

DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DI ATTO DI NOTORIETÀ

(ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445)

Il sottoscritto MATTEO FINCO

nato il 14/04/1985 a VENEZIA

sotto la propria responsabilità e con piena consapevolezza e conoscenza delle sanzioni penali nel caso di dichiarazione non veritiere, di formazione o uso di atti falsi, richiamate dall'art. 76 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nonché della decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato qualora l'Amministrazione, a seguito di controllo, riscontri la non veridicità del contenuto della suddetta dichiarazione, di cui all'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445

DICHIARO


di aver contribuito alla pubblicazione presentata come segue:

- *Saúde como direito humano. Elementos de comparação entre Itália e Brasil a partir da teoria dos sistemas sociais*, in G.F. da Fonseca, J.V. de Souza (a cura di), *Direitos sociais e interdisciplinaridade: reflexões sobre saúde, educação e moradia no Brasil*, Editora Fi, Porto Alegre, 2021, pp. 149-192. ISBN: 978-65-5917-238-2: **Capp. 1, 2, 4, 5.**

Il dichiarante



Roma, 03/11/2024



Gabriel Ferreira da Fonseca
João Vitor de Souza Alves
(Orgs.)

DIREITOS SOCIAIS & INTERDISCIPLINARIDADE

Reflexões sobre saúde,
moradia, educação e
trabalho no Brasil





Há relativo consenso acerca da importância da interdisciplinaridade nas pesquisas voltadas à compreensão dos direitos sociais, como os direitos à saúde, moradia, educação e trabalho. A complexidade da sua efetivação, especialmente em países marcados de forma tão profunda por exclusões e desigualdades, como o Brasil, parece indicar que apenas esforços conjuntos de diferentes perspectivas disciplinares podem dar conta de forma adequada dessa realidade. Enquanto valor abstrato, o ideal da interdisciplinaridade é bastante agregador. As divergências costumam aparecer no plano operacional. Afinal, como executar pesquisas de caráter interdisciplinar? É possível realizá-las sem cairmos em enciclopedismos ou ecletismos teóricos, tão comuns em nossa tradição jurídica? Em síntese, como estabelecer diálogos entre diferentes disciplinas de modo a potencializar a produção de novos conhecimentos científicos em torno dos direitos sociais no Brasil? As respostas à provocação dos organizadores da obra seguiram caminhos variados. Com liberdade e inventividade, os autores e as autoras mobilizaram diferentes áreas do saber, perspectivas teórico-metodológicas e fontes de dados e evidências. O resultado é uma obra com trabalhos inovadores sobre variados problemas sociais brasileiros.



Direitos Sociais e Interdisciplinaridade



Comitê Editorial da Série

Filosofia & Interdisciplinaridade

- **Agnaldo Cuoco Portugal**, UNB, Brasil
- **Alexandre Franco Sá**, Universidade de Coimbra, Portugal
- **Christian Iber**, Alemanha
- **Claudio Gonçalves de Almeida**, PUCRS, Brasil
- **Cleide Calgato**, UCS, Brasil
- **Danilo Marcondes Souza Filho**, PUCRJ, Brasil
- **Danilo Vaz C. R. M. Costa**, UNICAP/PE, Brasil
- **Delamar José Volpato Dutra**, UFSC, Brasil
- **Draiton Gonzaga de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Eduardo Luft**, PUCRS, Brasil
- **Ernilo Jacob Stein**, PUCRS, Brasil
- **Felipe de Matos Muller**, UFSC, Brasil
- **Jean-François Kervégan**, Université Paris I, França
- **João F. Hobuss**, UFPEL, Brasil
- **José Pinheiro Pertille**, UFRGS, Brasil
- **Karl Heinz Efken**, UNICAP/PE, Brasil
- **Konrad Utz**, UFC, Brasil
- **Lauro Valentim Stoll Nardi**, UFRGS, Brasil
- **Marcia Andrea Buhning**, PUCRS, Brasil
- **Michael Quante**, Westfälische Wilhelms-Universität, Alemanha
- **Miguel Giusti**, PUCP, Peru
- **Norman Roland Madarasz**, PUCRS, Brasil
- **Nythamar H. F. de Oliveira Jr.**, PUCRS, Brasil
- **Reynner Franco**, Universidade de Salamanca, Espanha
- **Ricardo Timm de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Robert Brandom**, University of Pittsburgh, EUA
- **Roberto Hofmeister Pich**, PUCRS, Brasil
- **Tarcílio Ciotta**, UNIOESTE, Brasil
- **Thadeu Weber**, PUCRS, Brasil

