

Direito Sanitário

Por Fernando Aith

Dr. em Direito Sanitário

Professor de Pós - Graduação no ICTQ e USP

A Constituição de 1988 reconheceu expressamente a saúde como um direito fundamental em seus artigos 6º e 196. O reconhecimento constitucional da saúde como um direito significou um grande avanço do Estado Democrático de Direito brasileiro e acarretou em múltiplas inovações legislativas e institucionais, revelando um vasto campo do conhecimento jurídico a ser desbravado. É sempre bom lembrar que a saúde não era reconhecida como um direito antes da Constituição de 1988 e, por tal razão, o Estado não tinha os deveres hoje previstos no texto constitucional e na legislação complementar.

Passados vinte anos da aprovação do texto constitucional e do reconhecimento expresso da saúde como um direito, os desafios que se impõe no campo da ciência jurídica e da saúde pública no Brasil concentram-se na necessidade de se oferecer ao cidadão garantias concretas e eficazes para que o direito à saúde seja efetivamente desfrutado.

Se a saúde é um Direito fundamental reconhecido pela Constituição, qual o exato contorno deste direito? Quais os deveres do Estado e dos cidadãos para que o direito à saúde seja concretizado? É fato da vida que todos um dia vamos morrer, e que a nossa saúde certamente sofrerá abalos ao longo de nossa trajetória. Qual seria, então, a compreensão jurídica a ser dada à expressão “saúde é direito de todos”, utilizada no Art. 196 da Constituição? As perspectivas do Direito Sanitário no Brasil dependem, e muito, das respostas às questões acima formuladas.

Por tal razão, para se possa analisar o Direito Sanitário no Brasil é necessário, preliminarmente, fazer uma reflexão sobre quais os contornos do conceito jurídico de “saúde”. Feita essa primeira análise, pode-se aprofundar a compreensão, também fundamental para a análise proposta, sobre os deveres do Estado e da sociedade que derivam do reconhecimento da saúde como um direito fundamental.

1.1. CONTORNOS JURÍDICOS DO DIREITO À SAÚDE

O Direito à saúde, reconhecido como um Direito Humano fundamental, encontra-se categorizado no que se convencionou chamar de Direitos Sociais ou Direitos Humanos de segunda geração. A própria Constituição de 1988 expressamente declara a saúde como um Direito social (C.F., art. 6º). Entretanto, cumpre destacar, na linha já traçada por Cançado Trindade, que o Direito à saúde, como Direito social que é, realmente possui a característica de exigir do Estado brasileiro ações concretas e efetivas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Deve assim o Estado intervir na dinâmica social para a proteção do Direito à saúde. De outro lado, a saúde também possui diversas características que lhe oferecem contornos de direito subjetivo público.

O Direito à saúde pode ser também considerado como um Direito subjetivo público (faculdade de agir por parte de um cidadão ou de uma coletividade para ver um direito seu ser observado) na medida em que permite que o cidadão ingresse com uma ação junto ao Poder Judiciário para exigir do Estado ou de terceiros responsáveis legalmente a adoção ou a abstenção de medidas concretas em favor da saúde.

Assim, podemos perceber que, como Direito Social, o Direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos, etc. De outro lado, deve-se ter em vista que o Direito à saúde também se configura em um direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um

cidadão ou uma coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento específico ou de um tratamento cirúrgico. Assim, o Direito à saúde é ao mesmo tempo um direito social e um direito subjetivo pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam que o Estado adote medidas específicas em benefício da sua saúde ou que o Estado se abstenha de adotar ações que possam causar prejuízos à saúde individual ou coletiva (ou seja, também exige abstenção do Estado, como por exemplo não poluir o ambiente).

O Direito à saúde é, portanto, um direito humano fundamental da sociedade brasileira necessário para o desenvolvimento do país. Por essa razão as ações e serviços de saúde são, no Brasil, considerados como de relevância pública (C.F., art. 197) e devem estar sujeitos aos mecanismos de controle social de uma democracia, para evitar eventuais abusos a esse Direito.

