



O PIONEIRISMO NA PROMOÇÃO DO BEM VIVER: A SAÚDE COMO DIREITO NAS CARTAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRA E ITALIANA

Janaína Machado Sturza¹

Daiana Brandt²

RESUMO

A saúde, na sociedade contemporânea, apresenta-se como uma prerrogativa essencial à vida do homem, ao mesmo tempo em que, nas muitas situações da vida diária, acaba sendo ameaçada. A saúde é primordial ao ser humano que, na sua individualidade, necessita de uma garantia a este direito fundamental à sua sobrevivência. Estudar, escrever e discutir sobre o direito à saúde e principalmente sobre a sua efetividade, a partir de uma ordem social e jurídica, representa um desafio na sociedade contemporânea. Nesta perspectiva, surge um espaço no qual o direito moderno pode ser estudado, aplicado e refletido, não apenas como tradicionalmente vem ocorrendo, a partir da ótica dogmática e formalista, mas sim através de uma proposta comparada entre duas cartas constitucionais distintas – a Constituição Brasileira e a Constituição Italiana, sendo esta, notadamente, a primeira Constituição a reconhecer a saúde como um direito. Logo, este artigo tem o objetivo de demonstrar, ainda que através de um breve ensaio, a trajetória histórica-constitucional do direito à saúde nos dois países, perpassando por momentos sociais e políticos importantes, chegando então às atuais cartas constitucionais vigentes no Brasil e na Itália, as quais afirmam, através dos seus artigos 196 e 32, respectivamente, o reconhecimento da saúde como um direito essencial à vida do homem.

Palavras-Chave: constituição brasileira; constituição italiana; direito à saúde.

¹ Pós Doutoranda em Direito pelo PPGD da Unisinos. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos - Mestrado. Professora na graduação em Direito da Faculdade Dom Alberto. Advogada. Email: janasturza@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito da Faculdade Dom Alberto. Assessora de Juiz de Direito. Email: daianabrandtt@hotmail.com.br.



ABSTRACT

The health in modern society, appears as an essential right to human life, while that in many situations of daily life, just being threatened. Health is essential to the human being, as an individual, you need a guarantee this fundamental right to survival. Study, write and discuss about the right to health and primarily on their effectiveness, from a social and legal system, it is a challenge in contemporary society. In this perspective, there is a space in which modern law can be studied, applied and reflected, not just as has traditionally occurred, from the perspective dogmatic and formalistic, but through a proposal compared between two distinct constitutions - the Brazilian Constitution and the Italian Constitution, which is, notably, the first constitution to recognize health as a right. Thus, this article aims to demonstrate, even through a short essay, the historical-constitutional path the right to health in both countries, passing by social and important political moments, reaching then the current prevailing constitutional charters in Brazil and Italy, which state, through its articles 196 and 32, respectively, the recognition of health as a basic right to human life.

Keywords: brazilian constitution; italian constitution; right to health.

INTRODUÇÃO

Os aspectos sociais, históricos e especialmente jurídico-constitucionais que fundamentam e perpassam a trajetória do direito na sociedade são de extrema relevância para que se possa compreender o direito como um instrumento válido para a consolidação de um *Estado Democrático de Direito*³. Neste sentido, Bobbio (1992) já dizia que todo o Direito fundamenta-se em sua historicidade e o direito à saúde não seria diferente, uma vez que sua concretização é galgada através de um longo caminho marcado por encontros e desencontros constitucionais.

A análise comparada, ainda que breve, do percurso constitucional do direito à saúde no Brasil e na Itália se deve ao fato da Constituição italiana ser a primeira

³Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: [...] reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.



Constituição a reconhecer a Saúde como um direito, estabelecendo-se desta forma como referência para muitos ordenamentos, entre eles o Brasil.

Assim, o direito à saúde no Brasil, como aponta a nossa Constituição Federal de 1988, é um direito de todos e um dever do Estado, calcado no art. 196 da Constituição e garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Através deste dispositivo legal o termo *saúde* se constituiu como um direito reconhecido igualmente a todo o povo, além de ser um meio de preservação e de qualidade de vida.

