

O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35.º da CDFUE

Luís A. M. Menezes do Vale¹

RESUMO

O objectivo primacial deste artigo consiste em traçar rapidamente a *genealogia* histórica do artigo 35º da *Carta Europeia dos Direitos Fundamentais*, captando-a na confluência de três veios relevantes do processo europeu de integração: os que concernem respectivamente à saúde, aos direitos humanos e à socialidade. Assim, nesta PARTE I, logo que as considerações introdutórias estejam concluídas, arriscaremos um vislumbre do horizonte de compreensão a assumir no que toca às relações entre saúde, justiça e direito, partindo do reconhecimento da importância da saúde como bem humano fundamental – com uma miríade de significados e valências (e, por conseguinte, nuclear para diversos tipos de discursos epistémicos, bem como de sistemas e práticas sociais) – exporemos algumas das mais provocantes questões que coloca, considerando-as como problemas de justiça, carentes de alguma forma de intervenção jurídica. Para encerrarmos, enfim, com a caracterização sumária do direito da saúde e, particularmente, do direito à saúde, ambos considerados em termos muito genéricos, tal como derivam dos contemporâneos *standards* de direito internacional, transnacional e comparado.

Palavras-chave: Saúde; cuidados de saúde; bem; tipos de justiça; direito da saúde; direito à saúde; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; artigo 35º CDFUE; políticas da saúde; políticas sociais; direitos humanos e fundamentais.

Nascer e Crescer 2011; 20(4): 276-282

INTRODUÇÃO

DOKTOR: *Die Natur, Wozzeck! Der Mensch ist frei! In dem Menschen verklärt sich die Individualität zur Freiheit! (...) Es gibt eine Revolution in der Wissenschaft. (...)*

WOZZECK: *Seh'n Sie, Herr Doktor, manchmal hat man so 'nen Charakter, so 'ne Struktur; aber mit der Natur ist's was ander's. Seh'n Sie, mit der Natur... das ist so... wie soll ich denn sagen... zum Beispiel: Wenn die Natur*

DOKTOR: *Wozzeck, Er philosophiert wieder! Was? Wenn die Natur...*

WOZZECK: *Wenn die Natur aus ist, wenn die Welt so finster wird, dass man mit den Händen an ihr heruntappen muss, dass man meint, sie verrinnt wie Spinnengewebe.*

ALBAN BERG, *Wozzeck* (Ópera em três actos), Acto I, Cena 4
(a partir do drama *Woyzeck*, de Georg Büchner)

Num momento em que a União Europeia enfrenta uma das mais graves crises de sempre – cujas consequências, tanto no plano da existência individual, como no da vida colectiva, contendem gravemente com a saúde de todos e cada um – mas em que, curiosamente, se acaba de dar um significativo passo na clarificação e estabelecimento de um *mercado europeu de prestação de cuidados de saúde* (graças à publicação da chamada *directiva dos cuidados transfronteiriços*), afigura-se-nos pertinente tentar contribuir, ainda que de modo modesto, para um esclarecimento da situação jurídica dos cidadãos da UE, nesta matéria, expondo a um público mais amplo e numa linguagem convenientemente adaptada (sem sacrifício excessivo do rigor académico), as raízes genealógicas daquela que legitimamente se pode considerar a primacial referência normativa da União em sede de direito à saúde: o artigo 35º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Julgamos não exagerar, quando alvitramos que a saúde se acha condenada a ocupar um lugar fulcral nos grandes debates públicos dos próximos anos. O alargamento do campo do *possível* – na sequência das descobertas científicas e dos avanços técnicos – tornou imperiosa a discussão, negociação, mas também descoberta e constituição de uma gramática jurídica básica da saúde, pela qual se determinem – em diálogo designadamente com as intencionalidades ética, política e económica e consideradas as respectivas objectivações institucionais – as arenas *modais* da prática humana no sector: desde o domínio do *permitido*, à esfera do *necessário* e do *devido*.

Para os juristas, o desafio maior, também nesta sede, consiste hoje em pensar e realizar o direito, tomando por referência as coordenadas axiológicas, epistemológicas, antropológicas, económicas, políticas e sociais do horizonte civilizacional em que o mesmo se inscreve, sem incorrer no erro de nelas diluir completamente a autonomia de sentido do projecto humano da juridicidade.

¹ Mestre em Direito, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Contudo, numa época em que a *sociedade* se tornou *invisível*, perfilam-se-nos, sem dúvida, muitas dificuldades na interpretação daquelas referências.

Desde logo, damo-nos conta que uma noção demasiado socializada, burocratizada, autoritária, paternalista e mecanicista (biomédica) da intervenção sobre a saúde – traduzida político-juridicamente na *polícia sanitária* e no império do *dever*, nas exigências de saúde pública e na tutela colectiva da saúde individual (por razões políticas, morais, religiosas) – mais do que genuinamente *aprendida* da história e seus exemplos (que os houve!), tem sido objecto de alguma efabulação mistificadora, além de retoricamente esgrimida para legitimar uma alternativa baseada nos méritos sociais alegadamente irrestritos da *livre escolha*, da *concorrência*, do *pluralismo institucional* ou da *flexibilidade gestonária* – que todos concordarão serem tropos fundamentais da hegemónica narrativa contemporânea.