A evolução do Direito Sanitário aponta no sentido de se definir, com a maior precisão possível, qual o conceito jurídico de saúde, pois somente esta resposta poderá oferecer os contornos jurídicos da saúde como um direito fundamental. O conceito de saúde somente pode ser determinado considerando-se a realidade de uma sociedade concreta, cujos cidadãos participem tanto da definição de seus contornos gerais quanto do controle de sua fixação em cada caso particular. Isso porque, desde o início da história ocidental, as sociedades sempre reconheceram a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde individual, tendo identificado, inclusive, a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho³.

Apesar da força da corrente de pensamento que buscou conceituar a saúde como sendo a ausência de doenças – que se afirmou no século dezenove, com o predomínio do paradigma positivista na ciência – a experiência de uma Grande Guerra apenas 20 anos após a anterior, provocada pelas mesmas causas que haviam originado a predecessora e, especialmente, com capacidade de destruição várias vezes multiplicada, restabeleceu-se a vinculação indissociável entre o estado de saúde das pessoas e o ambiente social onde elas se inserem. Assim, a sociedade que sobreviveu a 1944 afirmou que a saúde é um direito essencial dos seres humanos e criou a Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceitua: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Esse é o principal conceito jurídico expressamente previsto em um instrumento jurídico internacional assinado pelo Brasil e, portanto, incorporado ao direito interno nacional.

Ora, em termos de hermenêutica jurídica, a complexidade e amplitude desse conceito, que reconhece a essencialidade do equilíbrio interno dos seres humanos com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a compreensão da saúde, faz com que ele somente possa ser determinado em cada realidade sócio-econômica e cultural. Ou seja, para se definir o conceito jurídico de saúde é preciso analisar concretamente o contexto sócio-econômico-cultural em que uma eventual violação ao direito à saúde ocorreu.

Para se ter saúde é preciso considerar, ao mesmo tempo, as características individuais, físicas e psicológicas, e, também, o ambiente social e econômico em que vive a pessoa - tanto o ambiente mais próximo das pessoas quanto o ambiente macrorregional ou global. Portanto, ninguém pode, individualmente, ser responsável por sua saúde. Com efeito, não se pode negar que o arranjo genético influi decisivamente para o aparecimento de doenças, ou que uma queda de certa altura implicará, muito provavelmente, uma fratura óssea e que, em ambas as hipóteses, a saúde se encontra prejudicada. Do mesmo modo, uma pessoa angustiada ou deprimida não se dirá saudável. Todas essas situações estão mais próximas das características individuais, embora seja possível encontrar em todas elas traços que as ligariam à organização social ou política que as envolvem.

Assim, aquele determinado arranjo genético pode ser o resultado de gerações vividas em ambientes contaminados; a queda decorrer da ausência de medidas eficazes de proteção, que o país não exige serem implementadas; a angústia ter sido gerada pelo anúncio da supressão de postos na empresa onde a pessoa trabalha; ou a depressão ser conseqüente à incapacidade de encontrar emprego, que já dura muitos meses. Esses exemplos mostram que

existe, na realidade, um continuum na noção de saúde, que tem em um de seus pólos as características mais próximas do indivíduo físicas e mentais, e no outro lado, aquelas características mais diretamente dependentes da organização sócio-política e econômica dos Estados.

Examinando-se o outro extremo, pode-se verificar que a existência de mosquitos contaminados com o vírus da dengue, ou de aves portadoras do vírus da gripe aviária, ou ainda a circulação de alimentos industrializados impróprios para o consumo, ameaçam a saúde de toda a população e que as pessoas individualmente pouco podem fazer para se protegerem. De fato, o desmatamento provocado pelo crescimento urbano gerou a urbanização de certos mosquitos, que podem ser contaminados pelo vírus da dengue ou da febre amarela, e apenas um programa contínuo de controle epidemiológico poderá controlar a quantidade desses possíveis vetores da doença.

