas distintos, porém inevitavelmente interconexos. Com efeito, o *quem* responsável pela elaboração do pacote básico de serviços de saúde “levanta um problema de repartição de competências

(normativas e materiais)” que se ambienta prioritariamente no quadro da Constituição; o *quando* mais adequado para realizá-lo levanta, por sua vez, um problema de conveniência e oportunidade política que se desenrola prioritariamente no espaço de debates da esfera pública e social (VALE, 2007, vol. III, p. 25).

A questão de saber qual autoridade é a responsável por realizar a *priorização* e a *seleção das prestações* cobertas encontra no quadro constitucional de competências a sua resposta. Lá se verifica que a Constituição brasileira atribuiu competência legislativa concorrente sobre proteção e defesa da saúde à União, Estados e Municípios (artigos 24, XII, e 30, II), muito embora no aspecto administrativo os três entes tenham competência comum para formular e executar políticas de saúde (BARROSO, 2007, p. 104).

No plano legislativo,

À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, complementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente complementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II) (BARROSO, 2007, p. 104).

Isto significa que um pacote básico de serviços fornecidos pelo Sistema Único de Saúde em nível nacional deve ser estabelecido pelo Poder Legislativo da União com possibilidade, entretanto, de incremento pelos Poderes Legislativos estaduais e municipais. Vale dizer: tal como os modelos implementados na Espanha e na Itália, admite-se que os Estados e Municípios forneçam alguns poucos serviços de saúde além do que os previstos no pacote geral nacional, sobretudo por termos em conta que neste Brasil continental e multiétnico cada região apresenta necessidades sanitárias próprias e específicas.

Não se trata, bem por isso, da defesa de uma permissão à elaboração de pacotes de saúde estaduais e regionais mais sofisticados, pois isto inevitavelmente conduziria ao estabelecimento de uma profunda desigualdade de prestações entre regiões que são marcadamente desiguais em termos de poder econômico. Trata-se, isto sim, de ter em conta as peculiaridades sanitárias, econômicas e sociais que determinam as necessidades específicas de saúde que cada região apresenta.

Assim, portanto, idealizamos um pacote geral nacional estabelecido pelo Poder Legislativo da União, porém complementável com os serviços e prestações que Estados e

Municípios entendam por bem fornecer em razão das necessidades sanitárias específicas das suas populações residentes, fornecimento este sempre carecedor de justificação e controle.

Daí se chega à conclusão, já agora respondendo à segunda indagação, de que a proposta de racionamento da qual tratamos se desenvolve e deve se desenrolar prioritariamente no momento de elaboração das leis e de planejamento das políticas públicas de saúde. Isto é, não se trata de um racionamento do *uso* dos recursos a ser realizado administrativamente pelos agentes sanitários, ou do *acesso* das pessoas a estes mesmos recursos, mas, sim, um racionamento *priorização-seleção* das *prestações* a serem fornecidas.

Como refere Luís Vale,

[...] Terminámos de ver que o conceito de racionamento tanto é utilizado por forma a abranger a afectação de recursos ao sector da saúde, como para designar apenas a distribuição politicamente planeada dos fundos assim consignados e os programas da sua implementação; e que, assim como refere os projectos desenvolvidos a nível administrativo nacional e regional, também aparece a designar as escolhas tomadas pelos responsáveis das instituições prestadoras e pelos profissionais (VALE, 2007, vol. III, p. 29).

A determinação do momento depende, portanto, do sentido com que a política de racionamento é empregada, e, no caso da nossa proposta, esse momento é mesmo o da abstrata ocasião de elaboração legal do pacote básico de serviços de saúde e das políticas sanitárias nacionais, regionais e municipais.

### **3.1.4 OBJETO**

Pelas razões que esperamos já terem ficado claras ao leitor, os *bens* ou *objetos* que intencionamos ver racionados – *justamente distribuído* – com a nossa proposta de um pacote básico de serviços de saúde são, precisamente, os *cuidados*, *serviços* ou *prestações sanitárias* a que as pessoas no Brasil fazem jus em razão do seu direito constitucional à proteção da saúde.

Para ser mais específico, trata-se da proposta de um pacote básico de prestações sanitárias que raciona ou distribui justamente a própria *oferta* dos serviços cobertos pelo subsistema público de saúde brasileiro, isso por meio da apresentação de uma lista ou catálogo explícito dos cuidados servidos.



Vale dizer, um *racionamento-distribuição* que *prioriza* certas necessidades sanitárias e *seleciona* certos recursos indispensáveis ao seu atendimento, desatendendo de modo absoluto ou relativo outras necessidades e, obviamente, eliminando total ou parcialmente os serviços que lhes corresponderiam; *racionamento*, portanto, que modifica, restringe e amplia a própria lista ou oferta dos cuidados cobertos.

Não significa isto que, tal como nos alerta Luís Vale relativamente ao objeto “acesso à saúde” ao qual dedicou sua investigação, identifiquemos a oferta dos serviços como o único objeto do *racionamento* ou como somente sendo possível de *racionamento* bens materiais encontráveis na específica condição de relativa escassez (VALE, 2007, vol. III, p. 44).

Não. Um *racionamento* assente na restrição ou exclusão de cuidados específicos para determinadas categorias de pessoas, como estrangeiros; um *racionamento* baseado na cobrança de taxas de utilização dos serviços; um *racionamento* da utilização dos recursos baseado na ideia da *necessidade médica*; um *racionamento* baseado em “regras estritas de acesso e circulação dentro do sistema” são todos exemplos de políticas racionadoras que atingem a própria *procura* pelo sistema (VALE, 2007, vol. III, p. 45).

Com efeito, enquanto as medidas de *racionamento* da *procura* visam “filtrar os consumidores para que acedam apenas os que têm verdadeira necessidade”, isto por meio da fixação daquelas e de outras medidas mais, o *racionamento* da *oferta* objetiva delimitar o conjunto das prestações, portanto a abrangência objetiva da cobertura, que o Estado diretamente ou indiretamente deverá financiar.

É possível conviverem, deste modo, políticas de *racionamento* da *procura* com medidas racionadoras da *oferta*, e é preciso que o leitor tenha em conta que a nossa é uma proposta de *racionamento* que se qualifica exatamente pela segunda hipótese.

### 3.1.5 CRITÉRIOS DE SELEÇÃO

O pacote básico de serviços que intencionamos reproduz em geral o sentido da distribuição e, de modo muito específico, o sentido da distribuição como priorização e como seleção da oferta dos cuidados, em que alguns cuidados são selecionados, outros excluídos, e outros, ainda, parcialmente excluídos – uma medida racionadora da própria oferta dos serviços, da abrangência objetiva do direito que por meio do subsistema público de saúde se realiza.

Daí decorre que, tão importante quanto determinar os sentidos, objeto, competências e momentos da proposta de um pacote básico de serviços seja a tarefa de apresentar os critérios em que se assentará a seleção dos cuidados que o comporá.

Para esta finalidade, é imperioso lembrar, antes, algumas das ideias que fixamos no primeiro capítulo deste trabalho e no início do segundo sobre os referentes conceitos de saúde, doença e enfermidade propostos no dealbar da nossa investigação, em vista de possibilitar ao leitor a visualização das suas repercussões na definição dos critérios de seleção das prestações.

Com efeito, interessa-nos especificamente recordar que:

- a) O direito à proteção da saúde assume-se como o direito a uma proteção jurídica ampla das capacidades centrais da *nutrição, locomoção, reprodução, comunicação, raciocínio e emoções*;
- b) Os conceitos de doença e de enfermidade, tal como os propusemos, não fazem parte do núcleo do direito, embora a doença constitua um referente para a elaboração das políticas sociais de saúde;
- c) Considerar a doença como referente para a elaboração das políticas sociais de saúde não significa restringir os cuidados somente aos indivíduos que se encontram efetivamente doentes com exclusão dos que se encontram enfermos – se assim fosse, as ações de prevenção de saúde cujo alvo são os indivíduos saudáveis estariam injustificadas.
- d) O conteúdo do direito se realiza de modo geral, portanto, quando o Estado disponibiliza os meios indispensáveis à prevenção de doenças e enfermidades, manutenção e recuperação das capacidades centrais de saúde dos indivíduos, ou, em uma trágica hipótese, à suavização dos efeitos negativos de uma doença absoluta.

Para elaborar o protótipo de um pacote básico de serviços de saúde, consideramos quatro critérios. São eles:

- a) *Eficácia*: capacidade que uma determinada prestação sanitária possui no plano científico e tecnológico de produzir, dentro das condições mais favoráveis tendo-se em conta o estado do paciente e demais circunstâncias, uma melhoria na

conservação e/ou ampliação das possibilidades de uso das capacidades centrais de saúde, ou uma melhoria na prevenção, diagnóstico ou tratamento de doenças e enfermidades, isto é, *capacidade de atingir dado resultado* (DONABEDIAN, 2003, p. 04);

- b) *Efetividade*: capacidade que determinada prestação sanitária possui de realizar, no plano concreto, uma melhoria na conservação e/ou ampliação das possibilidades de uso das capacidades centrais de saúde, ou uma melhoria na prevenção, diagnóstico ou tratamento de doenças e enfermidades *que a ciência e a tecnologia, em condições ideais ou específicas, estabeleceram como alcançáveis* (DONABEDIAN, 2003, p. 05-09);
- c) *Eficiência*: capacidade que determinada prestação sanitária possui de realizar, no plano concreto, uma melhoria na conservação e/ou ampliação das possibilidades de uso das capacidades centrais de saúde, ou uma melhoria na prevenção, diagnóstico ou tratamento de doenças e enfermidades *envolvendo o menor custo possível* (DONABEDIAN, 2003, p. 09-11);
- d) *Segurança*: capacidade que determinada prestação sanitária possui de realizar, no plano concreto, uma melhoria na conservação e/ou ampliação das possibilidades de uso das capacidades centrais de saúde, ou uma melhoria na prevenção, diagnóstico ou tratamento de doenças e enfermidades *oferecendo o menor perigo possível à vida do paciente e/ou dos demais indivíduos*;

Para haver a inclusão de uma determinada prestação no catálogo, consideramos haver a necessidade de que esta observe os critérios acima indicados, mas, se for o caso de substituição de uma prestação já existente por uma nova, consideramos haver a necessidade de observar o critério adicional da *vantagem alternativa assistencial*.

A ideia é simples: por este critério impõe-se que prestação a ser incluída seja mais eficaz, mais efetiva, mais eficiente e mais segura do que a anterior. Vale dizer, não só deve atender os critérios válidos para a seleção geral de prestações, como deve fazê-lo melhor do que a prestação antecessora.

Nesse sentido, serão excluídas do catálogo as prestações sanitárias que cientificamente se provar não serem mais eficazes, efetivas, eficientes e seguras, ou que tenham perdido sua utilidade sanitária em razão do desenvolvimento de uma prestação propiciadora de mais melhorias nos critérios apontados.