Direitos Sociais e Interdisciplinaridade

Reflexões sobre saúde, moradia, educação e trabalho no Brasil

Organizadores

Gabriel Ferreira da Fonseca
João Vitor de Souza Alves



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

Imagem de Capa: Favela - Candido Portinari. FCO: 2102; CR: 4185; DATA: 1957; Técnica: Paineis a óleo / tela;
Dimensões: 46 x 55 cm. Direito de reprodução gentilmente cedido por João Candido Portinari.

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

FONSECA, Gabriel Ferreira da; ALVES, João Vitor de Souza (Orgs.)

Direitos sociais e interdisciplinaridade: reflexões sobre saúde, moradia, educação e trabalho no Brasil [recurso eletrônico] / Gabriel Ferreira da Fonseca; João Vitor de Souza Alves (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

580 p.

ISBN - 978-65-5917-238-2

DOI - 10.22350/9786559172382

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Sociais; 2. Interdisciplinaridade; 3. Saúde; 4. Moradia; 5. Educação; 6. Trabalho; 7. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Saúde como direito humano: elementos de comparação entre Itália e Brasil a partir da teoria dos sistemas sociais

Matteo Finco
Sandra Regina Martini

1 Introdução

A saúde e o bem-estar no Ocidente são considerados valores que – desde o século XX – têm uma grande importância: são fundamentais, essenciais, indispensáveis. Não é por acaso que falamos frequentemente da saúde como um direito humano. Além disso, a relevância da saúde e do bem-estar como questões de comunicação é evidente nos dias atuais, por exemplo, no espaço dedicado a eles na mídia – como programas de televisão e rádio e *sites* dedicados à saúde, aos cuidados com o corpo, à culinária. O peso do ponto de vista econômico também parece estar crescendo, tanto na esfera comercial¹, quanto – graças também à crise do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social) – com a disseminação de formas de seguro e assistência médica suplementares às fornecidas pelos sistemas públicos, ou seja, de natureza privada. A política e o direito, por sua vez, devem enfrentar demandas crescentes, em termos quantitativos e qualitativos, em relação à assistência, ao acesso aos cuidados e às demandas no âmbito da saúde como direito dos cidadãos e humanos (portanto, universal)².

¹ Não se trata apenas de drogas: uma ampla gama de produtos e de tratamentos não médicos (fitoterapia, produtos homeopáticos, etc.), dietas, nutrição, esportes e muito mais se refere à saúde e ao bem-estar.

² As demandas no âmbito da saúde são endereçadas também ao setor privado, por exemplo, na forma de pedidos de indenização contra empresas responsáveis (talvez de forma indireta) por danos à saúde. Um exemplo clássico são os pedidos de indenização contra fabricantes de tabaco e cigarros.

O direito à saúde (ou “à saúde e ao bem-estar”) é reconhecido como um direito subjetivo (individual) e, em muitos casos, também como um direito coletivo (dos povos). A dimensão social da saúde não se limita apenas a isso: a saúde é, de fato, um dos chamados “direitos sociais”, ou seja, aqueles que o Estado assume o compromisso de atender, comprometendo-se a garantir ou, pelo menos, torná-los efetivos³. No caso brasileiro, note-se que a participação complementar do setor privado é muito mais evidente do que na realidade italiana.

As Constituições e as leis nacionais afirmam o direito à saúde como um direito fundamental, no sentido de que, por um lado, é essencial, indispensável dentro de um ordenamento e, por outro, “serve como fundamento” do próprio direito⁴. Deve-se ter em mente, no entanto, que foram decisivas, para a afirmação do direito à saúde, as concepções do ser humano que deram ao sujeito-indivíduo-pessoa papel de liderança na tradição do pensamento ocidental: na modernidade, os direitos são, antes de tudo, direitos subjetivos, direitos pessoais dos indivíduos, que marcam sua independência do poder do Estado.