Não basta, portanto, que uma pessoa use todos os meios ao seu alcance para matar os mosquitos. Se os seus vizinhos não fizerem o mesmo, esta pessoa continuará correndo o risco de receber uma picada e contrair a dengue. Do mesmo modo, para evitar que o vírus da gripe aviária ou suína seja capaz de provocar uma epidemia de gripe entre os homens, é preciso que todos os Estados extingam todos os focos de contaminação em seus territórios, pois não basta que um Estado ponha em funcionamento um programa de controle, tornando absolutamente impermeáveis suas fronteiras, uma vez que o vírus pode entrar no território nacional transportado por um pássaro migrador.

Podemos aqui também observar o mesmo continuum na conceituação de saúde, pois, embora em todas as hipóteses referidas exista uma predominância da organização social, nacional e global, produzindo doenças, é sempre possível aceitar que as condições físicas e psicológicas das pessoas possam tornar mais fácil ou dificultar seu adoecimento. Assim, não se deve descartar ou menosprezar a importância das características genéticas, físicas e mentais do indivíduo em seu estado de saúde.

Em resumo, a saúde é determinada por um conjunto de fatores concretos que orientam a vida do indivíduo. Influem na saúde, portanto, fatores individuais, como as condições físicas e mentais; fatores sociais, como o ambiente urbano insalubre ou a ausência de serviços básicos; fatores econômicos, como a recessão e o desemprego; fatores políticos, como a discriminação e as guerras civis.

A todo direito corresponde uma obrigação. No caso do direito à saúde, tendo em vista os seus múltiplos determinantes, as obrigações para a sua proteção são da sociedade, do Estado e dos indivíduos.

O Direito Sanitário possui a relevante função de definir, no âmbito de nossa sociedade, quais os direitos e deveres do Estado, das famílias, das coletividades, das empresas e dos indivíduos para fins de proteção do direito à saúde. As perspectivas do Direito Sanitário passam, necessariamente, pela definição dessas responsabilidades, razão pela qual é necessário verificar, com vagar, a forma como essas responsabilidades estão definidas em nosso ordenamento jurídico atual.

1.2. OS DEVERES DOS INDIVÍDUOS, DA SOCIEDADE E DO ESTADO PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Visto que a saúde engloba aspectos individuais, coletivos e sociais, fica evidente que, para que o direito à saúde seja garantido, é necessário que os indivíduos, os diferentes grupos sociais, empresas, coletividades e o Estado cumpram determinados deveres, especialmente aqueles definidos normativamente no âmbito do Direito Sanitário.

A amplitude dos deveres relacionados à saúde de cada um dos atores sociais acima mencionados, bem como a escolha dos deveres que serão traduzidos em normas jurídicas, são questões de alta complexidade que orientam as perspectivas do Direito Sanitário no Brasil, razão pela qual merecem ser analisadas com atenção.

1.2.1 Deveres dos indivíduos

Os deveres dos indivíduos englobam os deveres inerentes à proteção da própria saúde, considerada individualmente, bem como os deveres que guardam relação com a proteção da saúde das pessoas que se encontram no âmbito de seu convívio social. No primeiro caso, é dever do indivíduo esforçar-se para manter hábitos de vida saudáveis, cuidando da melhor forma possível de aspectos relacionados com a sua saúde física e mental, tais como alimentação, exercícios, equilíbrio nos esforços realizados no trabalho, uso equilibrado ou abstenção de uso de produtos nocivos à saúde (bebida e cigarros, por exemplo), dentre outros comportamentos considerados, pela ciência, como “saudáveis”.