Já na Itália, o Direito à Saúde, através da Constituição da República Italiana de 1948, se estabeleceu como direito fundamental do homem, sendo elevado ao status de um dos direitos de solidariedade inviolável, consagrado no art. 32 da Constituição. Por conseguinte, trata-se de um direito absoluto, com tutela *erga omnes*, ao qual corresponde o dever de promover e garantir o bem estar de cada indivíduo, enquanto membro do Estado Social.

Portanto, é possível perceber-se que em ambos os contextos emerge a ideia de que “[...] *al centro di ogni giusto vivere civile deve essere il rispetto per l'uomo, per la sua dignità e per i sui inalienabili diritti*” (VITO, 2010:114). Somente desta forma será possível à sociedade reduzir os excessos de desigualdade, garantindo o bem-estar a todos e ressaltando, primordialmente, a ideia de justiça social, a qual tem como escopo remover obstáculos e promover a saúde para todos os seus cidadãos, pois direito à saúde é direito à vida, o bem máximo de cada ser humano enquanto membro efetivo de uma sociedade e de um Estado Social.

Assim, no texto que segue, abordar-se-á a trajetória do direito à saúde na contextualização jurídica brasileira e italiana, perpassando pelos diversos períodos de notoriedade da saúde e suas tendências, até chegar ao seu reconhecimento constitucional através das Constituições de 1988 e 1948, as quais vigoram até os dias de hoje e nas quais a saúde destaca-se como um direito fundamental.

A saúde e seu (não) reconhecimento como direito nas Constituições brasileiras



A longa trajetória de não reconhecimento da saúde enquanto direito constituiu-se como fato marcante no percurso evolutivo de nossas Constituições. Inicialmente, tem-se a Constituição do Império ou também denominada Constituição Política do Império do Brasil, de 25.03.1824, a qual declarou que o Império do Brasil era a associação política de todos os cidadãos brasileiros, formando uma nação livre e independente⁴, trazendo em seu art. 179⁵ uma declaração de direitos individuais e garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores (SILVA, 2014).

Em 1891, mais precisamente na data de 24.02.1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual estabeleceu que a Nação Brasileira adotasse como forma de governo a República Federativa⁶. A sociedade continuava em processo de estruturação e a saúde ainda era uma questão “celestial”, sendo tais fatos agravantes do retardamento em relação à Constituição anterior. Todavia, esta constituição representou grandes transformações com o surgimento da federação e da república, além do incremento dos poderes regionais ou locais, caracterizados pela política dos governadores e do coronelismo regionais (SILVA, 2014), sem, contudo, delimitar à saúde a sua verdadeira relevância.

A segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16.07.1934, não era tão bem estruturada como a primeira, de 1891. Ela trouxe conteúdo novo e manteve da anterior, porém, os princípios formais fundamentais. Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, expressa em seus artigos 113 e 114⁷, inscreveu um título sobre a

⁴Art. 1º O IMPÉRIO do Brasil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Eles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha à sua Independência. BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

⁵Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, [...]. BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

⁶Art. 1º A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

⁷Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]; Art. 114 A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota. BRASIL. Constituição



ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas (SILVA, 2014), sob a influência da Constituição alemã de Weimar⁸.

Ao positivar os direitos de segunda geração, a Constituição de 1934 seguiu o percurso das demais constituições sociais do século XX, marcando o surgimento dos direitos sociais como as normas de previdência social e associações profissionais. Ao Estado ficou delimitada sua responsabilidade para com a assistência social, à qual coube assegurar o auxílio aos desvalidados, à infância, à maternidade, às famílias numerosas e à juventude (MORAIS et al, 2003).

Todavia, a Constituição de 1934 foi revogada e promulgou-se então a Carta Constitucional de 10.11.1937, a qual implementou o regime ditatorial outorgado por Getúlio Vargas. Esta Constituição acabou com o princípio de harmonia e independência entre os três poderes. O Executivo foi considerado "órgão supremo do Estado" e o presidente a "autoridade suprema" do país: controlava todos os poderes, os Estados da Federação e nomeava interventores para governá-los. Os partidos políticos foram extintos e instalou-se o regime corporativista, sob autoridade direta do presidente. E, mesmo com todas estas mudanças, a saúde ainda permanecia na banalidade.