Precisamente, sua origem ocidental (europeia e americana) põe em dúvida o fato de que os conceitos de direitos fundamentais e humanos podem ser reconhecidos e aceitos em outros contextos sociais e culturais⁵. No Brasil, o fato de ser um país de história relativamente recente, marcado pelo colonialismo, leva, inevitavelmente, a perguntar se a ideia do direito à saúde – um conceito jurídico, mas, também, presente no debate público – é atribuível (e no caso, até que ponto) a ideia dos direitos humanos. O próprio fato de a Constituição atual ser muito recente (1988) e o fato de

³ É importante ressaltar que a saúde das populações deve ser considerada não apenas do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista bio(político): ver, a esse respeito, o trabalho realizado desde os anos 60 por M. Foucault.

⁴ Este duplo sentido da expressão “direitos fundamentais” é destacado por TROPER (2001).

⁵ O debate sobre esse aspecto tem uma longa história. Ver apenas: PANIKKAR (1996).

alguns dos conceitos contidos nela poderem ter sido modelados com base na influência de outros sistemas jurídicos são elementos que não podem ser ignorados quando se questiona sobre as características da ideia de saúde no Brasil. Portanto, é necessário examinar as referências presentes nos mais diversos níveis do direito, e também, as influências das normas e dos valores afirmados em documentos internacionais. Neste contexto, questionamos se, realmente, faz sentido falar – e, em caso afirmativo, em que termos – do direito à saúde como um direito humano.

O objetivo desta contribuição é fazer uma comparação preliminar do conceito de saúde como direito humano entre os ordenamentos jurídicos de Itália e Brasil. Será realizada uma breve análise comparativa dos princípios e das regras que, nos dois contextos, tratam de saúde e bem-estar: os de ordem constitucional e infraconstitucional.

A teoria dos sistemas sociais do sociólogo alemão Niklas Luhmann será usada para relacionar a semântica do direito à saúde, por um lado, com a do individualismo e, por outro, com o problema da inclusão na sociedade mundial moderna. Isso ocorre porque as questões do individualismo e da inclusão se referem à óbvia natureza problemática dos direitos humanos: como podem ser afirmados direitos que reconhecem a diferença intrínseca de cada indivíduo, mas, ao mesmo tempo, são universais? E, no caso do direito à saúde, como esse paradoxo (universalidade x individualidade) se reflete nos sistemas jurídicos e na organização dos sistemas de saúde e quais os problemas surgem desta situação?

Por esse motivo, antes de fazer a comparação entre a Itália e o Brasil, é necessário se debruçar sobre a semântica da saúde e do individualismo e, portanto, sobre alguns conceitos básicos (saúde, direitos, indivíduo).

Nesse ponto, é provável que seja já claro que este trabalho é de cunho sociojurídico, enquanto trata de leis sobre saúde e de sistemas sanitários, mas tenta de ir além da doutrina e da análise dos elementos básicos de

política sanitária: o foco é de entender a dimensão da saúde como direito humano nos dois contextos. Por isso, trata-se de um trabalho expressamente interdisciplinar, centrado no tema dos direitos humanos, um assunto que tem a ver primariamente com aspectos não somente filosóficos, históricos e jurídicos, mas também sociocomunicativos (ou seja, com a semântica da sociedade).

Mesmo do ponto de vista jurídico, o trabalho não fica adstrito ao mero exame dogmático do direito sanitário, mas abrange a sociologia jurídica, o direito comparado, as relações entre o direito à saúde e os diversos direitos afins (direito à vida, direitos relacionados à genética e à realidade virtual, direitos pertinentes às condições de trabalho e à alimentação adequada, direito de consumidor e etc.).

Consequentemente, entendemos a interdisciplinaridade como uma ferramenta essencial para analisar a relação entre individualismo, inclusão e saúde: o diálogo e a troca de resultados entre as áreas do conhecimento supracitadas é fundamental para entender a saúde como um direito mas também e sobretudo como um imprescindível elemento da sociedade contemporânea e âmbito de experiência individual.