No que se refere aos deveres do indivíduo com relação à coletividade que o cerca, trata-se do dever de cada pessoa de manter um nível básico de limpeza de sua casa e dos ambientes em que transita, bem como cooperar com os esforços coletivos para a eliminação dos riscos à saúde. Nesse sentido, são deveres dos indivíduos limpar o quintal de sua casa, não jogar lixo na rua, verificar se há focos de mosquitos da dengue em sua residência ou trabalho, participar dos programas de vacinação de doenças transmissíveis, não disseminar moléstia contagiosa de que sabe ser portador, tratar-se de doenças que possuam potencial de disseminação, dentre outros.

No âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, onde vigora o princípio da legalidade (Constituição Federal, Art. 5º, II), os deveres dos indivíduos devem estar previstos em leis para serem exigíveis. Assim, diversas normas jurídicas acabam definindo a amplitude dos deveres do indivíduo para a proteção do direito à saúde, destacando-se os dispositivos do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), da legislação esparsa que define infrações sanitárias (Leis 5.991/73, 6.437/77, 9.782/99), da legislação sobre drogas (Lei 11.343/2006) e das leis sobre posturas municipais.

1.2.2 Deveres da sociedade

Os deveres da sociedade na proteção do direito à saúde guardam relação com os deveres inerentes aos esforços coletivos necessários para a proteção deste direito. Englobam os deveres das famílias, associações de bairros, grupos sociais, organizações não governamentais, empresas, dentre outros atores sociais relevantes, de participar ativamente nas campanhas e nas atividades de proteção à saúde. A sociedade, por meio dos atores sociais mencionados, tem uma importância muito grande na proteção da saúde das pessoas em geral. De um lado, a sociedade deve dosar bem a forma como impõe certas condutas: na empresa, o trabalho excessivo; na família, a alimentação inadequada; na sociedade como um todo, definições de padrões estéticos e comportamentais nocivos à saúde, etc.. De outro lado, a sociedade deve organizar ações coletivas em benefício da população como um todo: empresas ambientalmente saudáveis; mutirões de limpeza; serviços comunitários de orientação sobre higiene pessoal e tratamento de resíduos; etc.

No âmbito do Direito Sanitário é cada vez mais recorrente a criação de leis e regulamentos orientando e disciplinando as condutas destes diferentes grupos sociais, no sentido de adequarem as suas práticas cotidianas às regras sanitárias que garantem a saúde da população. Neste sentido, a legislação do Direito Sanitário oferece uma gama enorme de dispositivos limitando e disciplinando as atividades dos diferentes grupos sociais envolvidos na dinâmica social.

1.2.3 Deveres do Estado

Finalmente, a proteção da saúde depende, e muito, dos deveres impostos ao Estado pela Constituição Federal e legislação complementar. Os deveres do Estado na proteção da saúde podem ser traduzidos na necessidade de se elaborar e executar políticas públicas capazes de alcançar dois grandes objetivos: i) reduzir ao máximo os riscos de doenças e agravos à saúde dos indivíduos e da população e; ii) organizar uma rede de serviços públicos de qualidade capaz de garantir acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde ou de

interesse à saúde.

Fica claro que, embora os indivíduos e a sociedade tenham os seus deveres para assegurar a proteção da saúde, é o Estado o principal defensor deste direito fundamental, cabendo a ele o papel de protagonista das ações em defesa do direito à saúde. Deve o Estado atuar como educador e propagador de informações essenciais à proteção da saúde individual e coletiva, tais como noções gerais de higiene, de limpeza urbana, de controle de vetores, dentre outras informações coletivas relevantes.

Também deve o Estado atuar como executor de políticas públicas capazes de reduzir os riscos de doenças e agravos e de promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde. Desta forma, o Estado deve organizar uma rede de ações e serviços públicos de saúde capaz de prevenir agravos à saúde e doenças e, no caso da prevenção falhar, ou nos casos de adoecimento por motivos humanos, o Estado deve oferecer uma rede de serviços capaz de atender com qualidade, humanidade e eficiência e presteza ao indivíduo.