Por fim, consideramos não serem passíveis de inclusão no catálogo as prestações:

- a) Cuja eficácia, efetividade, eficiência e segurança não estejam suficiente e cientificamente comprovadas;
- b) Que ainda se encontrem em fase de investigação científica, salvo os casos de testes em humanos legal ou judicialmente autorizados;
- c) Que tenham como finalidade a promoção do descanso, do conforto, da prática desportiva, da melhoria estética ou similares, salvo, quanto à última, nos casos de malformação congênita ou para reparação em razão de acidentes;

### **3.2 O CATÁLOGO DE SERVIÇOS DE SAÚDE: um protótipo**

Durante todo o desenvolvimento desta investigação, temos vindo a utilizar os termos ‘catálogo’, ‘lista’ e ‘pacote’ como sinônimos, com todos designando com maior ou menor precisão a ideia de um lote detalhado, comum e universal de prestações sanitárias a que se obriga o Estado brasileiro a fornecer em razão do compromisso assumido no artigo 196 da sua Constituição.

Rigorosamente falando, um pacote de serviços – ou *‘benefit package’* – compreende “a totalidade de serviços, actividades ou bens reembolsadas ou diretamente prestadas por esquemas de seguros obrigatórios ou publicamente financiados”. É dizer, “Um pacote básico de benefícios pode ser definido através de um ou mais catálogos de benefícios” necessários (VALE, 2007, vol. III, p. 18).

No início deste capítulo, reproduzindo o que em outros trechos e momentos já havíamos colocado, reconhecemos que o problema da incapacidade financeira do Estado Fiscal brasileiro em sustentar o atual modelo do Sistema Único de Saúde somente se resolveria com a constituição de um ‘pacote básico’ de serviços, este conjunto de listas relativamente detalhadas de serviços e prestações a que se refere Luís Vale.

Embora tenhamos reconhecido tal necessidade, também afirmamos, entretanto, que essa não constituiria a nossa intenção. Isto é, alertamos o leitor logo na introdução para o fato de que a nossa proposta restringir-se-ia a idealizar somente o protótipo de um catálogo ou lista geral a ser acedido igualmente por todos, sem adentrar, portanto, nos catálogos de prestações excluídas, de prestações parcialmente cobertas e de prestações categoriais constituintes de um rigoroso *pacote básico*.

Por esta razão, tenha o leitor em conta estas duas informações: 1) as prestações a seguir elencadas consubstanciam tão somente o protótipo de um catálogo geral e comum de prestações; e, 2) este protótipo de catálogo não constitui no rigor do sentido acima descrito um *pacote básico de serviços sanitários*, como tão pouco elimina a necessidade de elaboração de outros catálogos de prestações, a estabelecer um verdadeiro nível de prestação social em saúde (CANOTILHO, 2008, p. 262-263).

No mais, uma última observação. Como é de se esperar em um trabalho monográfico sobre Direito e Medicina escrito por um jurista, é possível que haja a falta de indicação de alguma prestação atualmente indispensável ou que alguma prestação já em desuso na atual prática médica tenha sido equivocadamente arrolada.

Por esta razão, embora de fato intencionemos um catálogo consistente, elaborado a partir do estudo e análise comparativa de outros catálogos já existentes ao redor do mundo, nossa proposta não deixa de consubstanciar apenas um protótipo.

### **3.2.1 SERVIÇOS DE CUIDADOS PRIMÁRIOS**

Como já referimos, os cuidados primários consubstanciam o conjunto de prestações a que acedem as pessoas em seu primeiro e inicial contato com Sistema Único de Saúde. As prestações compreendidas nesta etapa inicial devem ser fundamentalmente estas:

#### **3.2.1.1 CONSULTAS**

- Consultas com médicos e equipes de saúde da família e comunidade (enfermeiro, técnico de enfermagem, e agentes comunitários de saúde) ou com médicos e equipes generalistas por requisição dos usuários;

- Consultas com médicos e equipes de saúde da família e comunidade (enfermeiro, técnico de enfermagem, e agentes comunitários de saúde) ou com médicos e equipes generalistas por requisição de um profissional sanitário;
- Consultas com médicos e equipes de saúde da família e comunidade (enfermeiro, técnico de enfermagem, e agentes comunitários de saúde) ou com médicos e equipes generalistas por motivos de urgência.

### **3.2.1.2 SERVIÇOS DIAGNÓSTICOS**

- Anamneses e exames físicos;
- Verificação de pressão arterial;
- Espirometria, medição de pico de fluxo respiratório e oximetria de pulso;
- Otoscopia, Laringoscopia com espelho de Garcia e acumetria com diapasão;
- Medição da acuidade visual e fundo de olho;
- Determinações analíticas por técnica seca;
- Obtenção de amostras biológicas;
- Testes psicoafetivos, sociais, de morbidade e de qualidade de vida;

### **3.2.1.3 SERVIÇOS TERAPÊUTICOS**

- Indicação, prescrição e acompanhamento de tratamentos farmacológicos e não farmacológicos, incluindo os materiais necessários às suas aplicações;
- Administração de tratamentos tópicos, enterais e parenterais;
- Curas, suturas e tratamento de úlceras cutâneas;
- Imobilizações e seus materiais;
- Infiltrações;
- Aplicações de Aerossóis;
- Tamponamentos nasais;
- Remoção de tampões auditivos;
- Remoção de corpos estranhos;

- Cuidados gerais com estomas digestivos, urinários e traqueais;
- Aplicação e substituição de catéteres uretrais e nasogástricos;
- Ressuscitação cardiovascular;
- Demais procedimentos terapêuticos gerais de baixa complexidade e minimamente invasivos praticados sob anestesia local.

#### **3.2.1.4 SERVIÇOS DE SAÚDE BUCO-DENTAL**

- Tratamento de processos infecciosos, inflamatórios, feridas e lesões na mucosa oral e exodontias, incluindo o tratamento medicamentoso quando for o caso;
- Revisão oral para detecção precoce de lesões malignas;
- Aplicação de flúor, obturações e vedação de fissuras;

#### **3.2.1.5 SERVIÇOS DE REABILITAÇÃO E CUIDADOS AUXILIARES**

- Tratamento fisioterápico para o controle de sintomas e melhoria funcional de pacientes com processos musculoesqueléticos crônicos;
- Recuperação e reabilitação fisioterápica em pacientes com enfermidades neurológicas;
- Fisioterapia respiratória;
- Tratamento e acompanhamento nutricional para o controle de sintomas e melhoria funcional de pacientes com distúrbios metabólicos ou distúrbios alimentares crônicos;
- Tratamento e acompanhamento fonoaudiológico para o controle de sintomas e melhoria funcional de pacientes com problemas comunicativos oriundos de malformações congênitas, enfermidades crônicas e acidentes;
- Acompanhamento psicológico para pacientes detectados com transtornos psíquicos.

### **3.2.1.6 SERVIÇOS DE PREVENÇÃO, PROMOÇÃO, ATENÇÃO FAMILIAR E COMUNITÁRIA**

- Educação sanitária compreendendo: a) ensino e conscientização sobre condutas e fatores de risco, sobretudo relacionadas ao consumo de substâncias químicas; b) ensino e conscientização sobre hábitos, estilos de vida e alimentação saudáveis; c) ensino e informação sobre saúde sexual e reprodutiva; d) ensino e informação, quando for o caso, sobre possíveis efeitos terapêuticos de plantas medicinais ou outros recursos terapêuticos possíveis; e) ensino e informação sobre a automedicação; f) ensino e informação sobre o autocuidado; g) ensino e informação em matéria de higiene e saúde bucal; h) ensino e conscientização sobre doenças crônicas e/ou transmissíveis;
- Atenção e assistência a enfermos com enfermidades crônicas e/ou contagiosas;
- Indicações e administração de quimioprofilaxia antibiótica em contato com pacientes portadores de enfermidades infecciosas, se for o caso;
- Prevenção do desenvolvimento de doenças por meio de fatores de risco, e detecção pré-sintomática por meio de diagnóstico precoce;
- Prevenção do desenvolvimento e do avanço de transtornos musculoesqueléticos;
- Vacinações gerais para todos os grupos etários, étnicos e de risco, e vacinações específicas que se requeiram em razão de indicações epidemiológicas;
- Atenção familiar, compreendendo a identificação da estrutura, ciclo vital e acontecimentos vitais importantes da família do paciente cuja morbidez se suspeita estar relacionada com algumas destas questões;
- Atenção comunitária, compreendendo a detecção e priorização das necessidades e problemas sanitários da comunidade, e a intervenção sanitária em vista da melhoria da saúde local.

### **3.2.2 SERVIÇOS DE CUIDADOS SECUNDÁRIOS**

O nível de atenção sanitária secundária responde fundamentalmente pelos cuidados ambulatoriais e pelos procedimentos de média complexidade que se realizam em centros



especializados, tal como os *Centros de Atenção Psicossocial* ou *Unidades de Pronto-Atendimento*. Compreende as seguintes prestações:

### **3.2.2.1 CONSULTAS**

- Consultas com médicos especialistas (Alergia e Imunologia, Angiologia, Oncologia, Cardiologia, Dermatologia, Endocrinologia, Gastroenterologia, Hematologia, Infectologia, Neurologia, Oftalmologia, Ortopedia e Traumatologia, Otorrinolaringologia, Pneumologia, Psiquiatria e Reumatologia) por requisição de um profissional sanitário;
- Consultas, tratamento e acompanhamento com equipes sanitárias multiprofissionais (enfermeiros, técnicos de enfermagem e demais profissionais) por requisição de um médico especialista;
- Consultas com médicos especialistas (Alergia e Imunologia, Angiologia, Oncologia, Cardiologia, Dermatologia, Endocrinologia, Gastroenterologia, Hematologia, Infectologia, Neurologia, Oftalmologia, Ortopedia e Traumatologia, Otorrinolaringologia, Pneumologia, Psiquiatria e Reumatologia) por motivos de urgência com prévia indicação e requisição dos serviços sanitários.

### **3.2.2.2 SERVIÇOS DIAGNÓSTICOS**

- Exames laboratoriais (Preventivo do Câncer, Uroanálise, Biologia Molecular, Parasitologia, Citologia, Microbiologia, Hematologia, Anátomo Patologia, Hormônios, Imunologia);
- Diagnósticos por imagem (Radiologia geral simples, ecografia, endoscopia digestiva e laringoscopia direta);
- Eletrocardiografias, oscilometrias e audiometrias;
- Biópsias;
- Provas funcionais;

### **3.2.2.3 SERVIÇOS TERAPÊUTICOS**

- Indicação, prescrição e administração de tratamentos farmacológicos e não farmacológicos, incluindo os materiais necessários às suas aplicações;
- Administração de tratamentos tópicos, enterais e parenterais;
- Cirurgias menores e de baixa complexidade que não requeiram cuidados pós-operatórios;
- Hemodiálise, diálise peritoneal contínua ambulatória e diálise peritoneal automática;
- Hemoterapia;
- Litotripsia extracorpórea;
- Tratamentos dietoterápicos, quando for o caso<sup>24</sup>;
- Técnicas de terapia respiratória;
- Demais procedimentos terapêuticos gerais de baixa complexidade e minimamente invasivos, como: reanimações cardiovasculares e imobilizações e engessamentos ósseos.

### **3.2.2.4 SERVIÇOS DE SAÚDE BUCO-DENTAL**

- Tratamento de traumatismos ósseo-dentários, de patologias agudas da articulação temporomandibular e exodontias cirúrgicas, incluindo o tratamento medicamentoso quando for o caso;
- Cirurgias menores da cavidade oral;
- Biopsias de lesões na mucosa;
- Ortopantomografia diagnóstica.

---

<sup>24</sup> A especificação dos produtos dietéticos cobertos exige um catálogo à parte que não nos ocuparemos de propor.