Esta Constituição, então, não se referiu ao tema da saúde, e seu principal norteador foi o fortalecimento do Poder Executivo, ao qual foi dada atribuições do Legislativo, concentrando o poder na figura do Presidente da República⁹. Em síntese, esta Constituição, também denominada de Constituição dos Estados Unidos do Brasil, teve como principais preocupações o fortalecimento do Poder Executivo; a atribuição ao Poder Executivo de uma intervenção mais direta e eficaz na elaboração das leis; o reconhecimento e garantia dos direitos de liberdade, de

(1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

⁸A Constituição de Weimar (alemão: *Weimarer Verfassung*) foi o documento que governou a curta república de Weimar (1919-1933) da Alemanha. Formalmente era a Constituição do estado alemão (*Die Verfassung des Deutschen Reiches*). A Constituição de Weimar representou o auge da crise do Estado Liberal do séc. XVIII e a ascensão do Estado Social do séc. XX. Foi o marco do movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais de 2ª geração e reorganizou o Estado em função da Sociedade e não mais do indivíduo. Disponível em:

<http://pt.weimarer.org/Constitui%C3%A7%C3%A3o_de_Weimar> Acesso em: jul. 2015.

⁹Art. 41 Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação. BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: jul. 2015.



segurança e de propriedade do indivíduo¹⁰, acentuando, porém, que devem ser exercidos nos limites do bem público (SILVA, 2014).

Encerrado o período ditatorial, surgiu a então denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18.09.1946, a qual trouxe à tona o liberalismo afrontado anteriormente pelas medidas ditatoriais do período de 1937 a 1945. Ao contrário das constituições anteriores, esta não foi elaborada com base em um projeto preordenado e tentou, primeiramente, restabelecer o Estado Democrático¹¹ através do resgate das medidas que protegiam os direitos individuais.

No período de 1964 e anos seguintes, expediram-se alguns Atos Institucionais¹², os quais deveriam manter a ordem constitucional vigente. O Brasil enfrentava neste período severas modificações não só no campo político, mas também no campo social. A população perdeu seus direitos de cidadão comum, prevalecendo o ordenamento da ditadura militar, a qual, em sua essência, caracterizava um período paradoxal. Mesmo sendo o Brasil um dos signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tal fato não acarretou em grandes modificações neste período, o qual apenas retornou à situação da Carta de 1934. Assim, as questões de saúde ainda eram problema do executivo e necessitavam, primordialmente, da implementação de políticas públicas.

A sexta Constituição do país e a quinta da República, promulgada em 24.01.1967, traduziu a ordem estabelecida pelo Regime Militar e institucionalizou a ditadura. Incorporou as decisões instituídas pelos atos institucionais, aumentou o poder do Executivo, que passou a ter a iniciativa de projetos de emenda

¹⁰Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]. BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: jul. 2015.

¹¹Preâmbulo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos [...]. BRASIL. Constituição (1946). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: jul. 2015.

¹²Os atos institucionais eram mecanismos adotados pelos militares para legalizar ações políticas não previstas e mesmo contrárias à Constituição. De 1964 à 1978 foram decretados 16 atos institucionais e complementares que transformaram a Constituição de 1946 em uma “colcha de retalhos”. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhbrasil/br10.html>>. Acesso em: jul. 2015.



constitucional, reduziu os poderes e prerrogativas do Congresso, instituiu uma nova lei de imprensa e a Lei de Segurança Nacional.

Finalmente, em 27 de novembro de 1985, através da emenda constitucional n. 26, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, com a finalidade de elaborar um novo texto constitucional que expressasse a nova realidade social, a saber, o processo de redemocratização e término do regime ditatorial. Assim, em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, denominada de Constituição Cidadã, a qual apresentou um texto razoavelmente avançado e sem dúvida alguma muito moderno e com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mesmo mundial. É uma constituição que teve a ampla participação popular em sua elaboração, voltada para a plena realização da cidadania (SILVA, 2014).

Através desta Carta, o direito à saúde, em um ato de equilíbrio e justiça, foi deliberado que passaria a ser universal. Desta forma, somente após 40 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem é que o Brasil positivou o tema do direito à saúde (GOUVEIA, 2000), através do artigo 196 da Constituição Federal. Portanto, esta é a primeira vez na história constitucional brasileira que o direito à saúde faz parte do corpo da Carta Magna.