Não que devamos ignorar o passado e que as lições providas da reflexão filosófica e da expressão artística se não devam manter, quais sentinelas, advertindo-nos para os *monstros* gerados tanto pelo *sono*, como pela *hiperactividade*, de um certo tipo de razão: desde os perigos do totalitarismo estatal a uma nomocrática disciplina da vida e dos pactos fáusticos do progresso e da engenharia pessoal e social à indiferença moral e abulia da piedade e compaixão produzidas pela ética categórica e pelo direito lógico-formal ou teoreticamente puro. Felizmente, obras como as de M. Weber e T. Adorno, G. Lukacs e A. Honneth, mas também de Kafka, Huxley e Orwell, fazem parte da nossa consciência colectiva, vigiando-nos criticamente. Afinal de contas, todas nos ensinam que o homem e o seu mundo têm uma densidade que o médico do *Wozzeck* de Berg parecia revelar-se incapaz de compreender.

Do que se trata, no entanto, é precisamente de reconhecer que, ao contrário do que poderíamos ser induzidos a pensar, nem a *regulação da saúde* desapareceu (tendendo antes a assumir contornos mais insidiosos e ocultos e a processar-se de modo arbitrário e descontínuo ao sabor dos poderes e com fundamento em interesses não necessariamente valiosos), nem a pretendida superação da modernidade é sinónimo de bençãos infinitas e promessas redentoras.

Com efeito, sob a agenda da liberdade individual esconde-se também um discurso desconstrutor que desvaloriza a importância social e pública da saúde e a transforma em questão de mera justiça comutativa, e só nessa perspectiva regulada. O que, conquanto *parcialmente* compreensível e tolerável (*v.g.* no tocante a algumas decisões existenciais, relativas aos aspectos mais privados da saúde e sem consequências ominosas para os demais), levanta todavia muitos problemas à luz do próprio *ethos* biótico que hoje nos obriga a pensar de novo, em comum, a nossa relação com os outros seres finitos, num mundo limitado nas suas possibilidades e recursos.

É exactamente em nome dessas exigências que escolhemos centrar-nos sobretudo nos problemas de justiça distributiva e social, jussubjectivamente traduzidos no reconhecimento de direitos positivos à saúde. Decidimo-nos, portanto, a contrariar um pouco o discurso imperante, que, ao idolatrar a (desregra-

da) liberdade de concorrência⁽¹⁾ e de escolha^(2,3), está longe de o fazer sempre em nome da *emancipação* humana, não raro contribuindo, ao invés, para formas mais rebuçadas e tirânicas de domínio e exploração – pondo assim em cheque o florescimento pessoal (e o desenvolvimento económico, político e social sustentável que o mesmo pressupõe, demanda e potencia)⁽⁴⁾.

Basta pensar no papel que o complexo industrial da maquinaria de saúde, o empório das seguradoras e os conglomerados empresariais de provisão de saúde e medicamentos (hospitais e farmacêuticas) desempenha na construção e modelação da própria realidade que habitamos, para perceber do arrojo necessário para uma confita contra o discurso politicamente correcto do aflorado *libertarismo* – que remete para o lixo da história, como atávica cantilena de medíocre frugalidade, própria de algum *socialismo* utópico, os apelos: à moderação universal (o clássico *mederi* grego, tão caro aos juristas)⁽⁵⁾, ao respeito pela autoridade dos profissionais, às soluções de cooperação e à solidariedade fundamental entre ricos e pobres, doentes e saudáveis, nativos de umas e outras regiões, padecentes de umas e de outras doenças. Quando, na verdade, a despeito do consenso quanto à pujança económica dos *sistemas económico-sociais dinâmicos*, (baseados nas liberdades económicas), os melhores resultados internacionais em matéria de saúde continuam a ser obtidos por sistemas baseados em esquemas e soluções de solidariedade que *institucionalizam* (ou através da prestação directa ou de uma provisão substancial e substanciosamente regulada) a igualdade, enquanto cumprem com as suas específicas atribuições sociais; ao mesmo tempo que a generalidade dos países mais avançados admite, contrita, a irracionalidade de uma provisão ditada pela tirania das pequenas decisões da microeconomia: no *drama da Ubertherapie* participam activamente os empresários, fitando o lucro, os investidores, especulando sobre títulos de seguros ou tradicionais acções societárias, os cuidadores receosos (na defensiva) e os cidadãos transformados em consumidores. O resultado é o retrocesso nos índices de saúde e uma desigualdade crescente que, por sua vez, se vai repercutindo negativamente nos indicadores mencionados.