2 Semântica do individualismo e semântica da saúde

Liberdade e igualdade⁶ são direitos modernos, legados da Revolução Francesa. Eles representam o fundamento do conceito moderno de “individualidade”: por um lado, os indivíduos modernos, não mais determinados pelas afiliações tradicionais, são livres para se autodeterminar e, portanto, se destacar; por outro lado, essa liberdade deve ser reconhecida por todos. A igualdade consiste nisto: todos são iguais por

⁶ Princípios consagrados pela Revolução Francesa, ao lado da fraternidade, que não teve o mesmo sucesso. No entanto, não faltam trabalhos que tratem da relação entre saúde e fraternidade. Veja-se, em particular, MARTINI (2014b).

serem livres. Isso só é possível com leis positivadas, criadas e legitimadas pelo Estado, independentes da religião e da moralidade e modificáveis⁷.

A semântica relativa aos termos *indivíduo*, *sujeito* e *pessoa* configura o ser humano na sociedade moderna: indivíduo, isto é, indivisível e único, mas, precisamente neste sentido, igual a todos os outros; soberano de si mesmo, mas sujeito à lei do Estado: não mais *subiecto* (“colocado sob”), “sujeito” ao poder público ou privado, mas *subiectum*, ou seja, “sujeito” protagonista absoluto das próprias normas (ORESTANO, 1950); uma pessoa com um corpo e uma essência “espiritual” e, portanto, com uma dignidade que a distingue das coisas (SUPIOT, 2005; ESPOSITO, 2007; ESPOSITO, 2014).

Se, no século XIX, surge a ideia de individualidade livre, mas, ao mesmo tempo, responsável pelas suas escolhas e ações, no século XXI, surge a noção referente ao “direito” de manifestar necessidades e demandas individuais: o resultado, então, é um sujeito dotado de direitos, que é também um indivíduo chamado a se expressar publicamente (em particular, no que diz respeito à política) e legitimado a uma vida pessoal, a ser construída independentemente por meio de suas próprias decisões e seleções racionais (ROSE, 1999, p. 227-231).

No âmbito do Direito, é possível ver a plena legitimidade da individualidade através dos direitos subjetivos e, em particular, dos direitos fundamentais⁸. Estes servem de fundamento ao estado constitucional e, ao mesmo tempo, legitimam o cidadão e as suas reivindicações, consagrando os valores da dignidade, da liberdade e da igualdade. O direito de ser igual aos outros na possibilidade de se destacar e na sua singularidade

⁷ Os códigos normativos arcaicos foram caracterizados por deveres (obrigações): veja-se BOBBIO (1997, p. 54-55). A ideia moderna de direito implica principalmente direitos subjetivos e corresponde ao conceito de liberdade de ação individual: veja-se HABERMAS (1996, p. 103).

⁸ Para uma análise dos direitos fundamentais do ponto de vista da teoria dos sistemas, veja-se LUHMANN (2002).

intrínseca, no entanto, constitui um verdadeiro paradoxo da individualidade moderna: é possível ser único apenas dentro da sociedade, isto é, dentro de alguma coletividade. Ou seja: cada um é único e especial apenas porque todo mundo também é. O paradoxo não desaparece, é apenas aparentemente escondido pelos direitos humanos, ou seja, aqueles valores consagrados universalmente (além da posse de uma cidadania específica – nacionalidade) em documentos internacionais. No caso dos direitos humanos, “sociedade” não significa uma comunidade mais ou menos ampla, mas ao mesmo tempo delimitada (ou, pelo menos, delimitável), como um estado, uma nação ou qualquer outro coletivo. Ao contrário: significa a sociedade mundial, a “comunidade humana” como um todo, e, no entanto, os direitos (humanos) universais, reconhecidos a todos precisamente pelo fato de serem humanos – um atributo só aparentemente “natural” e nem um pouco “social”. Do mesmo modo, a humanidade é um *status* que deve ser reconhecido, não como um fato e, portanto, como um atributo social. De fato, sabe-se que, na história, os atributos da humanidade e da personalidade – ou seja, de uma individualidade digna – não são reconhecidos automaticamente de maneira alguma: não é necessário voltar tão longe, para a Roma antiga⁹, por exemplo; é suficiente pensar na tardia abolição da escravidão no Ocidente (os escravos não são considerados pessoas, mas são comprados, vendidos e tratados como qualquer outra mercadoria).