É cristalino o atraso constitucional brasileiro no que tange à colocação do direito à saúde como princípio constitucional e elemento de cidadania dos brasileiros, uma vez que nossos modelos de Estado não permitiram a efetivação deste direito. Desta forma, o direito à saúde está contemplado na atual Carta Magna brasileira, sendo esta carta um marco significativo na efetivação do Estado Democrático de Direito, consolidando direitos sociais essenciais à dignidade e à vida humana, como o Direito Fundamental Social à Saúde

A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Direito: a saúde como um direito fundamental social

A saúde comunga como um predicado essencial à qualidade de vida do homem e o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e cujos objetivos incluem a redução das desigualdades sociais



e a promoção do bem de todos, amparado através de sua Constituição de 1988¹³, deve também oferecer e garantir o direito à saúde de forma igualitária para todos os cidadãos e protegendo, por consequência, o bem maior que é a vida.

Não há dúvidas, portanto, quanto à fundamentalidade do direito à saúde, sendo a constituição atual a primeira das nossas cartas políticas a reconhecer explicitamente e assegurar este direito. Desta forma, a evolução conduziu à concepção da nossa Constituição Federal de 1988 e em seu Art. 196 estabelece que *a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

É através deste artigo que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, sendo reconhecido como um direito social e um direito fundamental de todos. Neste sentido, quando se fala em direitos fundamentais, oportuno se faz lembrar Bobbio (1992) quando diz que não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los e para impedir que sejam continuamente violados.

No Brasil, portanto, o direito à saúde passou por grandes transformações e, a despeito de muitos obstáculos, opostos por setores sociais privilegiados e retrógrados, tem havido muitos avanços na luta pelo estabelecimento de melhores condições de vida para todos os brasileiros, dentre elas a saúde. Nesta área é possível perceber-se o evidente progresso, podendo-se considerar superada a concepção estreita e individualista que limitava a saúde exclusivamente ao oferecimento de serviços médico-hospitalares, dos quais somente os mais ricos teriam acesso, sendo que aos pobres restariam a precariedade e ainda como um favor do Estado (CARVALHO, 1995).

¹³Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (grifo nosso). BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.



Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas (SILVA, 2014). O direito à saúde, a partir do artigo 196, utilizando-se do artigo 197¹⁴, ambos da Carta Magna, retratam a relevância pública das ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Assim, sua execução deve ser feita diretamente ou então através de terceiros, ou ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado (MORAES, 2001).

O Direito Fundamental Social à Saúde trata de um direito positivo, que não pode ser visto de forma individual ou isolada, sob pena de impacto direto sobre toda a coletividade, exigindo prestações eficazes e principalmente de concretização por parte do Estado, impondo aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, de cujo cumprimento depende a própria realização do direito (SILVA, 2014).

É possível visualizar-se em nossa Constituição, desta forma, um rol quase exaustivo de direitos e garantias individuais, além, é claro, dos direitos sociais. É neste patamar que se encontra o direito à saúde, ou seja, um direito fundamental social de segunda geração¹⁵. Neste sentido, conveniente são as palavras de Dallari (1985: 24), quando diz que “[...] o direito à saúde deve ser assegurado a todas as pessoas de maneira igual [...]”. Assim, em uma Carta denominada *Cidadã*, nada mais justo que o acesso igualitário ao direito à saúde, de forma imediata, concreta e efetiva, promovendo desta forma a concretude da cidadania.

¹⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 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. Art. 197: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

¹⁵Neste sentido, conforme a Teoria da Geração de Direitos Humanos, descrita na obra BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 9. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 217: o direito à saúde é direito de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª gerações. Assim, como direito de 1ª geração protege a vida prevalecendo a autonomia da vontade; como direito de 2ª geração tipifica o direito à saúde como direito social; como direito de 3ª geração eleva o direito à saúde ao status de direito coletivo e difusos (transindividual); como direito de 4ª geração remete o direito à saúde aos direitos de bioética, biotecnologia e bioengenharia e como direito de 5ª geração, o direito à saúde está abrangido pelos direitos de realidade virtual, revolução cibernética e internet.