Convém, no entanto, introduzir algumas ressalvas, obvian-do a eventuais mal-entendidos quanto ao que vem de se dizer (num tom que alguns talvez repute excessivamente objurgatório). Na verdade, a assunção desta posição normativa contrafactual, de forma alguma escamoteia que a paisagem envolvente sofreu mudanças de monta: os cidadãos estão – no geral – mais informados e qualificados e encaram o *cuidado de si*⁽⁶⁾ – e a modelação do seu percurso existencial⁽⁷⁾ – como projecto pessoal prioritário, o que seria suficiente para que a autonomia individual não mais devesse ser objecto de qualquer tutela colectiva de cariz opressivo, fosse qual fosse o seu estandarte; por sua vez, o pluralismo societário e o politeísmo axiológico constituem realidades incontornáveis que reclamam novas formas de sociabilidade e *governance política*; ao mesmo tempo, emergem novas formas de pertença comunitária compensando a anomia e anarquia; entretentes, as soluções orgânico-funcionais para acorrer à satisfação das necessidades individuais e sociais são hoje mais complexas e diversificadas, as conjugações entre os

três sectores de economia mais frequentes e o direito (sobretudo público) cada vez mais social e menos estatal (ainda que tal deva ser correctamente entendido), vendo-se obrigado, portanto, a reinventar os seus meios de acção. Isto sem falar dos constrangimentos económico-financeiros de que vimos sendo quotidianamente inteirados, se bem que nem sempre com a necessária *honestidade* (até jurídica).

Aliás, e muito simplesmente, se o repto, apesar de tudo, permanece, é decerto pelo facto de os referentes convocandos – de que colhemos alguns exemplos – nos devolverem uma imagem cujos laivos perturbadores se deixaram indiciados. Resumindo: assistimos à hegemonia de uma certa *cultura-mundo* de verdadeiro *hiperconsumo*, cujo hipetrofiado individualismo, além de raiar a distopia *antropotécnica*, se mostra responsável por uma crescente *liquidificação do social*, acompanhada de uma privatização crescente do espaço público; que se vê legitimada por uma ambígua *ética do desejo* (grandemente distorçora dos próprios ensinamentos, seja lacanianos, seja freudianos); e que, por fim, se apoia numa economia neoliberal, numa política puramente gestonária do *status quo* e num direito de regulação, homologadores do egoísmo generalizado de indivíduos e grupos, conquanto sob a equívoca veste de soberania do consumidor e de concorrência dos produtores (que originariamente haviam representado um genuíno reforço da protecção e promoção jurídica da pessoa). Tudo o que oferece um novo contexto (problemático e intencional) à juridicidade, co-determinando-a na sua tarefa de deveniente reconstituição histórica; mas que, de modo especial, nos interpela, enquanto seus agentes, a assumi-la numa atitude genuinamente crítico-reconstrutiva, capaz de levar a sério a realidade, em vez de dela fazer tábua rasa, mas sem por isso capitular perante as suas asperezas e agruras. Tudo para tentar afirmar pelo menos uma certa ideia de *rule-of-law* – capaz ainda de transcender crítico-regulativamente, numa intenção normativa de vinculativa conformação, as diversas realidades económico-sociais –, cada vez mais urdida à escala global, e da qual devem constituir parte integrante as garantias institucionais do reconhecimento a cada ser humano de um direito à protecção social e à saúde, enquanto expressão subjectiva dos princípios normativos da justiça social.

Sem desperdarmos demasiado tempo com a explicitação dos pressupostos metalinguísticos da comunicação ensaiada, impõem-se todavia algumas observações sobre a sua forma e matéria, para prevenir eventuais tensões entre os respectivos *ethos*, *logos* e *pathos*.

Assim, num primeiro momento, trataremos de situar o direito à saúde europeu no quadro da actual protecção jusinternacional e nacional do bem saúde, para depois tentarmos inteligir os termos da sua consagração na Carta dos Direitos Fundamentais, evidenciando que este direito subjectivo (em sentido amplo), posto que tímido, precisa de ser interpretado em perspectiva adequada para permitir uma inspecção profunda em termos materiais.

Com duas consequências: a primeira, residente na tese segundo a qual no direito à saúde se intersectam a *Europa da*

saúde, a *Europa social* e a *Europa dos direitos*, justificando portanto que o decifremos nessa sua condição axial; a segunda, traduzida na opção por um exercício de pendor eminentemente descritivo no que toca ao tratamento histórico dessas linhas evolutivas da UE, promanantes do *ponto de fuga* eleito – o que se explica pelos propósitos meramente didascálicos que nos definimos e assim apenas indirectamente (pela via do esclarecimento e consciencialização dos próprios agentes e actores sociais) serve a intenção praxeológica do direito.