### **3.2.2.5 SERVIÇOS DE REABILITAÇÃO E CUIDADOS AUXILIARES**

- Tratamento e acompanhamento fisioterápico para a reabilitação musculoesquelética, neurológica e respiratória de pacientes com déficit funcional recuperável;
- Tratamento e acompanhamento nutricional ou dietoterápico, enteral e parenteral, para pacientes com déficit funcional recuperável;
- Tratamento e acompanhamento fonoaudiológico para a reabilitação comunicativa de pacientes com déficit funcional recuperável;
- Reabilitação mental, psiquiátrica e psicossocial de pacientes com transtornos psíquicos recuperáveis.

### **3.2.2.6 ATENÇÃO À SAÚDE MENTAL**

- Diagnóstico e tratamento de transtornos mentais agudos e de transtornos mentais crônicos, compreendendo o tratamento ambulatorial, as intervenções individuais ou familiares e a hospitalização quando necessária;
- Diagnóstico e tratamento de comportamentos aditivos, incluindo o alcoolismo, drogas e o jogo compulsivo, compreendendo o tratamento ambulatorial e as intervenções individuais ou familiares;
- Diagnóstico e tratamento de transtornos psicopatológicos gerais e comportamentais, como autismo, anorexia, bulimia, compreendendo o tratamento ambulatorial, as intervenções psicoterapêuticas, a internação quando necessária e reforço de comportamentos saudáveis;
- Diagnóstico e tratamento de transtornos mentais derivados de situações de risco ou exclusão social;
- Informação e assessoramento das pessoas vinculadas ao paciente, especialmente os seus cuidadores principais.

### **3.2.3 SERVIÇOS DE CUIDADOS TERCIÁRIOS OU HOSPITALARES**

O atendimento terciário constitui o cume da organização de oferta dos serviços de saúde. Nesse nível, os usuários recebem tratamentos médicos já em hospitais públicos ou privados, conveniados estes com o Estado, e se submetem a procedimentos mais especializados e de maior custo para sua realização. Compreendem as seguintes prestações:

#### **3.2.3.1 CONSULTAS**

- Consultas hospitalares com médicos especialistas (Alergia e Imunologia, Angiologia, Oncologia, Cardiologia, Cirurgias [Geral, Cardiovascular, Pediátrica, Vascular, do Aparelho Digestivo e Neurocirurgia], Dermatologia, Endocrinologia, Gastroenterologia, Hematologia, Infectologia, Neurologia, Oftalmologia, Ortopedia e Traumatologia, Otorrinolaringologia, Pneumologia e Reumatologia) por requisição de um médico especialista de atenção secundária;
- Consultas, tratamento e acompanhamento com equipes sanitárias multiprofissionais (enfermeiros, técnicos de enfermagem e demais profissionais) por requisição de um médico especialista de atenção terciária ou hospitalar;
- Consultas hospitalares com médicos especialistas (Alergia e Imunologia, Angiologia, Oncologia, Cardiologia, Cirurgias [Geral, Cardiovascular, Pediátrica, Vascular, do Aparelho Digestivo e Neurocirurgia], Dermatologia, Endocrinologia, Gastroenterologia, Hematologia, Infectologia, Neurologia, Oftalmologia, Ortopedia e Traumatologia, Otorrinolaringologia, Pneumologia e Reumatologia) por motivos de urgência com prévia indicação e requisição dos serviços sanitários.

#### **3.2.3.2 SERVIÇOS DIAGNÓSTICOS**

- Exames laboratoriais (Uroanálise, Biologia Molecular, Parasitologia, Citologia, Microbiologia, Hematologia, Anátomo Patologia, Hormônios e Imunologia);

- Diagnósticos por imagem (Radiologia geral simples, radiologia convencional com contraste, radiologia de intervenção, ultrassonografia doppler, endoscopia digestiva, laringoscopia direta, densitometria óssea, tomografia axial computadorizada, angiotomografia, angiotomografia das coronárias, rastreio precoce do cancro do pulmão, ressonância magnética, ecocardiograma, hemodinâmica diagnóstica e punção aspirativa de agulha fina);
- Biópsias;
- Provas funcionais;

### 3.2.3.3 SERVIÇOS TERAPÊUTICOS

- Indicação, prescrição e administração de tratamentos farmacológicos e não farmacológicos, incluindo os materiais necessários às suas aplicações;
- Administração de tratamentos tópicos, enterais e parenterais;
- Cirurgias<sup>25</sup> que requeiram internação para cuidados pós-operatórios;
- Transplantes de órgãos<sup>26</sup>, tecidos e células<sup>27</sup>;
- Quimioterapias, radioterapias e radiocirurgias;
- Implantes de próteses<sup>28</sup> e sua oportuna renovação;
- Hemodinâmica e hemoterapia;
- Radiologia de intervenção terapêutica;
- Reanimação pós-cirúrgica e, se necessário, depois de procedimentos diagnósticos invasivos;

<sup>25</sup> Tratamento cirúrgico para enfermidades: a) infecciosas e parasitárias; b) neoplasias; c) endócrinas, nutricionais, metabólicas e imunitárias; d) do sangue e de órgãos hematopoiéticos; e) do sistema nervoso e dos órgãos de sentido; f) do sistema circulatório; g) do sistema respiratório; h) do sistema digestivo; i) do sistema geniturinário; j) da pele e do tecido subcutâneo; l) do sistema osteomioarticular e do tecido conjuntivo; m) congênitas; e, n) lesões e envenenamentos. Tal indicação carece, ainda, de uma especificação detalhada das enfermidades sujeitas a tratamento cirúrgico em cada uma das categorias indicadas.

<sup>26</sup> Transplante dos seguintes órgãos: a) rim; b) coração; c) pulmão; d) fígado; e) pâncreas; f) intestino; g) rim-pâncreas; h) coração-pulmão; e qualquer outra combinação de dois ou mais destes órgãos para os quais exista indicação clínica.

<sup>27</sup> Transplante dos seguintes tecidos e células: a) células-tronco hematopoiéticas a partir de medula óssea; b) sangue periférico e sangue do cordão umbilical nos processos em que exista indicação clínica; c) tecidos do globo ocular (córnea, esclera e limbo); d) membrana amniótica; e) homoenxerto valvular e vascular; f) tecidos e pele musculoesqueléticas; e g) culturas de queratinócitos e culturas de células para os quais haja uma indicação clínica estabelecida.

<sup>28</sup> A especificação das próteses cobertas exige um catálogo à parte que não nos ocuparemos de propor.

- Tratamentos dietoterápicos, quando for o caso;
- Tratamento de possíveis complicações que podem surgir durante o processo de cuidado hospitalar;
- Demais procedimentos terapêuticos complexos que se façam necessários durante o processo de cuidado hospitalar.

#### 3.2.3.4 SERVIÇOS DE REABILITAÇÃO E CUIDADOS AUXILIARES

- Tratamento e acompanhamento fisioterápico para a reabilitação musculoesquelética, nervosa, cardiovascular, neurológica e respiratória de pacientes pré e pós-operados;
- Tratamento e acompanhamento nutricional ou dietoterápico, enteral e parenteral, para pacientes pré e pós-operados;
- Tratamento e acompanhamento fonoaudiológico para a reabilitação comunicativa de pacientes pós-operados;
- Tratamento psicológico, psiquiátrico e psicossocial para pacientes pré e pós-operados.

#### 3.2.4 FÁRMACOS<sup>29</sup>

A lista de cobertura dos fármacos que o subsistema público de saúde brasileiro oferece está fundamentalmente descrito em dois catálogos.

O primeiro deles, os *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS*, arrola fármacos que diríamos mais comuns, medicamentos utilizados para o tratamento de uma lista de enfermidades frequentes na sociedade.

O segundo, o *Componente Especializado da Assistência Farmacêutica*, arrola os fármacos mais especiais, medicamentos utilizados para o tratamento de uma lista de enfermidades raras ou menos frequentes.

---

<sup>29</sup> Em decisão no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n° 175, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu critérios para a atuação do Poder Judiciário quanto à questão da exigibilidade judicial de medicamentos. Para maiores aprofundamentos, cf.: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 126.

Tanto um quanto o outro materializam a ideia de um catálogo geral e especializado de cobertura farmacológica, e, por esta razão, não consideramos a necessidade de apresentar ao leitor uma lista distinta e alternativa; o modelo empregado já é suficiente e consideramo-lo para a finalidade geral aqui exposta.

### **3.2.5 TRANSPORTE DE PACIENTES**

- Transporte terrestre de pacientes por meio de viatura-ambulância ou outros veículos do Estado próprios para esta finalidade;
- Transporte marítimo de pacientes por meio de barco-ambulância ou outras embarcações do Estado próprias para esta finalidade;
- Transporte aéreo de pacientes por meio de avião-ambulância e/ou helicóptero-ambulância próprios para esta finalidade.

Este é o nosso protótipo.

### **3.3 MODELOS DE CATÁLOGOS NO DIREITO ESTRANGEIRO**

Como referimos anteriormente, alguns países já vêm implementando medidas ou políticas de racionamento dos serviços e prestações de saúde oferecidos à população, algumas mais rígidas, outras mais amplas.

Os tipos de subsistemas públicos em que são empregadas estas medidas variam bastante, mas é possível identificar dois grandes modelos no direito estrangeiro. Um primeiro que se emprega em subsistemas de tipo securitário, como é o caso do modelo canadense; e um segundo que se emprega em países detentores de um sistema nacional de saúde, como são os casos de Espanha e Itália.

Nesta seção, nossa intenção é apresentar somente exemplos implementados no estrangeiro – Espanha, Itália e Canadá – que adotam, tal como apresentamos, o modelo da lista de serviços e prestações.

Antes, porém, uma derradeira observação. Com este tópico, não intencionamos realizar uma comparação entre o modelo proposto e os modelos apresentantes a fim de verificar-se qual

deles é o mais correto ou o mais adequado. Não se trata disso. Nosso objetivo restringe-se somente em prover o leitor de exemplos interessantes a se considerar na futura elaboração legislativa do modelo brasileiro.

### 3.3.1 O MODELO DA ESPANHA

O subsistema público de saúde do Estado de Espanha encontra-se regulado por um conjunto formado tanto por disposições constitucionais quanto por disposições infraconstitucionais.

A Constituição espanhola de 1978 fundamentaliza e dá existência, em seu artigo 43, ao direito fundamental social de todos os cidadãos à proteção da saúde e atenção sanitária (LIBERAL, 2005, p. 70).

A *Ley General de Sanidad* (1986), a *Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* (2003), a *Ley de garantías y uso racional del medicamento* (2006), a *Ley General de Salud Pública* (2011) e o *Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejora de la calidad y la seguridad* (2012) promovem o seu adensamento.

Este subsistema público de saúde recebe a designação de *Sistema Nacional de Salud*, e se funda nos princípios da: a) “Financiación pública, universalidad y gratuidad de los servicios sanitarios en el momento del uso; b) “Derechos y deberes definidos para los ciudadanos y para los poderes públicos”; c) “Descentralización política de la sanidad en las comunidades autónomas”; d) “Prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados”; e, por fim, e) “Integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud” (ESPANHA, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, SNS, 2012, p. 06).