O perfil constitucional do direito à saúde na Itália: tendências universalistas

Ao contrário da vasta trajetória constitucional do Brasil, na Itália a Constituição da República Italiana entrou em vigor em 1º.01.1948, trazendo em seu Art. 1, como princípio fundamental, a afirmação que *“L’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”*¹⁶.” Esta Carta é vigente ainda nos dias atuais, sendo que na época de sua entrada em vigor ela representou um grande marco na matéria do direito à saúde, pois a doença passou a ser tratada como processo biológico e social e a saúde já não era mais concebida somente como um fator de produtividade e sim como um direito social do cidadão. Portanto, *“storicamente, il diritto alla salute nasce come diritto sociale. I diritti sociali hanno la loro giustificazione teorica nel concetto di <liberazione de determinate forme di deprivazione e quindi hanno come scopo la realizzazione dell’eguaglianza”* (FABRIS, 2010: 5).

Ao direito à saúde, na Constituição Italiana de 1948, foi reservada uma colocação privilegiada e central, no sistema composto e complexo dos direitos sociais, ou seja, das situações jurídicas subjetivas do homem que diretamente se ligam ao crescente peso das atribuições e dos deveres de bem estar que são próprios dos modernos *“Stati sociali di diritto.”* Aqui se fala de direito social para indicar a existência de uma exigência positiva e de uma concreta e efetiva intervenção do Estado no campo da proteção, assistência e promoção da saúde (PEZZINI, 1983).

É de fato relevante como, sobretudo em tal setor, *“[...] le Costituzioni formali restino indietro, rapidamente sopravanzate dalla legislazione amministrativa [...]”* (COCCONI, 2008: 5). A disciplina constitucional do direito à saúde, sustentada pelo art. 32 da Constituição Italiana¹⁷, que assegura a gratuidade do tratamento somente para as pessoas desprovidas financeiramente é, de fato, amplamente

¹⁶ITALIA. COSTITUZIONE (1948). *Costituzione della Repubblica Italiana* di 22.12.1947, entrata in vigore al 1º.01.1948. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: jul. 2015.

¹⁷ITALIA. COSTITUZIONE (1948). *Costituzione della Repubblica Italiana* di 22.12.1947, entrata in vigore al 1º.01.1948. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: jul. 2015. Art. 32: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.



superada, principalmente quanto à dimensão das ações do poder público, frente a Lei de Reforma Sanitária de 1978 (ARDIGÒ, 2000:119), que prevê a universalidade para os destinatários da intervenção pública, especialmente no que se refere ao acesso ao direito à saúde.

A análise das funções atribuídas ao poder público, em matéria de saúde, consente de evidenciar uma transição, em tal setor, de um ordenamento caracterizado prevalentemente, no período pós-unitário, pela finalidade protetiva/repressiva e na qual a assistência à saúde, de caráter episódico, satisfazia como prioridade os interesses públicos, em um ordenamento no qual o poder público assumia o dever de tutelar a saúde não só como um direito social, mas também como uma condição fundamental para o pleno desenvolvimento da pessoa humana (COCCONI, 2008).

Portanto, além de ratificar-se o caráter social do direito à saúde, também vale ressaltar a natureza deste direito em relação à este caráter, quando refere-se à distinção entre liberdade de saúde e direito a prestações sanitárias, uma vez que a análise da evolução legislativa foi subdividida segundo uma lógica temporal que tem entendimento associado entre os períodos em que a intervenção pública teve em tese uma substancial continuidade qualitativa. O primeiro tem início com a unificação legislativa, a partir da Lei nº 2248¹⁸, de 20.03.1865 e compreende o período liberal e também o advento do fascismo, descrevendo as ações explicitadas no setor sanitário-assistencial (COCCONI, 2008).

O segundo período vai da aprovação da Constituição, em 22.12.1947 – entrando em vigor em 1.01.1948, com uma redefinição do perfil dos princípios, ao papel da intervenção pública acerca do direito à saúde. Assim, o papel da intervenção pública, em matéria de saúde, apareceu redefinido já na Constituição. O primeiro § do art. 32 – “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*”¹⁹ – de fato, não só identifica o dever do poder público no setor do direito à saúde globalmente entendido, mas reconhece também que a intervenção pública deve satisfazer diretamente um fundamental direito do indivíduo (COCCONI, 2008).

¹⁸Para maiores informações consulte: Lei nº 2248, de 20.03.1865. Disponível em: <http://www.bosettiegatti.it/info/norme/statali/1865_2248.htm>. Acesso em: jul. 2015.