Com efeito, a ser bem sucedida a tentativa, talvez se facilite a abertura reconciliadora de dois discursos altamente codificados e dos respectivos subsistemas: o dos juristas e o dos médicos, o do direito e o da medicina⁽⁸⁾; e, simultaneamente, se contribua para uma *educação jurídica* de intenção *prático-pragmática*, levando a sério a admonição de que todos somos intérpretes-*performers* do direito. Mais modestamente, do que se trata é de ultrapassar as reduções da normatividade jurídica a uma pura heteronomia coactiva, confirmando que, se a *educação é melhor do que as leis*, sem dúvida a *partilha livre* de uma cultura jurídica, mediante o seu *reconhecimento*, mais do que mera *aceitação*, constitui um garante não despiciendo de uma verdadeira *realização* da justiça jurídica. Sem que isso roube espaço para as demais normações e sentidos práticos, instituindo qualquer asfixia normativa nessa complexa relação entre as *regras e a vida*.

DO DIREITO DA SAÚDE AO DIREITO À SAÚDE – PARA UM RÁPIDO ENQUADRAMENTO GERAL

Saúde, justiça, direito(s)^(9,10)

1. Saúde: noção e sentido

A saúde inscreve-se no cerne das mais profundas auto-representações e auto-projecções individuais e colectivas, materiais e espirituais, factuais e normativas, que a excogitação do homem sobre si mesmo foi gerando ao longo dos tempos. Afinal de contas, releva da própria *ôntico-ontologia* desse *ente radicalmente corporal*⁽¹¹⁾, que transcende a *natureza pela cultura*, se singulariza no contexto *comunitário* pela sua própria *personalidade*, e vê a *identidade* e *ipseidade* perturbadas pela estranheza do que designa vagamente por *inconsciente*.

Etimologicamente, *para cá* das mais remotas nascentes arqui-linguísticas que o religam à *integridade* do homem, segundo uma perspectiva holística – *holon*, *integritas*, *soterias*, *salus*, *salvus*, *whole*, *Heil*, *health* – o *sema* da saúde recolhe-se na confluência de três fontes latinas⁽¹²⁾ – a saber, *salus* (com o significado de bom estado físico e moral, mas também, de conservação/salvação de bens e direitos), *sanitas* (que tanto denota o bom estado do corpo e do espírito, como a própria racionalidade, bom senso e bom gosto) e *salubritas* (a remeter para os meios indispensáveis à conservação do bom estado de saúde) – fundindo, portanto, dimensões individuais e descritivas (conservação e integridade de si), morais e prescritivas (comportamento saudável), colectivas e políticas (medidas sanitárias).

Tão *extensa*, *intensa* e *multimodamente* co-essencial ao próprio homem, compreende-se que a saúde se confunda mesmo com um certo ideal de plenitude, perfeição e *eudaimonia* in-

dividual, e por extrapolação, de bem-estar social⁽¹³⁾, e que, conseqüentemente, se evidencie e manifeste por regra em termos negativos ou problemáticos, vale dizer, nos momentos de *crise* – aqueles em que, com o assalto da doença, o *Leib* se volta *Körper* e experimentamos individualmente na carne (*Erlebnis*) a *ausência da saúde*, com todas as suas implicações pessoais; ou em que sofremos colectivamente as aflições *circularmente viciosas da falta de condições* e de *manifestações* de vida saudável, sã e salubre simultaneamente fruto e factor de desigualdade, fragmentação, instabilidade e mesmo convulsão sociais. Contudo, a recorrente tentativa de definir pela negativa uma realidade assim tão elusiva limita-se a contornar as dificuldades, visto que o conceito de *doença* se afigura também ele polissêmico, identificando-se com as noções ora de *disease* (*asthenia* ou *infirmity*), ora de *illness* (*nosos, morbos*), ora de *injury* (*pathos, aegrotatio, dolentia*) – sendo que a primeira é, sobretudo, encarada de uma óptica individual e com cariz puramente contingente, a segunda corresponde a uma perspectiva mais colectiva e a terceira pressupõe uma causa provocadora – uma agressão ou lesão^(14,15).

Em razão do exposto e atenta, pois, a riqueza e densidade metafóricas⁽¹⁶⁾ da saúde, sem surpresa se multiplicam as concepções (biológicas, sistémicas, culturais) e as perspectivas (médicas, psico-sociais, político-legais, económicas) a seu respeito erigidas a partir das mais diferentes racionalidades e intenções (políticas, económicas, culturais jurídicas), nos mais diversos contextos prático-sociais e epistemico-discursivos (que os reflectem)⁽¹⁷⁾ e apontando-lhe ou destacando-lhe diversificadas facetas (saúde-instrumento, saúde-produto, saúde-instituição, saúde-investimento, etc.) ou aspectos (ontológicos, epistemológicos, axiológicos e antropológicos)⁽¹⁸⁾.

De grande curso e ampla aceitação se afigura a noção forjada pela OMS, que assimila a saúde a *um estado de completo bem-estar físico, mental e social*, não redutível à mera *ausência de doenças*.