Poderíamos dizer que os paradoxos da individualidade e dos direitos humanos caminham paralelamente, marcando no ser humano uma especificidade irreduzível: a singularidade dos indivíduos – que se torna o denominador comum entre eles – e (dando fundamento à distinção entre

⁹ A pessoa não é o homem em si, “mas apenas seu *status* jurídico, que varia de acordo com as relações de poder com outros homens”; “O conceito de pessoa, que, em princípio, deveria envolver a universalização de direitos inalienáveis, há muito tempo foi utilizado para excluir algumas tipologias humanas dos benefícios concedidos a outras.” (ESPOSITO, 2014, p. 14-16) (*tradução livre*).

indivíduo e direito¹⁰) a dignidade intrínseca de cada um – que se torna a conotação universal dos seres humanos. Não apenas isso: através dessa especificidade, ambos os paradoxos fornecem o elemento de reconhecimento e agregação para a comunidade/sociedade. Ou seja, há reconhecimento mútuo como indivíduos e como seres humanos, e essa é a base para a coletividade e para a dinâmica entre o senso social e a liberdade individual. Assim, esses paradoxos definem o ser humano (que também é sujeito, indivíduo e pessoa) e representam as premissas para o laço social.

O “homem dos direitos humanos”, então, é, simultaneamente, um indivíduo que faz parte da sociedade e é independente dela, e os direitos humanos se impõem à consciência coletiva como a única ferramenta disponível para pensar a coexistência comum (GAUCHET, 2001, p. 145).

Esses aspectos nos permitem entender a impossibilidade de “direitos naturais” e, portanto, a natureza artificial dos direitos humanos: a construção do sujeito é – como mencionado – uma construção histórica do próprio sistema jurídico, no qual os direitos humanos são direitos dos seres humanos como indivíduos (RAZ, 2012, p. 61). Isso ocorre simplesmente porque os direitos humanos, como qualquer outro tipo de direito, também são direitos políticos, direitos afirmados dentro de uma comunidade organizada: “não existem” seres naturais “sem ou fora de uma comunidade de discurso” (URBINATI, 2019, p. 38)¹¹. A própria ideia de direitos humanos inalienáveis afirmada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia das Nações Unidas de 1948 presumia Estados-nação independentes e que nenhum indivíduo ficasse sem um

¹⁰ Sobre o paradoxo dos direitos humanos, veja-se LUHMANN, 1995c.

¹¹ Para sustentar a plausibilidade dos direitos naturais, sempre é possível trazer a distinção entre direitos simplesmente “reconhecidos” (“*simply legally recognised moral rights*”) e direitos “criados” (“*created by law*”): RAZ, 2012, p. 54.

Estado-nação (*Ibidem*). Foram os Estados que concordaram com os direitos humanos e os garantiram. A condição de ser humano é, portanto, essencialmente política.

A semântica do sujeito-indivíduo-pessoa indica, portanto, que na história ocidental – e de forma completa na modernidade – o ser humano é modelado como uma entidade dotada de autonomia, dignidade e direitos. Isso também se reflete no âmbito da saúde: não apenas do ponto de vista do direito à saúde, mas também em relação às demandas, às expectativas apresentadas pelos sujeitos e às escolhas do viver cotidiano, direta e indiretamente ligados à saúde e ao bem-estar.

Existem várias definições, bem conhecidas, do que seriam saúde e direito à saúde. Uma delas é a que consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25):

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Outra definição é aquela expressa no Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 12), que reconhece “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. Acima de tudo – embora seja uma formulação muito ampla, genérica e vaga – na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS):

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de

condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. (OMS, 1946)

Posteriormente, o mesmo órgão produziu a Declaração de Alma-Ata (adotada na Conferência Internacional sobre Atenção Primária à Saúde, 1978), que diz:

[...] a saúde – estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade – é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde. (OMS, 1978)

Saúde significaria, portanto, não apenas a ausência de várias doenças e enfermidades, mas “bem-estar completo”: uma condição indefinida, ideal e “utópica”.