O *Sistema Nacional de Salud* constitui o conjunto coordenado dos serviços de saúde de responsabilidade dos poderes públicos, sendo composto tanto pelos serviços de responsabilidade da Administração do Estado quanto pelos serviços de responsabilidade das comunidades autônomas.

Em linhas gerais, compete à Administração do Estado: a) estabelecer as bases regulamentares mínimas de funcionamento dos serviços públicos e realizar a coordenação da saúde como um todo; b) celebrar acordos e relações sanitárias internacionais, bem como realizar a vigilância e controle de riscos para saúde dentro das fronteiras do território; c) cuidar de modo



geral da política de medicamentos; e, por fim, d) realização a gestão do *Instituto Nacional de Gestión Sanitaria* (ESPANHA, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, SNS, 2012, p. 06).

Às comunidades autônomas, por sua vez, atribuem-se os deveres de: a) realizar a planificação sanitária das ações e serviços em seus territórios; b) cuidar, planejar e monitorar a saúde pública como um todo; e, por fim, d) realizar a gestão dos serviços de saúde (ESPANHA, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, SNS, 2012, p. 06).

O subsistema público de saúde de Espanha é financiado majoritariamente com os recursos públicos obtidos através da tributação previstos no orçamento das comunidades autônomas, conforme estabelece o artigo 10 da *Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003)*, embora uma pequena parcela de receitas privadas oriundas de copagamento também o reforcem.

O fluxo financeiro ocorre da seguinte maneira: o Parlamento do Estado aprova o orçamento nacional da saúde; depois, distribuem-se as verbas entre as dezessete comunidades autônomas existentes “cujos Parlamentos regionais aprovam novo orçamento da saúde que pode ultrapassar a quantia recebida do Governo Central e, finalmente, os fundos são alocados, segundo o esquema de retribuição definido pelas regiões, às diferentes instituições de saúde” (VALE, 2007, vol. III, p. 200).

Estas receitas sustentam a oferta dos serviços em dois níveis de acesso, conforme a possibilidade de acesso espontâneo dos cidadãos e a complexidade tecnológica das prestações de saúde envolvidas.

Os tratamentos e cuidados de *atenção primária* ficam a cargo dos centros de saúde, dispostos de modo isócrono no território e onde trabalham equipes multidisciplinares compostas por médicos de família e comunidade, pediatras, enfermeiros, pessoal administrativo, e podendo dispor também de outros profissionais ligados à área da saúde (ESPANHA, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, SNS, 2012, p. 12).

O acesso aos serviços e cuidados de atenção primária é espontâneo, podendo ainda chegar até o domicílio do cidadão quando for necessário, e as suas atividades consistem, basicamente, em desenvolver tarefas de promoção da saúde e prevenção de enfermidades.

Havendo a necessidade ou indicação dos prestadores de saúde primários, um segundo nível de cuidados – *atenção especializada* – é oferecido pelos hospitais e centros ambulatoriais especializados. Lá, o paciente encontra tratamentos diferenciados, consultas nas diversas

especialidades, atos ambulatoriais específicos para diagnóstico de patologias, terapêutica e reabilitação, e os cuidados de urgência e acidentes.

O subsistema público de saúde espanhol oferece cobertura a praticamente toda sua população – a *Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* dispõe da condição de segurado – e, diante de tal abrangência e dos óbvios custos envolvidos, adota, como de resto já foi referido no início desta seção, o modelo de racionamento baseado no ‘catálogo’ ou lista explícita dos serviços e prestações sanitárias cobertas.

Este conjunto de prestações encontra-se regulado, atualmente, pela *Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* e pelo *Real Decreto 1030/2006*, com as modificações introduzidas pelo *Real Decreto-Ley 16/2012 de medidas urgentes para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejora de la calidad y la seguridad*.

Para a seleção das prestações e serviços de saúde que integrarão o catálogo de cobertura, algumas etapas e critérios de inclusão e exclusão deverão ser observados. Primeiramente, para composição da lista deve-se observar os seguintes critérios<sup>30</sup>:

- a) Eficácia, Efetividade, Segurança e Utilidade Terapêutica da prestação;
- b) Vantagens e Alternativas Assistenciais;
- c) O cuidado de grupos menos protegidos ou em situação de risco e as necessidades sociais;
- d) O impacto econômico e organizativo da prestação (ESPANHA, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, SNS, 2012, p. 13).

Depois, para que uma determinada prestação, serviço ou procedimento seja incluído na lista geral das prestações oferecidas, deve este reunir todos os seguintes requisitos:

- a) Contribuir de forma eficaz à prevenção, ao diagnóstico ou ao tratamento de enfermidades, à conservação ou melhoria da esperança de vida, à eliminação ou diminuição da dor e do sofrimento;
- b) Implicar numa melhora de segurança, eficácia, efetividade, eficiência ou utilidade em relação a outras prestações alternativas já oferecidas;

---

<sup>30</sup> É dizer, a definição geral das prestações oferecidas atualmente observou os critérios informados.

- c) E, por fim, cumprir os requisitos e exigências estabelecidas na legislação caso incluam o uso de fármacos, produtos sanitários ou outros produtos.

Em seguida, serão excluídos da lista de cobertura as prestações, serviços ou procedimentos que preencham uma destas condições:

- a) Ficar provada a sua falta de eficácia, efetividade ou eficiência, ou que numa análise risco-benefício se mostre significativamente desfavorável;
- b) Tiver perdido o seu interesse sanitário ante o desenvolvimento tecnológico e científico, ou não haver demonstrado sua utilidade sanitária;
- c) Deixar de cumprir os requisitos estabelecidos pela legislação vigente.

Por fim, não serão de modo algum incluídos na lista de cobertura:

- a) As técnicas, tecnologias ou procedimentos cuja eficácia para a prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação ou cura de enfermidades, conservação ou melhoria da esperança de vida, autonomia e eliminação ou diminuição da dor e do sofrimento não estejam suficientemente comprovadas, que se encontrem em fase de investigação científica (salvo os casos autorizados), que não guardem relação com enfermidades, acidentes ou malformação congênita, ou que tenham como finalidade atividades de ócio, descanso, conforto, esporte, melhoria estética ou cosmética e similares;
- b) A realização de exames ou provas biológicas voluntariamente solicitadas ou realizadas por interesse de terceiros.

As prestações e serviços são caracterizados de acordo com a categoria de cuidados para os quais estão previstos, e dividem-se em prestações de saúde pública, prestações de atenção primária, de atenção especializada, de atenção sócio-sanitária, de atenção de urgência, de caráter farmacêutico, ortoprotésico, dietético e transporte.

Este conjunto total fornecido no âmbito do *Sistema Nacional de Salud* distribui-se em quatro catálogos distintos. O primeiro deles constitui a *cartera común básica de servicios asistenciales*, e compreende os cuidados, serviços e prestações de prevenção de enfermidades,

diagnóstico, tratamento e reabilitação que se realizem em centros sanitários ou sócio-sanitários, incluindo-se nesta lista o transporte de urgência (ESPANHA, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, SNS, 2012, p. 13).

O segundo catálogo constitui a *cartera común suplementaria*, onde estão previstos os serviços e prestações farmacêuticas, ortoprotésicas, produtos dietéticos e transporte sanitário não urgente, sujeitos à dispensação ambulatorial e a pagamento dos usuários conforme as regras previstas para a prestação farmacêutica (ESPANHA, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, SNS, 2012, p. 13).

O terceiro catálogo constitui a *cartera común de servicios accesorios*, que inclui as atividades e técnicas sem caráter de prestação, consideradas não essenciais ou, simplesmente, de apoio à melhoria de uma enfermidade de caráter crônico e sujeitas, entretanto, a pagamento ou reembolso por parte dos usuários.

E, por fim, o quarto e último catálogo constitui a *cartera de servicios complementaria de las comunidades autónomas* que prevê as técnicas, tecnologias ou procedimentos não contemplados na *cartera común básica, suplementaria* ou *de servicios accesorios* do Sistema Nacional de Saúde incluídas por decisão dos Parlamentos regionais nos serviços de saúde prestados no seu âmbito territorial.

Este é o quadro, muito breve e superficial, do modo de concretização do direito à proteção da saúde em Espanha.

### **3.3.2 O MODELO ITALIANO**

Tal como em Espanha, a Itália também organiza um serviço ou sistema sanitário de abrangência nacional.

Este subsistema, a que se denomina de *Servizio Sanitario Nazionale*, encontra-se regulado fundamentalmente pela Constituição italiana em seu 32º artigo, pela *Legge n° 833 del 1978* de instituição daquele *Servizio*, e pelo *Decreto del Presidente del consiglio dei ministri 29 novembre 2001* que define como *Livelli Essenziali di Assistenza* (níveis essenciais de assistência) o conjunto das atividades, serviços e prestações oferecidos no âmbito do subsistema público de saúde daquele país.

O *Servizio Sanitario Nazionale*, conforme estipulação da *Legge n° 833* fundadora, se assenta em alguns princípios fundamentais, sendo os três primeiros princípios constituintes de

um vértice axiológico fundamentante da própria instituição, e os restantes, denominados de *principi organizzativi*, orientadores da programação sanitária dos serviços e atividades oferecidos.

Como princípios basilares de todo o subsistema têm-se, em primeiro lugar, o princípio da universalidade, tido aqui em com o sentido de extensão de cobertura e proteção da saúde a toda a população residente no território italiano; depois, em segundo lugar, tem-se o princípio da igualdade, com o sentido de garantia de acesso às prestações oferecidas sem distinção de condição econômica, social ou individual; e, em terceiro lugar, toma assento o princípio da equidade, complementar ao anterior, mas com um sentido de garantia da paridade de acesso às mesmas prestações em relação às mesmas necessidades de saúde.

Já como princípios organizacionais incidentes no processo de planejamento e programação sanitária das atividades e prestações do *Servizio Sanitario Nazionale*, despontam principalmente os: a) da *centralidade da pessoa*, que se expressa na forma de direitos garantidos aos cidadãos e deveres exigidos dos agentes do Estado, como, por exemplo, o direito de escolher o local de tratamento; b) da *responsabilidade pública pela tutela do direito à proteção da saúde*, que se expressa numa distribuição de competências entre Estado (definição nacional dos níveis essenciais de assistência) e regiões (programação e gestão dos serviços em seu território) relativamente à matéria; c) da *colaboração entre os níveis de governo*, que se expressa em um dever de ajuda mútua entre os distintos níveis governamentais, respeitadas as suas competências; d) da *valorização das profissões*; e, por fim, e) da *integração sócio-sanitária*.

O subsistema público de saúde italiano é organizado segundo uma programação sanitária nacional, o *piano sanitario nazionale*, de onde derivam os planos sanitários regionais. Estes distintos planos, diferentemente do *Sistema Nacional de Salud* espanhol e do *Serviço Nacional de Saúde* português, organizam os cuidados de saúde em três distintos níveis, todos financiados com recursos públicos obtidos através do sistema de tributação vigente.

O nível de assistência primária é o primeiro deles. Caracteriza-se, em geral, pela oferta de serviços de acesso mais imediato e não dependente de saberes e recursos mais especializados. Basicamente, suas atividades restringem-se à promoção, prevenção e manutenção da saúde, aconselhamento, orientação e educação da população.

Havendo a necessidade, os profissionais sanitários atuantes neste primeiro plano de cuidados remetem o usuário ao nível de cuidados secundários. Oferecem-se neste, segundo

plano, tratamentos médicos mais especializados realizados através de procedimentos de média complexidade e geralmente dependentes de recursos mais elevados.