Explorando esta visão ampla e acentuando a potência da saúde – especialmente importante de uma óptica ético-jurídica (sobretudo se filtrada pelo discurso das *capabilidades*, como modestamente temos procurado fazer^(19,20,21,22) – há mesmo quem se atreva a associá-la a uma genérica *capacidade de poder-ser*, de modo a cobrir a dinâmica das possibilidades de realização das dimensões físicas, psíquicas e espirituais da pessoa⁽²³⁾ – aquilo que, dentro do campo das possibilidades gerais e particulares, deve ser socialmente assegurado a cada um, em termos razoáveis, no respeito pela sua liberdade e atenta a respectiva singularidade.

Qualquer que seja o conteúdo nocional da saúde, toda uma gramática social se desenvolve à sua volta, distinguindo sujeitos, predicados e complementos, ordenando agentes, práticas, e objectos. Dignos de destaque são obviamente os serviços e produtos de saúde (preventiva, curativa, paliativa, primária, secundária ou terciária) e os sistemas da sua disponibilização, prestação e provisão, objecto dos mais diversos tratamentos, classificações e qualificações. Mas, independentemente do *jogo linguístico* em causa e das *relações familiares* que desencadeie, revela-se

praticamente constante a referência à saúde como algo valioso, prezado e estimado pelo homem – vale dizer, como um *bem*⁽²⁴⁾.

2. Os discursos sobre a saúde

Ora se a saúde é um referente de carga positiva no *Lebenswelt* humano, retomado nas mais diferentes arenas e *campus sociais*, nos termos das respectivas práticas reflexivas – seja a da política, a do direito ou a da economia – a verdade é que ela própria como que desencadeia o seu peculiar subsistema ou esfera social de sentido. A panóplia de agentes, comunicações, relações e instituições geradas em torno da saúde estrutura uma esfera social parcialmente autónoma, com os seus códigos e programas próprios e a correspondente dinâmica de auto-observação, auto-representação, auto-regulação e auto-constituição. Isto significa que o bem saúde, presente em várias arenas da prática social, é pluralmente constituído segundo diversas intenções epistémicas, mas tende a criar também o seu próprio discurso, a sua própria racionalidade, as suas próprias regras, as suas identidades, as suas instituições. Não espanta por isso que, quer como *espaço social*, quer como bem polimorficamente configurado, concite a atenção do direito.

3. Direito e saúde

3.1 A saúde como problema de justiça

Bem eminentemente *substantivo* (J. Finnis) e *externo* (L. Vallauri), *básico* (J. Rawls) e *transcendental* ou *condicional* (W. Kersting)⁽²⁵⁾ – imprescindível para uma verdadeira *capabilização* (Sen/Nussbaum) ou *empoderamento* da pessoa e sua realização – o valor da saúde joga-se no âmbito tanto das *relações entre particulares*, (em especial as que envolvam determinados profissionais, socialmente reconhecidos – médicos, enfermeiros, etc.), como dos *particulares com a comunidade*, e da *comunidade com cada um dos seus membros*, suscitando, por isso, considerações seja de *justiça comutativa*, seja de *justiça geral* e *protectiva*, seja de *justiça distributiva*, *social* e *correctiva*.

Por outro lado, as intenções de justiça em matéria de saúde (consideradas as suas muitas valências), manifestam-se quer a montante, a respeito das respectivas determinantes e condicionantes (ambientais, culturais, sociais, políticas, económicas), quer a jusante, com relação às estruturas e práticas de provisão e prestação de saúde, sua organização e funcionamento (e sem menoscabo das correspondentes consequências – políticas, económicas e sociais).

Enquanto eixo de uma *arena* específica da sociedade (J. Elster), a saúde é um bem ao qual corresponde um princípio específico de distribuição, i.e., uma modalidade especial de igualdade, que molda as relações entabuladas nessa esfera: o princípio da necessidade (M. Walzer). Donde resulta um nexo nuclear entre o bem em causa e um critério básico de justiça que é pressuposto filosófico-político e social de uma *sociedade distributiva* (J. Rawls).

3.2. A saúde como bem (e problema) jurídico

Na dialéctica de crítico-normativa transcensão que mantém com a realidade, e segundo a sua fenomenologia específica de

constituição, o direito descobre, reconhece, acolhe, mas também co-constitui, conforma, desenvolve e complementa os bens sociais, convertendo-os em bens propriamente jurídicos, do mesmo passo que pressupõe – e transcende normativamente – as instituições e as intenções estruturadoras e materialmente constitutivas da realidade social.

Ora, como bem jurídico, a saúde possui carácter simultaneamente natural, técnico e cultural, individual (singular/pessoal) e social, e contém dimensões privadas e públicas (porque pressupõe uma actuação defensiva e promocional de iniciativa alheia), carecendo de protecção quer em relação a terceiros, quer face aos fenómenos naturais e aos riscos colectivos, quer ainda, no entender de alguns, perante as acções do próprio sujeito⁽²⁶⁾. Ao mesmo tempo, reclama uma plêiade de medidas positivas que vão da criação de condições ambientais e socio-económicas propícias, à previsão normativa e instituição efectiva de esquemas prestacionais que assegurem os cuidados de saúde.