¹⁹ITALIA. COSTITUZIONE (1948). *Costituzione della Repubblica Italiana* di 22.12.1947, entrata in vigore al 1º.01.1948. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: jul. 2015.



Já o terceiro período compreende as experiências do plano econômico dos anos 60, caracterizado pelo conhecimento da interconexão entre desenvolvimento econômico e fortalecimento da intervenção pública, com o fim social. Neste mesmo período acontece também a Reforma Sanitária, através da Lei nº 833, de 28.12.1978²⁰, a qual nasceu da exigência de oferecer, através da configuração da saúde como serviço público, uma satisfação global, em termos de igualdade, ao direito à saúde reconhecido no art. 32 da Constituição. O sistema organizativo mutualístico, seja na deformidade dos tratamentos ofertados ou nos limites da tutela ofertada, do tipo meramente reparatória, de fato se revelava inadequada a tal exigência (MORANA, 2013).

Sendo o direito à saúde diretamente relacionado ao Direito à Assistência Sanitária, a formulação dos princípios inspiratórios da Reforma Sanitária, evidentemente universalista, conduziu então a uma interpretação mais articulada, em relação àquela do período imediatamente sucessivo a fase constituinte e de formulação do art. 32 da Constituição. Este vinha reconduzido aos princípios fundamentais da forma de Estado Social delineado na Constituição, em particular nos seus artigos 2 e 3²¹.

Esta lei de Reforma Sanitária, que instalou o Serviço Sanitário Nacional na Itália, tinha como pressupostos não só a universalidade dos serviços, mas também uma rígida política de organização e controle dos gastos, através de estratégias voltadas para a prevenção, na qual certamente *“la promozione della salute esige dunque una partecipazione più attiva di ciascuno, nell’interesse proprio ma anche – come afferma la norma costituzionale – dell’intera società* (MARTIN, 2009: 11)”, sendo tal fato um marco de grande relevância para o Estado Social, que reconhecia já naquele período, a saúde como um importante determinante na qualidade de vida da população.

²⁰Para maiores informações, consulte: Lei nº 833, de 28.12.1978. Disponível em: <<http://www.handylex.org/stato/1231278.shtml>>. Acesso em: jul. 2015.

²¹ITALIA. COSTITUZIONE (1948). *Costituzione della Repubblica Italiana* di 22.12.1947, entrata in vigore al 1º.01.1948. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: jul. 2015. Art. 2: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Art. 3: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.



O último período compreende, então, a partir da metade dos anos 80, a evolução da legislação direta, realizando um reordenamento global da disciplina em matéria de saúde, com uma atenção especial à recuperação da eficácia e da eficiência dos serviços sanitários. No interior da intensa crise de legitimação do modelo de Estado, sobre o qual foi fundada a Reforma Sanitária de 1978, aconteceu uma profunda redefinição da extensão e da garantia reconhecida ao direito à saúde.

A Constituição Italiana de 1948: a saúde como um direito fundamental inviolável

A Constituição da República Italiana de 1948, vigente ainda nos dias de hoje, notadamente foi a primeira Constituição no mundo a reconhecer a saúde como um fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade, através do seu art. 32, o qual tutela o direito à saúde como um bem absoluto, designando a este direito um importante valor e prioridade na sociedade italiana.

A saúde como direito fundamental se caracteriza, portanto, por uma particular “força” no interior do ordenamento jurídico italiano, apresentando-se como um direito primário, entendendo-se que na relação hierárquica entre os direitos, este se põe em uma posição de supremacia em relação aos outros. Além disto, apresenta-se também como absoluto, sendo que a tutela deste direito prevalece em relação aos outros direitos e é garantida, especialmente, nos confrontos da administração pública (FIORIO, 2012).