O atendimento terciário constitui o cume da organização de oferta dos serviços de saúde. Nesse nível, os usuários recebem tratamentos médicos já em hospitais públicos ou privados conveniados, e se submetem a procedimentos ultracomplexos realizados por profissionais ainda mais especializados.

O *Servizio Sanitario Nazionale* fora concebido na forma de um subsistema de saúde de cariz universal e de abrangência nacional, isto é, oferece cobertura a praticamente toda a população residente em território italiano. Esta intenção clara de abrangência e proteção geral significou, tal como em outros quadrantes, na necessidade de adoção de um modelo de racionamento baseado num catálogo legal explícito que, diferentemente do modelo espanhol, não apresenta critérios de seleção das prestações muito claros (VALE, 2007, vol. III, p. 234).

No caso do modelo italiano, este catálogo encontra-se fundamentalmente retratado no *Decreto del Presidente del consiglio dei ministri 29 novembre 2001* que consubstancializa os *Livelli Essenziali di Assistenza*, isto é, as listas de prestações de saúde cobertas, não cobertas, parcialmente cobertas e indicativa.

A primeira descreve as prestações garantidas pelo SSN. O pacote global é subdividido em três macro-níveis: assistência hospitalar, assistência de saúde colectiva no ambiente de vida e laboral e assistência distrital. Cada um destes níveis é depois repartido em microníveis, que ainda se distinguem em serviços ou grupo de serviços. A lista varia consoante o pormenor com que as prestações são indicadas, desde as definições mais detalhadas até às descrições gerais de amplas categorias de serviços (VALE, 2007, vol. III, p. 235).

São exemplos: a) de prestações de assistência de saúde coletiva no ambiente de vida e laboral a saúde pública veterinária, a vigilância e prevenção nutricional e a tutela higiênica dos alimentos; b) de prestações de saúde distrital a assistência sanitária de base, a assistência especializada ambulatorial e a assistência protésica; c) de prestações de assistência hospitalar o pronto socorro, a coleta, armazenamento e distribuição de tecidos e o transplante de órgãos e tecidos.

A segunda lista, por sua vez, materializa as prestações totalmente excluídas dos serviços oferecidos pelo *Servizio Sanitario Nazionale*. São exemplos as cirurgias estéticas não relacionadas com acidentes, doenças ou malformações congénitas; circuncisões masculinas

rituais e não terapêuticas; vacinações não obrigatórias em razão de saídas ao estrangeiro; medicina não convencional, dentre outras.

A terceira lista consubstancializa as prestações parcialmente excluídas do conjunto global de prestações e cuidados oferecidos pelo sistema. É dizer, tais cuidados somente podem ser prestados caso haja prévia indicação clínica e caso as próprias regiões decidam custeá-los se assim o decidirem. São exemplos, os serviços de diagnóstico por densitometria óssea, assistência odontológica, medicina física e de reabilitação, cirurgia refrativa com laser, etc.

Por fim,

Uma última lista enumera 43 DRG, cuja recuperação é considerada de alto risco e não adequados a uma prestação em regime de *degenza* ordinária, podendo ser assegurados em outros contextos assistenciais, desde que devidamente monitorizados. A eles se juntam dois sectores de grande relevância: a assistência sócio-sanitária e a farmacêutica. Quanto à primeira, indica-se, através de amplas categorias de prestações, a *quota* dos custos que deve ser coberta pelo fundo saúde nacional e aquela que pode ser deixada à comparticipação do cidadão ou da sua cidade de residência. [...] Relativamente à segunda, sempre foi regida por princípios análogos aos empregues na definição dos LEA, aos quais foi depois efectivamente submetida, mediante integração no âmbito por eles coberto, muito embora a especificidade do sector exijam considerações particulares (VALE, vol. III, p. 236).

### 3.3.3 O MODELO DO CANADÁ

Diferentemente do modelo que seguem países como Brasil, Portugal, Itália ou Espanha, o Canadá não possui um subsistema público de saúde baseado em um *serviço nacional* ou similar, nem mesmo um seguro ou plano de saúde nacional substitutivo daquela instituição.

Nos termos da interpretação judicial da seção 92, 7 – *Exclusive Powers of Provincial Legislatures* da Constituição canadense, a prestação de cuidados de saúde para os cidadãos e residentes do Canadá encontra-se sob a responsabilidade das províncias, estando vedado ao governo federal o estabelecimento e manutenção de um plano de seguro ou *serviço* prestador de cuidados de abrangência nacional (MADORE, 2005, p. 03).

Isto significa que o subsistema público de saúde canadense baseia-se em um *programa nacional de seguro de saúde* – e não um plano – que reúne e interliga treze distintos seguros de saúde provinciais e territoriais (províncias de *Newfoundland and Labrador, Prince Edward Island, Nova Scotia, New Brunswick, Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, Alberta,*

*British Columbia*, e territórios de *Yukon*, *Northwest* e *Nunavut*), todos dotados de características comuns, padrões similares de cobertura e financiados com recursos públicos.

Este programa encontra-se materializado no *Canada Health Act* (1985), também conhecido como '*Medicare*', e tem como objetivo principal assegurar que todos os residentes do Canadá tenham acesso razoável aos cuidados e prestações de saúde clinicamente necessários em termos e condições relativamente uniformes.

Embora tenha bem demarcado o seu campo e possibilidade de intervenção na área da saúde, o governo federal é um ator institucional muito importante na manutenção desta relativa uniformidade de cobertura. Funciona assim: a Constituição confere ao governo federal o que a doutrina constitucional canadense considera ser um "*spending power*" ou, numa tradução literal, um "poder de compra". Este "poder de compra" traduz-se na possibilidade que se lhe confere de financiar ou realizar transferências financeiras para determinados programas de responsabilidade provincial mediante o cumprimento de condições, requisitos e exigências (MADORE, 2005, p. 03).

Ao definir, na *Canada Health Act*, os requisitos e exigências aos quais devem se sujeitar os seguros de saúde dos governos provinciais para se habilitarem ao recebimento do financiamento previsto no *Canada Health Transfer*, a administração federal canadense assegura a manutenção de certa uniformidade de cobertura em todo o território evitando a criação de grandes desigualdades de recursos e prestações oferecidas à população nas diferentes regiões do país, muito embora elas ainda existam.

Nas seções 8 a 12 do *Canada Health Act*, estão estipulados como critérios os princípios que devem ser observados pelos seguros de saúde provinciais. São eles:

- a) *Administração Pública*: os seguros de saúde provinciais devem ser administrados em uma base sem fins lucrativos por uma autoridade pública responsável perante o governo provincial ou territorial pelas transações financeiras operadas;
- b) *Compreensividade ou abrangência*: os seguros de saúde devem garantir, na forma de um pacote básico ou mínimo, todos os serviços e cuidados considerados "medicamente necessários". A definição destes serviços e cuidados incumbe aos governos provinciais, pois a *Canada Health Act* não menciona nem detalha uma lista de quais seriam os serviços a serem prestados;



- c) *Universalidade*: todos os residentes na base territorial de uma província ou território devem ter acesso ao seguro de saúde e aos serviços por ele garantidos em termos e condições uniformes;
- d) *Portabilidade*: os seguros de saúde devem garantir a cobertura dos serviços e cuidados segurados enquanto os seus residentes estejam temporariamente ausentes da base territorial da província;
- e) *Acessibilidade*: todas as pessoas seguradas devem ter acesso razoável, uniforme e livre de constrangimentos financeiros, etários, etc., aos serviços e cuidados de saúde segurados (MADORE, 2005, p. 06-07).

O *Canada Health Act* estipula ainda mais duas provisões e duas condições que devem ser observadas pelos seguros de saúde provinciais. Quanto às provisões, a lei desencoraja a cobrança de taxas de utilização ou cobranças extras pelo uso dos serviços abrangidos nos planos de seguro provinciais. Quanto às condições, a lei determina que os governos provinciais forneçam uma estimativa anual e uma declaração sobre cobranças de taxas de utilização e ‘taxas’ ou cobranças extras; uma declaração sobre a operação dos planos e a sua relação com os critérios e condições previstas, e a publicização das transferências federais realizadas (MADORE, 2005, p. 07-08).

A ideia do “medicamento necessário” constitui o critério chave para a definição do pacote básico de serviços de saúde a ser coberto pelos planos de seguro provinciais. Nos termos da lei, o “medicamento necessário” é determinado somente no sentido amplo em que se costuma empregar o termo<sup>31</sup>. No entanto, a previsão de alguns serviços que devem ser totalmente oferecidos pelos seguros auxilia na determinação do seu conteúdo, muito embora tal elucidação não se possa constituir em uma lista básica.

Os seguros de saúde devem assim compreender (seção 2, *Canada Health Act*):

- a) Os serviços hospitalares medicamente necessários para a manutenção da saúde, prevenção de doenças, diagnóstico ou tratamento de lesão, enfermidades ou

---

<sup>31</sup> Para um estudo mais aprofundado dos inconvenientes gerados por esta expressão, e das definições que lhe tem sido atribuídas em vista do preenchimento do seu conteúdo, cf.: EMERY, J. C. Herbert; KNEEBONE, Ronald. The challenge of defining Medicare coverage in Canada. *The School of Public Policy SPP Research Papers*, Calgary, vol. 06, issue 32, pp. 01-23, 2013. Disponível em: <<http://www.policyschool.ucalgary.ca/sites/default/files/research/emery-kneebone-medicare.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

- deficiências, incluindo-se o alojamento, alimentação, serviços médicos e enfermagem, fármacos, e todos os equipamentos médico-cirúrgicos;
- b) Os serviços medicamente necessários prestados por médicos;
  - c) Os procedimentos cirúrgico-dentais medicamente ou dentalmente requeridos que só podem ser realizados em um hospital (MADORE, 2005, p. 08).

Tendo-se em conta que os planos de seguro de saúde diferenciam-se de província para província, selecionamos a título de exemplo a lista de serviços e cuidados coberta pelo *Medical Services Plan* da província de *British Columbia*.

Este seguro de saúde compreende os seguintes serviços e cuidados básicos:

- a) Serviços medicamente necessários prestados por um médico matriculado no *MSP*;
- b) Serviços de maternidade prestados por um médico ou por uma parteira;
- c) Exames oftalmológicos medicamente necessários fornecidos por um oftalmologista ou optometrista;
- d) Serviços de diagnóstico, incluindo raios-x e serviços de laboratório quando ordenados por um médico registrado, parteira, podólogo, cirurgião-dentista ou cirurgião oral;
- e) Cirurgia dentária e bucal medicamente necessária a ser realizada no hospital (a remoção cirúrgica de um terceiro molar impactado é um serviço coberto somente quando a internação é medicamente necessária em razão da complexidade da extração e da patologia associada);
- f) Serviços ortodônticos relacionados com anomalias faciais congênicas graves.

Os serviços suplementares, diferente do pacote básico, estão sujeitos a copagamento dos beneficiários do seguro. No caso destes serviços, o *Medical Services Plan* contribui com vinte e três dólares por visita do prestador ao paciente, limitadas a dez visitas por ano civil, sendo ainda possível a cobrança de outros custos envolvidos na prestação destes cuidados. São eles: a) Acupuntura; b) Quiropraxia; c) Massagem terapêutica; d) Naturopatia; e) Fisioterapia; e f) Podologia não cirúrgica.