3.3 Direito da saúde e direito à saúde

O *direito da saúde* constitui o complexo normativo-jurídico que toma a saúde por objecto (imediato ou mediato), regulando, em especial, a organização e funcionamento das instituições destinadas à provisão e defesa da saúde e, em geral, todas as relações que sobre ela versam^(27,28).

Muito esquematicamente, diremos tratar-se de um *ramo de direito: objectual*, visto que a agremiação das suas normas (regras e princípios) se faz em redor do bem que tomam primordialmente por objecto, e não segundo as linhas de demarcação disciplinar tradicionais; *interdisciplinar*, porquanto (em consequência) compreende preceitos de direito público e privado, internacional, constitucional, administrativo, penal, civil, comercial; e *multifuncional*, pois que lhe compete simultaneamente a tutela de valores, bens e interesses, a resolução de conflitos de interesses, a efectivação das garantias pessoais, bem como tarefas de auto-regulação constitutiva e validação legitimante e crítica dos interesses, poderes e valores ético-culturais em causa nas questões de saúde.

No centro dos discursos sociais e jurídicos sobre a matéria – como fulcro do direito que a regula – podemos no entanto colocar um *direito à saúde* em sentido lato, corolário da dimensão de *garantismo social* (L. Ferrajoli), que tange o problema da afectação justa e eficiente de recursos ao sector e da sua repartição, assim como os termos da sua disponibilização/oferta, provisão e prestação.

3.4. O direito à saúde

Não obstante ocorrências primevas e inúmeros precursores, até nacionais, a formulação oficial da saúde como direito humano data da Conferência de São Francisco, realizada em 1945, tendo sido introduzida na sequência de uma proposta então apresentada pela delegação brasileira⁽²⁹⁾.

Actualmente tem morada em diferentes constelações jurídico-internacionais de tutela – seja de nível universal ou regional – com âmbito geral ou circunscritas aos direitos sociais

(quando não mesmo especificamente à saúde) e nas constituições de muitos Estados-membros da UE.

No plano internacional geral, quer a *Carta das Nações Unidas* [artigos 13º, n.º1, al. b); 55º al. b); 57º, n.º 1; 62º, n.º 1)], quer a *Declaração dos Direitos do Homem* (25º) concederam atenção à saúde; todavia deve-se especificamente ao artigo 12º do *Pacto Internacional de Direitos Económicos Sociais e Culturais* e ao Comentário 14º que lhe dedicou o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, a densificação mais exigente e circunstanciada que oficialmente recebeu⁽³⁰⁾. Já antes, porém, fora previsto pela *Constituição da OMS*, que serviu depois de inspiração àqueles preceitos (bem como ao artigo 12º da *Convenção contra todas as formas de discriminação contra as mulheres* ou ainda, por exemplo, ao art. 24º da *Convenção dos Direitos da Criança*).

No contexto das organizações regionais, avulta o *sistema europeu de tutela dos direitos do homem*, instituído pelo Conselho da Europa e a sua acção política e jurídica no domínio dos direitos sociais e, mais particularmente, da bioética. Tenham-se em mente, pela ordem indicada: os artigos 2º e 3º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (CEDH), que oferecem base à protecção da saúde, não obstante a recusa, até hoje, do muito pretendido alargamento do catálogo convencional (e, inerentemente, da jurisdição do Tribunal Internacional dos Direitos do Homem – TEDH) aos direitos sociais; o direito declaratório, ou *soft law*, constituído pelas *Resoluções* ou *Recomendações* da Assembleia Parlamentar ou do Conselho de Ministros e o intenso labor jurisprudencial do TEDH; a *Carta Social Europeia* (CSE), que, não obstante as suas debilidades, representa um marco simbólico, ao abrigar vários preceitos de tutela da saúde [11º e 13º, n.º 1, sobretudo, mas também 3º, 22º, al. b) e 23º§2, al. b)] e suscitar uma obra digna de nota por parte do Comité Europeu de Direitos Sociais⁽³¹⁾; e a *Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina*, na qual sobressai o artigo 3º sobre o *acesso equitativo aos cuidados de saúde*, estatuinto que «As Partes tomam, tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis, as medidas adequadas com vista a assegurar, sob a sua jurisdição, um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada».

Finalmente, num *scroll* pelas ordens jurídicas europeias, chega-se à conclusão de que o direito à saúde foi acolhido, de variadíssimas formas – directa ou indirectamente, como *directriz política*, *objectivo de valor constitucional*, *direito subjectivo de defesa*, de *protecção*, de *participação*, de *prestação* ou pura e simplesmente como direito *pluriforme* e *polifacetado* – nomeadamente nas leis fundamentais ou nos textos constitucionais italiano (32º), português (64º), belga (23º/2), letão, (111º), lituano (53º), polaco (68º), espanhol (43º), francês (§9 do preâmbulo da constituição de 46), holandês (22º/1), eslovaco (40º), checo (29º/1 e 31º), húngaro (§70 D), maltês (17º/2), grego (5º/5 e 21º/3), finlandês (§19/3) ou irlandês (45º/4, 2).