Todo o campo semântico relacionado à saúde e ao bem-estar é problemático¹². Pensa-se, por exemplo, na chamada “qualidade de vida”: a expressão aparece no decorrer do século XX, com a ideia de *Welfare State* que emerge após a Grande Depressão da década de 1930 e durante a maior parte do século XX. No entanto, é apenas entre as décadas de 70 e 80 que se começa a estender a toda a esfera da vida, referindo-se tanto às condições objetivas quanto às subjetivas (SALAS ZAPATA; GARZÓN, 2013). No entanto, esta é uma noção imprecisa:

¹² É interessante notar que o inglês distingue entre *well-being*, ou seja, “valoración subjetiva del estado de salud, que está más relacionada con sentimientos de autoestima y la sensación de pertenencia a una comunidad mediante la integración social, que con el funcionamiento biológico”, e *wellness*, ou seja, “nuevo concepto de salud relacionado básicamente con la calidad de vida, que hace hincapié en las dimensiones de la existencia humana relativas a la experiencia y a la conducta”: SALAS ZAPATA; GARZÓN, 2013, p. 37 e 40.

A qualidade de vida pertence a um universo ideológico, não faz sentido se não estiver em relação a um sistema de valores, e os termos que chegaram a ele em sua genealogia ideológica se referem a uma avaliação da experiência que os sujeitos têm de sua própria vida. (*Ibidem*, p. 39, *tradução livre*)

A história do direito à saúde é reforçada com a proliferação de organizações internacionais que produziram tratados e outros documentos relacionados à saúde no século XIX¹³. Na segunda metade do século XX, a saúde foi mencionada em vários documentos sobre direitos humanos e fundamentais¹⁴.

Portanto, pode-se argumentar que o direito à saúde é considerado não apenas um direito fundamental nas Constituições de muitos estados, mas também um direito humano universal na esfera internacional: um direito social, um direito coletivo (das populações) – portanto, um bem comum –, mas também um direito subjetivo, para a tutela do indivíduo, não apenas no sentido de sua sobrevivência e dignidade, mas na qualidade da vida mesma.

3 Direito à saúde e sistemas nacionais de saúde: uma comparação entre Itália e Brasil

Nesta seção, iniciaremos a comparação entre o direito à saúde na Itália e no Brasil a partir das características essenciais descritas a) nas respectivas Constituições e b) nas leis que instituem o Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro e o Serviço Sanitário Nacional (SSN) italiano.

¹³ Entre as várias convenções internacionais, lembramos as assinadas em Paris (1825), Viena (1874), Veneza (1892), Dresden (1893), novamente Paris (1984), Rio de Janeiro (1887, com um acordo entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai), Montevidéu (1904), Washington (1905), Havana (1924): (I.T. CURY, 2005).

¹⁴ Como a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano com respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina (1997); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, relativa aos direitos econômicos, sociais e culturais (1988); a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981); a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953); a Carta Social Europeia (1965); a Declaração da Assembleia Geral da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986).

Portanto, focaremos nas características essenciais dos dois sistemas e nos princípios e valores que os inspiram.

Primeiramente, deve-se notar que, apesar das diferenças culturais, sociais, políticas e jurídicas, nos dois sistemas jurídicos, a saúde é reconhecida como um direito fundamental, ou seja, afirmado em nível constitucional. Além disso, em ambos os casos, foi criado um sistema público nacional de saúde, com padrões e demandas bastante altos – tanto do ponto de vista quantitativo quanto qualitativo. A presente tentativa de comparação baseia-se nesses aspectos comuns, que analisam, principalmente, o nível normativo (jurídico-constitucional), embora com referências às políticas públicas. Iniciaremos apresentando aspectos da realidade italiana.