Posto que o direito à saúde tutela valores essenciais à vida de cada um em sua singularidade e, ao mesmo tempo, à toda coletividade, tal direito apresenta também aspectos característicos imprescindíveis, como os direitos da personalidade, da indisponibilidade e da não patrimonialidade, além de não poder ser objeto de renúncia e ou de cessão (BUZZANCA, 2006). Neste sentido, o direito à saúde é claramente reconhecido pela Constituição de 1948 e em seu art. 32 fica declarado²² que *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto*

²²ITALIA. COSTITUZIONE (1948). *Costituzione della Repubblica Italiana* di 22.12.1947, entrata in vigore al 1º.01.1948. Disponível em: <<http://www.suascondicoeseconomicas.esociais.com>> acesso aos hospitais e ambulatorios públicos, bem como a todo e qualquer tipo de serviço em saúde



dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Para uma maior compreensão do texto constitucional disposto no art. 32 da Constituição exige-se, sobretudo, o profundo entendimento da definição de saúde declarada no ato constitutivo da Organização Mundial da Saúde, muito mais significativo se considerado que esse conceito foi recepcionado no ordenamento italiano no final de 1947, isto é, historicamente antes da promulgação da Constituição que reconheceu, pela primeira vez no mundo, a saúde como direito (MARTIN, 2009).

Partindo destas premissas, pode-se dizer que o art. 32 reconhece ao bem saúde o valor de direito fundamental do indivíduo e de toda a coletividade, sendo que isto demonstra que a tutela do direito à saúde estende-se não somente ao interesse individual de cada pessoa, mas sim aos interesses de toda a coletividade, compreendendo, primordialmente, o direito à assistência sanitária em diversos níveis.

Com a Lei nº 833, da Reforma Sanitária, que lutava pela tutela da saúde e sua eficácia, foi criado o Serviço Sanitário Nacional, com o objetivo de viabilizar a todos os cidadãos, independentemente das visava primordialmente o atendimento pleno do direito à saúde, além de estratégias muito mais centradas na prevenção do que na cura, acreditando fielmente que o trabalho preventivo poderia proporcionar resultados positivos, evitando a dicotomia extrema da doença *versus* cura.

É importante considerar, na reflexão sobre a disciplina constitucional do direito à saúde, o reconhecimento da sua complexidade. A expressão “*diritto alla salute*” representa de fato duas – ou mais – posições subjetivas igualmente reconhecidas e garantidas no art. 32 da Constituição. O quase unânime reconhecimento de tal traço característico do direito à saúde, por parte da doutrina italiana mais recente, esconde na realidade profundas diferenças quanto à individualização deste direito (MORANA, 2013).

Assim, a Constituição enquanto referência primordial à República italiana, busca tutelar a melhor condição sanitária da sua população e, definitivamente, a



orientação prevalente no ordenamento jurídico italiano, compartilhada também com a jurisprudência constitucional, reconhece a articulação do direito à saúde em situação jurídica subjetiva diversa, dependendo da natureza e do tipo de proteção que o ordenamento constitucional assegura aos bens integridade e equilíbrio físico e psíquico da pessoa humana em relação às lides jurídicas. Desta forma, o art. 32 encontrará fundamento em uma dúplici posição subjetiva: aquela de um direito de liberdade (liberdade de saúde) e aquela de um direito a prestação (para a tutela da saúde) (JORIO, 2006).

A saúde é constitucionalmente reconhecida como atributo do ser humano e, portanto, da sua personalidade, pressuposto para o qual esta possa realizar-se enquanto direito. É defesa a posição jurídica de interesse da satisfação de um bem que o ordenamento jurídico reconhece como fundamental para o indivíduo, na qualidade de membro da comunidade a qual faz parte. A conotação expressa do direito à saúde como direito fundamental e, conseqüentemente inviolável, é um importante aspecto para a concretização da dignidade da pessoa humana, sendo tal aspecto pressuposto essencial para o livre desenvolvimento e exercício da cidadania (MORANA, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão na realização deste texto não foi a de se concluir efetivamente o assunto, mas apenas apresentar algumas considerações acerca de questões observadas ao longo de sua realização. Portanto, não se pretende concluir, mas apenas apontar novos questionamentos. Assim é a pesquisa, não um estudo definitivo, mas sim uma forma de proporcionar reflexões e alternativas para produzir conhecimento sobre assuntos de direta e fundamental importância para o processo de construção e consolidação de um Estado Democrático, e, conseqüentemente, de uma sociedade baseada na justiça social.

O Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e cujos objetivos incluem a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (CFB/1988, artigo 1º, III e artigo 3º, III e IV), deve também oferecer e garantir o direito à saúde de forma igualitária para todos os seus cidadãos, protegendo, portanto, o bem maior que é a vida. Contudo, foi a Constituição Italiana de 1948 a primeira a reconhecer a saúde como fundamental



direito do indivíduo e interesse da coletividade, através do seu art. 32, o qual tutela o direito à saúde como um bem absoluto, designando a este direito um importante valor e prioridade na sociedade italiana.

No Brasil, especialmente, ocorreu um grande atraso constitucional em relação à colocação do direito à saúde como princípio constitucional e elemento de cidadania dos brasileiros, uma vez que a longa trajetória de não reconhecimento da saúde enquanto direito se constitui como fato marcante no percurso evolutivo das Constituições brasileiras. Todavia, passados muitos anos de lutas e conquistas, finalmente a saúde foi realmente reconhecida como direito em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a qual proclamou a existência do direito à saúde como um dos direitos fundamentais da pessoa, além de estabelecer a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Já na Itália, ao contrário da ampla e diversificada trajetória constitucional do Brasil, a Constituição da República Italiana entrou em vigor em 1948, sendo vigente ainda nos dias atuais. Esta Carta representou um grande marco na esfera do direito à saúde, pois em seu texto, através do art. 32, elencou a saúde como um direito fundamental inviolável. Outra situação de relevante notoriedade é o fato desta Constituição ser a primeira a reconhecer a saúde enquanto direito, servindo como exemplo para os demais países e se constituindo, desta forma, como um grande marco na imensa dimensão dos direitos fundamentais.

Assim, portanto, a saúde como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, abrangendo especialmente o direito à vida, define-se enquanto a existência e o modo de ser do homem no mundo, constituindo-se como núcleo da existência humana, valor inato, imaterial, essencial, de máxima grandeza da pessoa. Logo, a sociedade contemporânea “*come Stato di diritto, si è curiosamente assistito al rifiorire degli atudi e dei dibattiti sulla persona, sul suo valore, sul suo benessere, sulla sua qualità della vita (PETTI, 1997: 37)*”.

REFERÊNCIAS

ARDIGÒ, Achille (org.). **Per una sociologia della salute**. Milano: Franco Angeli, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.



BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: jul. 2015.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: jul. 2015.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BUZZANCA, Adriano. **Tutela urgente alla salute e liste di attesa – Aspetti civili, penali e amministrativi**. Milano: Giuffrè, 2006.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema único de saúde. Comentários à Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 1990 e 8.142 de 1990**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

COCCONI, Monica. **Il diritto alla tutela della salute**. Padova: CEDAM, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde. Revista de Saúde Pública**. São Paulo, n.22, p.57-63, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Viver em sociedade**. São Paulo: Moderna Ltda, 1985.

FABRIS, Elisabetta Palermo. **Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale: profili problematici del diritto all'autodeterminazione**. 2. ed. Padova: Grafiche TPM, 2010.

FIORIO, Carlo. **Libertà personale e diritto alla salute**. Padova: CEDAM, 2012.

GOUVEIA, Roberto. **Saúde pública, suprema lei – a nova legislação para a conquista da saúde**. São Paulo: Mandacaru, 2000.



ITALIA. COSTITUZIONE (1948). **Costituzione della Repubblica Italiana di 22.12.1947**, entrata in vigore al 1º.01.1948. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: jul. 2015.

JORIO, Ettore. **Diritto sanitario**. Milano: Guiffre, 2006.

MORANA, Donatella. **La salute nella costituzione italiana: profili sistematici**. Milano: Giuffrè, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2001.

MORAIS, J. L. B. de; SCHWARTZ, G. A.; PILAU SOBRINHO, L. L. Análise jurídico – constitucional do direito à saúde. In: Leal, R. G.; ARAÚJO, L. E. B. de (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas – desafios contemporâneos**. Tomo 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

MARTIN, Alessandro; NACCARATO, Remo. **Diritto alla salute e coscienza sanitaria**. Padova: CEDAN, 2009.

PETTI, Giovanni Battista. **Il risarcimento del danno biológico**. Torino: UTET, 2000.

PEZZINI, Barbara. **Il diritto alla salute: profili costituzionali**. Bologna: Il Mulino, 1983.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

VITO, Marino Caferra. **Diritti della persona e Stato sociale – Il diritto dei servizi socio-sanitari**. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2010.