3.5. O direito à saúde como direito social

Na melhor teoria sobre o direito à saúde – que procura captá-lo como um *todo*, considerando a sua complexa estrutura, conteúdo e efeitos, bem como as funções que cumpre e a

intencionalidade constitutiva última que o anima – destacam-se-lhe analiticamente⁽³²⁾: uma dimensão defensiva, definidora de um *status negativus* e *libertatis* (poder reconhecido pelo direito de exigir a omissão ou abstenção por parte de terceiros e do Estado, de quaisquer tipos de lesões ou ofensas à saúde), mas também uma componente participativa, como direito de quota-parte em sentido amplo (i.e, direito de tomar parte nos sucessos e insucessos da vida social), neste caso dominada pelas pretensões prestativas em sentido amplo, quer se trate de direitos do *status positivus libertatis* (direitos a protecção, vale dizer, a exigir do Estado a adopção das medidas materiais e/ou normativas necessárias à protecção da saúde dos cidadãos), quer se trate de direitos do *status positivus socialis* (integrado pelos direitos de participação em sentido estrito ou direitos a prestações materiais (ou fácticas) sociais – cuidados de saúde, distribuição de medicamentos, etc.).

Nas certas palavras de Currea-Lugo⁽³³⁾, só compreendemos a saúde como bem, na globalidade da sua protecção jusfundamental, encarando-a: (1) como parte de outros direitos; (2) como condição assegurável a partir da garantia de outros direitos; (3) como condição que limita o exercício de outros direitos; (4) como resultado da abstenção do Estado e (5) como direito em si, que contempla tanto (a) o dever de os Estados prevenirem a doença, como (b) um dever de assistência, por sua vez desdobrado nas faculdades jurídicas constitutivas do direito ao serviço (pretensões de disponibilidade, acessibilidade económico-financeira, geográfica, informativa, etc.) e do(s) direito(s) no serviço.

Pela nossa parte, atidos à vertente social do direito, que a todos nos co-responsabiliza, propugnámos já a deverosidade (validade, justeza e correcção) de uma posição jussubjectiva activa substancial de vantagem das pessoas perante a sociedade – direito em sentido amplo – tendo por conteúdo a provisão de serviços e produtos de saúde com carácter essencial de que comprovadamente necessitem; o que implica a invenção e estruturação de soluções institucionais adequadas à garantia da disponibilização e acessibilidade económica, geográfica e social desses bens e à respectiva aceitabilidade ou acomodação e reclamada qualidade, assim como a desvelação/constituição dos fundamentos e critérios materiais e processuais para a sua determinação. Significa isto que as pessoas podem exigir das comunidades político-sociais de integração (a começar pelo Estado) a que pertencem, a prestação de cuidados essenciais para a manutenção, recuperação ou minoração dos danos das suas capacidades comunicativas, sensitivas, intelectuais, activas e produtivas ou para a palição de aflições intoleráveis, sendo-lhes depois reconhecidas pretensões jurídicas de vinculatividade graduada, em função da sua necessidade e da importância dos cuidados, à obtenção de outros produtos e serviços. Em contrapartida, acham-se solidariamente responsabilizados, na medida das suas capacidades, a contribuir para a garantia da resposta social e colectiva às demandas legitimamente feitas a este nível, normalmente por via fiscal ou contributiva, mas também, cada vez mais, a participar na sua sustentação mediante o pagamento de taxas ou quase-preços públicos.

[continua no próximo número]

THE RIGHT TO HEALTH IN THE EU IN A DIACHRONIC PERSPECTIVE: A GENEALOGY OF ARTICLE 35º OF THE CFREU

ABSTRACT

The main purpose of this article is to portray the basic historical *genealogy* of article 35º of the *European Union Charter of Fundamental Rights*, while it can be captured at the confluence of three relevant veins of the European integration process: those respectively concerned with *health*, *human rights* and *sociality*.

In PART I, once the opening considerations are concluded, we will risk a quick glimpse into the horizon of understanding which is to be assumed, regarding the relations between health, justice and law: so, departing from the acknowledgment of health's crucial importance as a fundamental human good – with a myriad of meanings and valences (and therefore nuclear to several sorts of epistemic discourses, as well as to social systems and practices) – we will expose some of the most *provocative questions* it poses as relevant *problems of justice*, which demand some kind of juridical intervention. We will conclude, then, with a summarized characterization of health law, and particularly, of the right to health care – both considered in general terms, as derived from the contemporaneous international, transnational and comparative law *standards*

Keywords: Health; healthcare; good; types of justice; health law; right to health care; Charter of Fundamental Rights of the European Union; article 35.º; European Health policies; Social policies; human rights and fundamental rights.