A Constituição italiana, que entrou em vigor em 1948, expressa o direito à saúde e sua proteção de forma clara e muito concisa, no artigo 32:

A República protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e como interesse da comunidade, e garante atendimento gratuito aos indigentes. Ninguém pode ser forçado a um certo tratamento de saúde, exceto por lei. A lei não pode, em circunstância alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana. (*tradução livre*)

Apesar desta formulação, o direito à saúde é articulado como um direito subjetivo fundamental do indivíduo – note-se que o limite não é estabelecido apenas para a categoria de “cidadãos” – e como um interesse da coletividade. O fato de defini-lo como “interesse” não significa que não o entendemos como “direito”: significa que é interesse da comunidade que a saúde seja protegida, ou seja, a saúde é um bem público. Um bem para todos, para cada indivíduo e para a comunidade como um todo. O próprio fato de “estar juntos” torna a comunidade não apenas “algo mais” do que a simples soma dos indivíduos, mas algo diferente, emergente: a realidade

social global, na qual eles têm uma vida irreduzível ao plano relacional. Uma realidade com seus problemas específicos e alta complexidade.

Dizer que a saúde é um bem público significa entendê-la como algo que a comunidade está interessada em proteger, mas isso também significa que a saúde não se reduz a *demandas* que podem ser reivindicadas por indivíduos, como qualquer outro direito. A possibilidade de demandar é mais uma consequência do fato de a saúde ser um valor fundamental, que cabe ao Estado promover e proteger. Desse modo, não se trata somente da esfera jurídica, entendida como um conjunto de regras: trata-se de valores, de princípios que fazem a história de uma comunidade específica, formando sua identidade; princípios aos quais nos referimos quando reivindicamos a sensação de “estar juntos” e quando a própria identidade é colocada em crise ou ameaçada.

A Constituição italiana também estabelece que os benefícios devem ser garantidos gratuitamente às pessoas em condições de miséria (os *indigentes*), ou seja, àqueles que não têm meios para pagar ou contribuir para o pagamento de cuidados essenciais à sua saúde (BIONDI, 2019, p. 26). O Estado é, portanto, questionado diretamente, mas de maneira específica e limitada. Isso também é verdade de outro ponto de vista: o Estado não deve interferir na autonomia individual a ponto de impor tratamentos específicos, a menos que a própria lei preveja, mas, em qualquer caso, sem violar a dignidade da pessoa.

O artigo 117 estabelece que a saúde é um dos assuntos cuja competência legislativa é compartilhada entre o Estado e as Regiões¹⁵. De fato, estas têm poder legislativo sobre qualquer assunto não expressamente reservado ao Estado.

¹⁵ Além do Estado, as entidades previstas na Constituição (art. 114) são Municípios (*Comuni*), Províncias (*Province*), Cidades Metropolitanas (*Città metropolitane*) e Regiões (*Regioni*).

A Constituição equilibra os princípios da igualdade (receber cuidados e curas é direito de todos) e da liberdade (individual) (ESPOSITO, 2017, p. 8)¹⁶, a valorização de um direito fundamental essencial, que é o dever do Estado de proteger, e a extensão dessa intervenção pública (ou seja, os serviços que se pode esperar receber). Portanto, apesar de ser reconhecido como um valor fundamental, o direito à saúde não implica o acesso a recursos ilimitados e a qualquer tipo de estrutura organizacional¹⁷. Essa abordagem, que poderia ser definida como “minimalista” em relação às obrigações do Estado, não impediu a adoção de um sistema de saúde pública capaz de fornecer uma gama muito ampla – e tendencialmente de alto nível¹⁸ – de tratamentos e cuidados, em grande parte, de graça (ou quase).

O *Servizio Sanitario Nazionale* (SSN) foi criado em 1978 (com a Lei nº 833), após uma reforma que apontava para a criação de um sistema público justo, econômico e financeiramente sustentável para fornecer cobertura universal. Até então, havia um sistema baseado em diferentes fundos correspondentes a diferentes profissões: o modelo era o de seguro social, no qual as responsabilidades públicas eram muito limitadas (PIOGGIA, 2014, p. 104). No estímulo às crescentes demandas da comunidade, optou-se por agir radicalmente, visando não apenas ao atendimento e à reabilitação do paciente, mas também à prevenção (OLIVEIRA; DALLARI, 2016, p. 896).