Por fim, o *Medical Services Plan* apresenta uma lista de serviços e prestações não cobertas. São elas:

- a) Serviços não considerados medicamente necessários, como cirurgias estéticas;
- b) Serviços odontológicos, exceto conforme estipulado na seção de benefícios;
- c) Exames oftalmológicos de rotina para pessoas com idade entre 19 a 64 anos;
- d) Óculos, aparelhos auditivos ou outros equipamentos e aparelhos;
- e) Medicamentos prescritos;
- f) Massagem terapêutica, naturopatia, fisioterapia, quiropraxia e serviços de podologia não cirúrgicos, exceto para os segurados com o estatuto de assistência prêmio;
- g) Serviços e testes de triagem preventiva como, por exemplo, exames físicos anuais e completos de rotina, escaneamento do corpo inteiro, etc.;
- h) Serviços de aconselhamento ou psicólogos;
- i) Exames médicos, certificados ou testes necessários para obtenção de autorização para dirigir, para emprego, para a formalização de seguro de vida, para fornecimento em escolas ou universidades, para atividades recreacionais ou esportivas, e para fins de imigração<sup>32</sup>.

Diferentemente dos modelos espanhol e italiano, o modelo e o sistema implementado no Canadá ainda não é tão detalhado quanto às prestações, embora já esteja caminhando nesse sentido. De todo modo, constitui um sistema importante merecedor de breve análise, sobretudo por constituir um exemplar de sistema baseado em seguros públicos.

---

<sup>32</sup> Para mais informações acerca do seguro de saúde da província de *British Columbia*, acessar o seguinte sítio eletrônico: <<http://www2.gov.bc.ca/gov/topic.page?id=91C51D566CF941BAA404E4C5657399EA>>.

## CONCLUSÃO

Contrariando o que o termo antecipa, a nossa intenção não pode ser, e nem será, a de dar um desfecho definitivo ao tema desenvolvido. Não. A intenção é sensivelmente mais modesta, sobretudo porque as ideias articuladas nesse texto talvez nunca estejam à altura de receber uma conclusão com pretensão de mal dissimulada definitividade.

Nesse momento derradeiro, o que se busca verdadeiramente é realizar as últimas reflexões e analisar algumas repercussões de tudo o quanto discutimos até aqui, considerações finais que seccionaremos em três tópicos com cada um referindo-se as ideias gerais respectivamente articuladas nos capítulos do trabalho.

### I. Por Um Novo Conceito de Saúde

Em 1963, Stephen Hawking, àquela altura apenas um doutorando em física teórica e cosmologia, fora diagnosticado portador da gravíssima esclerose lateral amiotrófica, enfermidade que segundo os médicos responsáveis lhe concederia somente mais dois anos de vida.

Contrariando todas as expectativas, Hawking doutorou-se em 1966 com uma tese que revolucionou a agenda de pesquisa da sua área e que o projetou como um dos maiores e mais notáveis cientistas já produzidos pela humanidade, a confirmar as sucessivas premiações e menções internacionais por si recebidas ao longo das suas sete décadas de vida.

O exemplo de Hawking é interessante não só porque demonstra as potencialidades e virtudes ainda desconhecidas da mente humana, mas, sobretudo, porque nos obriga a repensar fundamentalmente o processo saúde-doença e os significados da saúde, da doença, e dos seus limites.

Encontra-se verdadeiramente doente o indivíduo que, a despeito das malformações congênicas do seu organismo ou das consequências negativas de uma enfermidade agressiva, aprendeu uma nova maneira de desempenhar as funções necessárias a sua manutenção vital em um mundo de partilha e convivência obrigatória? Esta é uma pergunta fundamental.

De uma maneira geral, a análise deste e de outros casos semelhantes nos tenta a considerar que um indivíduo cujo organismo não funciona de acordo com o *desempenho normal* esperado para o ser humano encontra-se indiscutivelmente doente, tal é a força dos paradigmas biomédico e bioestatístico na determinação dos conceitos de saúde e doença.

Mas há também uma outra concepção (OMS), também hegemônica e problemática, que contribui para endossarmos a mesma conclusão, agora através de um esquema de raciocínio diferente. ‘Como pode estar saudável o indivíduo cujo mal-estar físico, mental e social é manifesto?’ interrogar-se-iam os seus defensores.

Como disse, o exemplo de Hawking é interessante precisamente porque nos convida a refletir sobre o que releva verdadeiramente importante para a determinação dos estados de saúde e de doença.

Com efeito, lá atrás ousamos considerar que uma adequada concepção de saúde deve atender a duas exigências fundamentais. Tanto não pode reproduzir uma percepção mecanizada do corpo humano que desconsidere, na saúde e doença, as influências externas oriundas de outros segmentos importantes da vida (educação, cultura, violência urbana, etc.), quanto deve permitir identificar, por meio dos seus elementos essenciais, o estado de saúde ou morbidade de um determinado indivíduo.

Pelas razões que agora não mais convém renovar, sustentamos que tanto a concepção da OMS quanto o modelo biomédico fracassavam na observância destas exigências, e que a proposta de concepção da saúde como uma metacapacidade, ao contrário, as satisfazia.

Ao estabelecer-se como uma metacapacidade para desempenhar certas funções (capacidades) biossociais, dissemos que este conceito permitia: 1) identificar de modo claro quando um indivíduo está saudável ou doente; 2) levar em conta os múltiplos e diversificados fatores influentes no estado das pessoas 3) eliminar a ideia de bem-estar na determinação da saúde; 4) eliminar a possível ideia de não exercício de uma determinada função ou capacidade na determinação da saúde; 5) considerar que a doença tanto significa uma impossibilidade de concretizar imediata e temporariamente algumas das capacidades listadas, quanto uma impossibilidade absoluta de poder reaprender uma nova maneira de concretizá-las; 6) considerar que a privação (injustiça) em saúde somente existe quando as oportunidades que um indivíduo possui de poder aprender uma maneira de superar uma *metaincapacidade* impiedente se devem a motivos extraorgânicos, dentre outras.

Distintamente das demais, mostramos que o ponto de partida fundamental da proposta de concepção da saúde como metacapacidade não residia somente no corpo humano (modelo biomédico e bioestatístico), ou somente nas condições externas conducentes a um estado de mal estar físico, social e mental completo (modelo da OMS). Não. A premissa inicial em cima da

qual se construía e se estruturava o conceito era a de que a saúde deve ser compreendida como uma aptidão (*meta-capacidade*) para realizar certas coisas.

Com efeito, a saúde subsiste uma condição desejável precisamente porque nos permite ter a oportunidade de realizar algumas atividades essenciais que um mundo de partilha e convivência obrigatórias impõe.

Isto não significa que o bom funcionamento do organismo ou o bem-estar individual sejam irrelevantes. Não. Significa somente que não são determinantes para a identificação da condição de saúde ou de doença, e tão somente isto.

Preocupa-nos saber que um determinado indivíduo não consegue se comunicar em razão das sequelas negativas provocadas por uma enfermidade grave da qual está acometido. Preocupa-nos mais ainda, por óbvias razões humanitárias, saber que esta impossibilidade possivelmente vai fazer-se acompanhar de um evidente e justificado estado de mal estar. Entretanto, nossa preocupação maior consiste mesmo em saber que este determinado indivíduo não consegue se comunicar em um mundo de partilha e convivência obrigatória onde a capacidade de comunicação é essencial para o seu desenvolvimento.

Parece-nos que a vantagem principal do conceito de saúde como metacapacidade resume-se em superar concepções adversárias nos pontos críticos em que fraquejam, e esta constitui uma razão por si só suficiente para justificar a sua proposição.

## **II. Uma Dogmática do Direito à Proteção da Saúde**

E aí entramos no segundo ponto importante da nossa investigação – a necessidade de ressignificar adequadamente o bem jurídico que se quer proteger por meio do direito (CURREA-LUGO, 2005, p. 28).

Com efeito, as duas possibilidades teóricas de leitura do processo saúde-doença que aqui combatemos ainda permanecem hegemônicas, e, mesmo depois de sucessivas análises e críticas se terem acumulado, ainda hoje permanecem perpetuando-se no tempo e prolongando-se nos espaços em que os conceitos se relevam.

Veja-se quão importantes são os significados e as suas consequências.

Por um lado, está a saúde representando uma ausência de doença, com um direito à proteção da saúde a significar uma proteção absoluta contra a ocorrência de doença e a possibilitar, em termos práticos e com suporte no direito, tanto uma exigência individual de

todos os recursos disponíveis e existentes até o limite da total proteção, quanto uma exigência coletiva por políticas sociais de saúde asseguradoras daqueles mesmos recursos disponíveis.

Por outro, está a saúde representando um bem-estar físico, mental e social completo, com um direito à proteção da saúde a significar uma proteção ao completo bem-estar e a possibilitar, em termos prático-normativos, tanto uma exigência individual de todo o necessário para a consecução da propugnada condição de *nirvana*, quanto uma exigência coletiva por políticas públicas de saúde asseguradoras, ao fim e ao cabo, da própria eliminação deste instaurado estado de doença perpétua.

Embora assentadas em pressupostos teóricos e esquemas de raciocínio diferentes, vemos que ambas as concepções (re)conduzem ao mesmo resultado – diagnóstico motriz da nossa proposta de ressignificação do direito.

Com efeito, entendida a saúde como uma metacapacidade, temos que o direito passa a significar uma proteção jurídica apenas às capacidades biossociais da *nutrição, locomoção, reprodução, comunicação, raciocínio e emoções*, nem mais, nem menos. Proteção que representa, em subdireitos de defesa, proteção e promoção, a concessão dos meios necessários à manutenção minimamente apta do organismo para a realização de projetos de vida.

Mudança relevante no que vai descambar, como primeira consequência, a eliminação dos conceitos de doença e bem-estar do núcleo elementar do direito – agora somente permanece a saúde, e saúde não mais que capacidades centrais.

Por esta perspectiva, as funções biossociais passam a contar verdadeiramente como um novo referente para o direito respectivo: capacidade de primeira ordem (‘oportunidade de poder realizar x’) e de segunda ordem (‘oportunidade de poder reaprender um novo modo de realizar x’).

Daí decorre que, já não mais satisfazendo-se em termos de uma irrealizável proteção contra doenças, ou de um inatingível completo bem-estar, o direito à proteção da saúde agora somente passa a admitir exigências limitadas ao necessário à preservação das capacidades centrais ou funções biossociais – esta a segunda consequência.

O dever do Estado, e as exigências individuais eventualmente aduzidas, têm nas capacidades centrais o seu referente e também o seu limite; não mais é dado a tentar evitar-se pelo direito e pela política a doença e o mal-estar.

Transcorre dessa construção, então, a terceira consequência importante a que aduzimos – a solução para a privação. Numa só palavra: se o Estado simplesmente realiza o conteúdo do

direito à proteção da saúde nos termos em que colocamos, então o problema da privação parece encontrar uma solução possível, problema este que ele mesmo também convoca a necessidade de ressignificação fundamental da saúde e da doença.

Estas conclusões, embora principais, estão longe de esgotar tudo o que se tem a dizer de um capítulo tematicamente tão variado. Merecem destaque mais algumas poucas referências.