Nascer e Crescer 2011; 20(4): 276-282

BIBLIOGRAFIA

1. Nabais JC, Silva ST (Coord.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Coimbra, Almedina, 2011, 22 e ss.
2. Stone D, "The False Promise of Consumer Choice", in *Saint Louis University Law Journal*, volume 51, 475-488; Bauman Z, *Does Ethics have a Chance in a World of Consumers?*, Harvard University Press, 2008.
3. Stiegler B, *Réenchanter le monde. Le valeur esprit contre le populisme industriel*, Champs essays, Paris, Flammarion, 2006; O'Connor N, "From Conspicuous Consumption to Collective Consumption", in *Social Europe Journal* (on-line), December, 2011.
4. Silva ST, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, 99 e ss.
5. Pereira MB, "Meditação Filosófica e Medicina", in *Revista Filosófica de Coimbra*, Vol. 11, n.º 21, Coimbra, Março de 2002.
6. Foucault M, *História da Sexualidade III – O Cuidado de Si*, Lisboa, Relógio d' Água, Lisboa, 1994.
7. Bauman Z, *The Art of Life*, Cambridge/ Malden, Polity Press, 2008.

8. Kant I, O Conflito das Faculdades, Lisboa, Edições 70, 1993.
9. Racionamento e Racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional, Coimbra, polic., 2007, Volume II, Capítulos I e II (*maxime* pp. 1-77).
10. “As taxas moderadoras e o financiamento do sistema nacional de saúde: elementos para uma perspectiva constitucional”, in Cabral NC, Martins GO, Amador OM, Reforma do Sector da Saúde: uma realidade iminente? Coimbra, Almedina, 2010, 101-203.
11. Merleau-ponty M, Phénoménologie de la perception, Paris, Gallimard, 2008.
12. Fassin D, L'espace politique de la santé: essai de généalogie, Paris, PUF, 1996.
13. McMahon D, Uma História da Felicidade, Lisboa, Edições 70, 2009.
14. Duch L, Antropologia de la vida cotidiana: simbolismo y salud, Madrid: Editorial Trotta, 2002.
15. Loureiro J, “Aegrotationis medicinam ab iure peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito”, in Cadernos de Bioética 11, 25, 2001, 19-53.
16. Sonntag S, A Doença Como Metáfora/A Sida e as Suas Metáforas, Quetzal, Lisboa, 2010.
17. Beck U, Giddens A, Lash S, Modernização Reflexiva – Política, Tradição e Estética no Mundo Moderno, Oeiras, Celta Editora, 2000.
18. V., o nosso Racionamento e Racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional, Volume II, op. cit., 11 e ss.
19. V. Nussbaum M, “Capabilities and Human Rights”, in Brooks R, Murphy JB, Aristotle and Modern Law, Dartmouth, Ashgate, 2003, 273-300;
20. Idem, Creating Capabilities: The Human Development Approach, Cambridge/London, Belknap Press of Harvard University Press, 2011;
21. Sen A, O desenvolvimento como Liberdade, Lisboa, Gradiva, 2003
22. e Idem, The Idea of Justice, London, Penguin, 2009. Para uma projecção no plano da saúde, v. Heinrichs J-H, “Grundbefähigungsgleichheit im Gesundheitswesen”, in Ethik in der Medizin, 17, 2005, 90-102.
23. V. Steffen G, Droit aux soins et rationnement (Approche d'une définition des soins nécessaires), Berne, Staempfli Editions, 2002.
24. Loureiro J, Constituição e Biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana, Volumes 1 e 2, Coimbra, 2003, 133-134.
25. V., agora também, Huster S, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit – Sparen, umverteilen, vorsorgen?, Klaus Wagenbach Verlag; Auflage 1, 2011, capítulo I, n.º 1.
26. Parafraseamos aqui a logradíssima síntese de Loureiro J, “Direito à (protecção da) saúde”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, Lisboa, 2006, 657-692.
27. Correia JS, “Introdução ao Direito da Saúde”, in Ascensão JO, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, Lex – Edições Jurídicas, 1991, pp. 41-53.
28. Hart D, Francke R, Gesundheitsrecht, 5. Auflage, München, Beck, 2003.
29. Sander, G.G., Internationaler und europäischer Gesundheitsschutz. Gesundheit in WHO, FAO/CAK, WTO und EU, unter besonderer Berücksichtigung des Lebensmittelrechts, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.
30. Sepúlveda, M., The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Utrecht, Intersentia, 2003.
31. Toebes BC, The Right to Health as a Human Right in International Law, Antwerpen, Intersentia, 1999, 183.
32. Murswiek, Dieter “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”, in Isensee J, Kirchhof P, (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 112, 243-289.
33. Correa-Lugo, Victor, La salud como derecho humano, Bilbao, University of Deusto, 2005.

CORRESPONDÊNCIA

Luís A. M. Menezes do Vale
lvale@fd.uc.pt