Em primeiro lugar, esperamos ter deixado suficientemente claro ao leitor que o conteúdo constitucional do direito à proteção da saúde não se limita, em termos de direitos decorrentes sistemática e intencionalmente referidos aqui como subdireitos, à mera garantia de uma provisão pública de prestações sanitárias. É muito mais do que isso, a comprovar o rol de subdireitos analiticamente estudados.

Em segundo lugar, relativamente aos temas da racionalidade subjetiva e justiciabilidade do direito à proteção da saúde, esperamos ter esclarecido de modo satisfatório ao leitor que a noção de direito subjetivo não se esgota num direito à proteção judicial e que, no caso da norma inscrita no artigo 196 da Constituição do Brasil, a justiciabilidade de alguns dos reconhecidos subdireitos deve apurar-se topicamente, tendo em conta as suas particulares intenções normativas, os objetos de tutela e a eventual interdição constitucional de justiciabilidade.

O mesmo vale para a eficácia e aplicabilidade, em terceiro lugar.

Para nós remanesce que uma proposta tecnicamente adequada deve determinar a eficácia e a aplicabilidade do direito à proteção da saúde conforme as situações prático-problemáticas a que é convocado a regular, e conforme os subdireitos em que se perspectiva para resolução destas anteriores questões, descabendo uma tal indicação para o direito como todo.

Por último, não estaria completa nossa proposta dogmática para o direito à proteção da saúde sem a indispensável referência às suas reservas condicionantes, informações com as quais buscamos prover o leitor a fim de demonstrar como elas influenciam e impactam, nomeadamente quanto às reservas do politicamente oportuno e do economicamente possível, na elaboração de um pacote básico de serviços.

### **III – O Pacote Básico de Prestações**

Com a proposta de um pacote básico de prestações, tendo já operado uma necessária ressignificação de conceitos, completamos o percurso estabelecido apoiados numa dogmática de suporte.



Com efeito, dissemos desde o início que o principal objetivo do nosso projeto dogmático para o direito à proteção da saúde consistia em resolver, por meio deste pacote de serviços, o problema da sustentabilidade financeira do Sistema Único de Saúde do Brasil, problema que admitia, como procuramos ressaltar, diversificadas soluções com cada uma destas respostas possíveis suscitando dilemas igualmente relevantes.

A primeira tarefa que procuramos realizar foi, assim, esclarecer ao leitor os sentidos da nossa proposta e os motivos pelo qual qualificávamo-la como uma inequívoca proposta de racionamento dos recursos na saúde.

Tecnicamente – explicamos – toda e qualquer distribuição geral e não mercantil de recursos como a que operávamos pelo catálogo de prestações sanitárias consistia em uma medida política de racionamento, e consistia porque no fundo apelava para uma distribuição não mercantil de um recurso extremamente escasso. Estes eram os seus dois sentidos gerais: distribuição em geral e distribuição fora do mercado.

A esses dois primeiros significados fizemos acompanhar mais dois sentidos específicos.

Efetivamente, o catálogo de prestações que idealizamos implementava uma distribuição geral e não mercantil de recursos sanitários através de dois mecanismos específicos típicos de uma tal proposta: a priorização de necessidades e a seleção de prestações a atendê-las.

Sem embargo, qualquer proposta de racionamento que busca estabelecer-se em um catálogo de prestações sanitárias delimitadas materializa, quer queira-se, quer não, uma priorização de necessidades e uma seleção de prestações adequadas ao atendimento daquelas necessidades, daí porque o racionamento sempre constitui um problema de justiça distributiva.

Com mais estes dois significados fixamos, então, todos os sentidos do catálogo proponente: distribuição geral, não mercantil, priorizada e selecionada de recursos sanitários.

Prosseguimos com uma segunda e terceira questões capitais da nossa proposta – saber quem eram os responsáveis por identificar as prioridades e selecionar as prestações, e saber qual era o momento mais adequado para o seu desenrolar.

Com efeito, um pacote básico de serviços a ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde em nível nacional deve ter no Poder Legislativo da União o seu autor principal, o que não exclui, entretanto, um fornecimento complementar providenciado pelos Estados e Municípios em razão das necessidades sanitárias específicas das suas populações residentes, fornecimento este sempre carecedor de justificação e controle.

Daí se chega à conclusão de que a proposta de racionamento da qual tratamos desenvolve-se prioritariamente no momento de elaboração das leis e de planejamento das políticas. Isto é, não se trata de um racionamento do uso dos recursos a ser realizado administrativamente pelos agentes sanitários, ou do acesso das pessoas a estes mesmos recursos, mas, sim, um racionamento das prestações a serem fornecidas, da própria oferta de cuidados – esta já a quarta temática da qual nos ocupamos.

Nesta pequena gramática de um catálogo de prestações, tão importante quanto determinar os sentidos, objeto, competências e momentos da proposta é a tarefa de apresentar os critérios em que se assentará a seleção dos cuidados que o comporá.

Muito sumariamente definimos como os critérios utilizados para aquela composição a eficácia, a efetividade, a eficiência e a segurança, no que seguimos, finalmente, com a apresentação do nosso protótipo de catálogo.

Por fim, como a última palavra, finalizamos apresentando ao leitor alguns exemplos de catálogos implementados no direito estrangeiro e os tipos de sistemas em que se desenvolveram, alertando para o fato de que não se podia compará-los entre si e nem com a nossa proposta ante as especificidades particulares dos países onde vigem.

Este foi, portanto, o percurso que entendemos por bem seguir para atingir o resultado a que nos propusemos: pensar num conteúdo do direito à proteção da saúde relativamente adensado que garantisse não só segurança jurídica, mas, também, alguma solução para o problema da sustentabilidade financeira do sistema público de saúde brasileiro. Acreditamos ter alcançado o nosso propósito, mas com a certeza de que essa discussão ainda é bastante carecedora de outros aprofundamentos.

## BIBLIOGRAFIA

ABEL, Thomas; FROHLICH, Katherine L. Capitals and capabilities: linking structure and agency to reduce health inequalities. *Social science & medicine*, vol. 74, pp. 236-244, 2012. Disponível em: <[www.elsevier.com/locate/socscimed](http://www.elsevier.com/locate/socscimed)>. Acesso em: 13 fev. 2014.

ALBUQUERQUE, Carlos Manuel de Sousa; OLIVEIRA, Cristina Paula Ferreira de. Saúde e doença: significações e perspectivas em mudança. *Revista Millenium*, Viseu, n. 25, 2002. Disponível em: <<http://www.ipv.pt/millenium/anteriores.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

ALEMANHA, Parlamento Federal Alemão. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. de Assis Mendonça. Berlim: 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA FILHO, Naomar de; JUCÁ, Vlória. Saúde como ausência de doença: crítica à teoria funcionalista de Christopher Boorse. *Ciência e saúde coletiva*, vol. 7, n. 4, pp. 879-889, 2002. Disponível em: <<http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/edicoes/index.php>>. Acesso em: 02.04.2014.

ALVES, Vânia Sampaio. Um modelo de educação em saúde para o Programa Saúde da Família: pela integralidade da atenção e reorientação do modelo assistencial. *Interface - Comunic., Saúde, Educ.*, vol. 9, n. 16, pp. 39-52, set. 2004/fev. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/icse/v9n16/v9n16a04.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da república*. Uma introdução ao estudo do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O papel do Estado na sociedade e na socialidade. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. *Economia social e civil: estudos*. vol. 1.

Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 23-42.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARRETCHE, Marta. Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: Teorias Explicativas. *Boletim Informativo Bibliográfico*, Rio de Janeiro, n. 39, 1º semestre, 1995. Disponível em: <<http://www.anpocs.org/portal/index.php>>. Acesso em: 01 out. 2012.

ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. *Cadernos de saúde pública*, Rio de Janeiro, vol. 19 (Sup. 2), pp. S465- S469, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v19s2/a27v19s2.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

AYRES, José Ricardo C. M. Uma concepção hermenêutica de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 17, n. 1, pp. 43-62, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a04.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

BARBOSA, António. Educação para a saúde: determinação individual ou social? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 23, pp. 169-184, 1987.

BARRA, Tiago Viana. Breves considerações sobre o direito à protecção da saúde. *Revista O Direito*, Lisboa, n. 144, 2012, II, pp. 411-445.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em: 01 out. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da*

*Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, vol. 31, n° 66, p. 89-114, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge66livro.pdf>>. Acesso em: 02.02.2014.

BASTIDA, Francisco José. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? In: MANRIQUE, Ricardo García (org.). *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*. 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

BATISTA, Rodrigo Siqueira; SCHRAMM, Fermin Roland. A saúde entre a iniquidade e a justiça: contribuições da igualdade complexa de Amartya Sen. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 1, pp. 129-142, 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000100020&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000100020&script=sci_arttext)>. Acesso em: 02.04.2013.

BATISTELLA, Carlos. Abordagens contemporâneas do conceito de saúde. In: FONSECA, Angélica Ferreira (org.). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 51-86. Disponível em: <[http://www.retsus.fiocruz.br/upload/documentos/territorio\\_e\\_o\\_processo\\_2\\_livro\\_1.pdf#page=51](http://www.retsus.fiocruz.br/upload/documentos/territorio_e_o_processo_2_livro_1.pdf#page=51)>. Acesso em: 2 fev. 2013.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. La democracia como principio constitucional. In: BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. de Rafael Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 47-131.

BOORSE, Cristopher. Health as a theoretical concept. *Philosophy of Science*, Chicago, vol. 44, n. 4, pp. 542-573, 1977.

BOORSE, Cristopher. On the distinction between disease and illness. *Philosophy & Public Affairs*, Princeton, vol. 5, n. 1, pp. 49-68, 1975.

BRASIL, Ministério das Cidades. *Plano nacional de saneamento básico*. Brasília: 2014. Disponível em: <[www.cidades.gov.br](http://www.cidades.gov.br)>. Acesso em: 2 fev. 2015.

CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel. Medicalização, farmacologização e imperialismo sanitário. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 29, n. 5, pp. 844-846, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v29n5/02.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel. A Biomedicina. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 15, suplemento, pp. 177-201, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. Trad. de Maria Thereza Barrocas. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

CAPONI, Sandra. Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud. *História, Ciências e Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, vol. 4, n.2, pp. 287-307, 1997. Disponível em: <[http://www.revistahcsmanguinhos.coc.fiocruz.br/vol4\\_2.htm](http://www.revistahcsmanguinhos.coc.fiocruz.br/vol4_2.htm)>. Acesso em: 02.04.2014.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*. vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CLARK, David A. *Core poverty, basic capabilities and vagueness: an application to the South Africa context*. Global Poverty Research Group. Working Paper 26 (GPRG-WPS-026), 2005. Disponível em: <<http://www.gprg.org/pubs/workingpapers/default.htm>>. Acesso em: 09.04.2014.

CLARK, David A. *The capability approach: its development, critiques and recent advances*. Global Poverty Research Group. Working Paper 32 (GPRG-WPS-032), 2006. Disponível em: <<http://www.gprg.org/pubs/workingpapers/default.htm>>. Acesso em: 10.04.2014.

CLARK, David A. *Adaptation, poverty and well-being: some issues and observations with special reference to the capability approach and development studies*. Global Poverty Research Group. Working Paper 81 (GPRG-WPS-081), 2007. Disponível em: <<http://www.gprg.org/pubs/workingpapers/default.htm>>. Acesso em: 10.04.2014.

CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. *Revista Bioética*, Brasília, v. 3, n. 1, pp. 51-59, 1995. Disponível em: <[www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/issue](http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue)>. Acesso em: 04 mar. 2015.

COCCONI, Monica. *Il diritto alla tutela della salute*. Padova: Cedam, 1998.

CORRÊA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 1 e 2, pp. 147-177, 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v6n1-2/08.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

CORRÊA, Sônia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. In: CAVENAGHI, S. (Org.). *Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva*. Rio de Janeiro: Abep, 2006, pp. 27-62.

CURREA-LUGO, Víctor de. La salud como derecho humano. 15 requisitos y una mirada a las reformas. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Bilbao, n° 32, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A participação popular e o direito à saúde no sistema nacional de saúde brasileiro. *Revista de direito sanitário*, São Paulo, vol. 6, n. 1-2-3, pp. 9-24, 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80811>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n.3, pp. 9-34, Nov. 2008/ Fev. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>>. Acesso em: 18.03.2014.

DANTAS, Eduardo. When consent is not enough: the construction and development of the modern concept of autonomy. *Lex Medicinæ*, Coimbra, ano 8, n. 15, pp. 101-111, 2011.

DONABEDIAN, Avedis. The components of quality in health care. In: DONABEDIAN, Avedis. *An introduction to quality assurance in health care*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 03-27.

EMERY, J. C. Herbert; KNEEBONE, Ronald. The challenge of defining Medicare coverage in Canada. *The School of Public Policy SPP Research Papers*, Calgary, vol. 06, issue 32, pp. 01-23, 2013. Disponível em: <<http://www.policyschool.ucalgary.ca/sites/default/files/research/emery-kneebone-medicare.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

ENTRALGO, Pedro Laín. *Antropologia médica para clínicos*. Barcelona: Salvat, 1985.

ENTRALGO, Pedro Laín. *La medicina actual*. Madrid: Seminarios y Ediciones, 1973.

ENTRALGO, Pedro Laín. *La medicina hipocrática*. Madrid: Revista de Occidente, 1970.

ENTRALGO, Pedro Laín. *El médico y el enfermo*. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1969.

ENTRALGO, Pedro Laín. *La relación médico-enfermo*. Madrid: Revista de Occidente, 1964.

ESPANHA, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Sistema Nacional de Salud. España 2012*. Madrid: 2012. Disponível em: <[www.msssi.gob.es](http://www.msssi.gob.es)>. Acesso em: 03.04.2015.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. Cambridge: Polity Press, 1996.



ESTORNINHO, Maria João; MACIERINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. Cidade do México: Siglo Veintiuno, 2004.

GAMEIRO, Ian Pimentel. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na perspectiva do teletrabalho: uma releitura. *Revista Jus Fundamental*, Belém, ano 1, n. 1, pp. 216-226, Set./2014. Disponível em: <<http://www.oabpa.org.br/index.php/edicao-atual>>. Acesso em: 01.10.2014.

GÁVIN, Juan Pemán. Las prestaciones sanitarias publicas: configuracion actual y perspectivas de futuro. *Revista de administración pública*, Madrid, n. 156, pp. 101-154, 2001.

GAZZINELLI, Maria Flávia *et al.* Educação em saúde: conhecimentos, representações sociais e experiências da doença. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 21, n. 1, pp. 200-206, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v21n1/22.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

HAHN, Susanne. Rationing in medicine: distribution, limitation or denial? – against conceptual confusion in the debate about health care systems. In: BREYER, F.; KLIEMT, H.; THIELE, F. (eds.). *Rationing in medicine*. Ethical, legal and practical aspects. Berlim: Springer, 2002, p. 07-20.

HAM, Chris; COULTER, Angela. International experience of rationing. In: HAM, Chris; ROBERT, Gleen (Eds.). *Reasonable rationing*. International experience of priority setting in health care. Maidenhead: Open University Press, 2003, pp. 04-15.

HEGENBERG, Leonidas. *Doença: um estudo filosófico*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1998.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. de Carlos Almeida, Gilmar Mendes, Inocência Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Introduction: common sense about rights. In: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*. Why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

HUNT, Paul. The right to health: a way forward at the international level. In: HUNT, Paul. *Reclaiming social rights*. International and comparative perspectives. Reprinted. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1998, pp. 107-146.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003.

KINGMA, Elselijn. What is to be healthy? *Analisis*, vol. 67, n. 294, pp. 128-133, 2007. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2239248>>. Acesso em: 04.04.2014.

LEÓN, Cármen González. La protección del paciente y el consentimiento informado. *Lex Medicinæ*, Coimbra, ano 6, n. 12, pp. 15-31, 2009.

LIBERAL, José Pedro Gouveia Vasconcelos Rodrigues. *Direito fundamental à protecção da saúde*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005.

LOUREIRO, João Carlos Simões. Aegrotationis medicinam ab iure peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito. *Cadernos de Bioética*, Coimbra, ano 9, n. 25, pp. 19-53, 2001.

LOUREIRO, João Carlos Simões. *Constituição e biomedicina*. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana. vol. II. Dissertação (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.

LOUREIRO, João Carlos Simões. Direito à (proteção da) saúde. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 1, n. 1, pp. 35-73, 2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 01.12.2013.

LUZ, Madel. Saúde e instituições médicas no Brasil. In: GUIMARÃES, Reinaldo (org.). *Saúde e medicina no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional*. Do paradigma clássico ao pós-11 de setembro. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MADORE, Odette. *The Canada Health Act: overview and options*. Ottawa: Library of Parliament, 2005. Disponível em: <<http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/944-e.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. 4ª ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NABAIS, José Casalta. Que futuro para a sustentabilidade fiscal do Estado? In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. *Economia social e civil: estudos*. vol. 1. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 105-127.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 421-448.

NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NORDENFELT, Lennart; LINDAHL, Börje Ingemar Bertil. *Health, disease, and causal explanations in medicine*. Dordrecht: D. Reidel, 1984.

NORDENFELT, Lennart. *On the nature of health. An action-theoretic approach*. Dordrecht: Springer Science, 1987.

NORDENFELT, Lennart. *Action, ability and health*. Essays in the Philosophy of Action and Welfare. Dordrecht: Springer Science, 2000.

NORDENFELT, Lennart. *Health, science, and ordinary language*. Amsterdam: Rodopi, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a.

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

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUSSBAUM, Martha Craven; SEN, Amartya Kumar (orgs.). *The quality of life*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

NUSSBAUM, Martha Craven. Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social choice. *Feminist economics*, vol. 9, issue 2-3, 2003.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Creating capabilities*. The human development approach. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

O'CONNOR, James. *EUA: A crise fiscal do Estado*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.

OFFE, Claus. Advanced capitalism and the Welfare State. *Politics and Society*, vol. 4, p. 479-488, 1972.

OFFE, Claus. The theory of the capitalist State and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon (org.) *et al. Stress and Contradiction in Modern Capitalism*. Londres: Lexington, 1979.

OFFE, Claus. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA, Mário Nogueira de. Amartya Sen e as sociedades mais justas como ideia e realidade. *Fundamento – Revista de Pesquisa em Filosofia*, vol. 1, n. 5, pp. 11-21, jul.2012/dez.2012. Disponível em: <[www.revistafundamento.ufop.br](http://www.revistafundamento.ufop.br)>. Acesso em: 01.02.2014.

OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes; GOMES, Jacqueline de Souza. Ética e direitos humanos: um enfoque a partir da teoria das capacitações. *Diversitates*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, pp. 70-91, 2013. Disponível em: <<http://diversitatesjournal.wordpress.com/vol-05-n-01>>. Acesso em: 01.02.2014.

PIÑEIRO, Walter Esteves. O princípio bioético da autonomia e sua repercussão e limites jurídicos. In: HOFMEISTER, Wilhelm (ed.). *Cadernos Adenauer III*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002, pp. 113-129.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14<sup>a</sup> ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis. A administração da saúde em tempos de crise. In: GONÇALVES, Pedro et. al. (org.). *A crise e o direito público*. VI encontro de professores portugueses de direito público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAWLS, John. *A theory of justice*, rev. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REICHER, Stella Camlot. *Capacidades e direitos humanos: uma análise conceitual sob a ótica de Martha Nussbaum*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RIBA, Ferreri. CODERCH, Salvador. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997.

RIBEIRO, Diulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 8, pp. 1749-1754, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v22n8/24.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

WILHELMI, Marco Aparicio. Los derechos sociales en la Constitución española: algunas líneas para su emancipación. In: VALIÑO, Vanesa (org.). *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Barcelona: Observatori Desc, 209.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, a sociedade e as políticas de sociais. O caso das políticas de saúde. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 23, pp. 13-74, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Sociedade-Providência ou autoritarismo social? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 42, pp. I-VII, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 4526-4534.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 27-38, 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13085/14887>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 17, n. 1, pp. 29-41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

SEN, Amartya Kumar. Equality of what? In: MACMURRIN, Sterling Moss (org.). *The Tanner lectures on human value*, vol. I, Salt Lake City: University of Utah Press, 1980.

SEN, Amartya Kumar. *Inequality reexamined*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

SEN, Amartya Kumar. O desenvolvimento como expansão de capacidades. *Lua Nova*, São Paulo, n. 28-29, 1993. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451993000100016&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451993000100016&script=sci_arttext)>. Acesso em: 02.01.2014.

SEN, Amartya Kumar. On the status of equality. *Political Theory*, vol. 24, n. 3, pp. 394-400, 1996.

SEN, Amartya Kumar. *Desarrollo y libertad*. Trad. Esther Rabasco e Luis Toharia. Barcelona: Editorial Planeta, 2000.

SEN, Amartya Kumar. Capability and well-being. In: HAUSMAN, Daniel M. (org.). *The philosophy of economics*. An anthology. Third ed. New York: Cambridge University Press, 2007. Disponível em: <<http://digamo.free.fr/hausman8.pdf#page=276>>. Acesso em: 03.03.2014.

SEN, Amartya Kumar. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bootmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.



SYRETT, Keith. *Law, legitimacy and the rationing of healthcare*. A contextual and comparative perspective. New York: Cambridge University Press, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TESSER, Charles Dalcanale. Medicalização social (II): limites biomédicos e propostas para a clínica na atenção básica. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*, vol. 10, n. 20, p.347-362, jul/dez 2006.

VALE, Luís António Malheiro Meneses do. *Racionamento e racionalização no acesso à saúde*. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.

VENKATAPURAM, Sridhar. *Health and justice: the capability to be healthy*. Tese (Doutorado em Filosofia) – King's College, University of Cambridge, Cambridge, 2007.

VENKATAPURAM, Sridhar. *Health justice*. Cambridge: Polity Press, 2011.

VENKATAPURAM, Sridhar. Health, vital goals, and central human capabilities. *Bioethics*, vol. 27, n. 5, pp. 271-279, 2013. Disponível em: <[www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3709132/#fn9](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3709132/#fn9)>.

VITA, Álvaro de. Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 42, n.3, 1999. Disponível em: <[www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581999000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000300004)>. Acesso em: 05.04.2014.

WILENSKY, Harold; LEBEAUX, Charles. *Industry Society and Social Welfare*. New York: The Free Press, 1965.

ZACHER, Hans F. *Social policy in the federal republic of Germany*. The constitution of the social. vol. 3. Translated by Thomas Dunlap. München: Springer, 2013.