No artigo 1 da Lei, afirma-se que a proteção da saúde física e mental deve ocorrer com respeito à dignidade e à liberdade da pessoa humana e

¹⁶ Veja-se também a sentença no. 252/2001 da *Corte Costituzionale* (Suprema Corte), que afirmou a existência de “um núcleo irreduzível do direito à saúde protegido pela constituição como área inviolável da dignidade humana, o que exige impedir a criação de situações desprotegidas que possam comprometer precisamente a implementação desse direito” (tradução nossa): <http://www.giurcost.org/decisioni/2001/0252s-01.html>.

¹⁷ Conforme estabelecido pela *Corte Costituzionale* (sentença nº 992/88): COCCONI, 1995, p. 175.

¹⁸ O sistema de saúde italiano, de acordo com o *Healthcare Access and Quality Index do Global Burden of Disease* (Gbd), é, em termo de qualidade, 12º no mundo (GBD 2015).

que o SSN é constituído pelo complexo de funções, estruturas, serviços e atividades destinadas à promoção, à manutenção e à recuperação da saúde física e mental de toda a população, sem distinção de condições individuais ou sociais. Também é fornecida a coordenação de órgãos, centros, instituições e serviços ativos no setor social e de saúde e a participação de associações voluntárias.

O artigo 2 lista os objetivos do SSN (assistência, prevenção, reabilitação, etc.), e também, entre outros, “a promoção e a salvaguarda da saúde e higiene do ambiente natural de vida e trabalho” e a “superação de desequilíbrios territoriais nas condições socio sanitárias do país”.

O Estado está envolvido em nível nacional e local, com as “*Regioni*” (Regiões) e os “*Comuni*” (Municípios). O primeiro tem várias tarefas com relação a produtos farmacêuticos, alimentos, etc., e tem as funções de financiamento, programação nacional e estabelecimento de níveis uniformes de assistência, além do poder de direção e coordenação em relação às Regiões, aspecto que posteriormente perdeu sua base constitucional (PIOGGIA, 2014, p. 105). Por outro lado, no nível local, as Regiões têm competência sobre o planejamento em seu próprio território, enquanto os Municípios são responsáveis pela prestação dos serviços, por meio – originariamente – das Unidades de Saúde Locais (USL), compostas por unidades, escritórios e serviços de saúde, e a tarefa de realizar ações de promoção da saúde, cuidados básicos, reabilitação. Os médicos básicos ou de família (“*medici di base*” ou “*di famiglia*”) – cada cidadão escolhe livremente o seu – têm a tarefa de acompanhar continuamente os pacientes no território, direcionando-os, quando necessário, para outros níveis de assistência.

Esse modelo é caracterizado por uma estreita interconexão entre poder político e gerenciamento de unidades de prestação de serviços (PIOGGIA, 2014, p. 106): um problema que foi abordado nos anos 90, com

a introdução de importantes mudanças, o que levou à revisão de competências regionais e locais e à organização de serviços.

Com a Lei nº 509, de 1992, as competências foram redistribuídas entre Municípios e Regiões, e o papel destas foi acentuado. Além disso, com a transformação das USLs em ASLs (empresas locais de assistência médica), iniciou-se a chamada “*aziendalizzazione*” (“empresarização”): ou seja, uma gestão baseada em critérios tipicamente utilizados no setor privado e comercial, como eficácia, eficiência, economia, restrições orçamentárias, etc. A tarefa de estabelecer o montante do financiamento para as Regiões depende de um acordo entre o Estado e as Regiões (“*Conferenza Stato-Regioni*”).

Com a Lei nº 537/1993, foi introduzido o “*ticket*”, ou seja, uma contribuição do paciente/usuário, um valor pago por cada serviço (com exceção total ou parcial de algumas categorias: indigentes, doentes crônicos, idosos, etc.), calculado com base nas condições de renda e saúde (OLIVEIRA; DALLARI, 2016, p. 898).

Novas medidas foram introduzidas em 1999, com o Decreto nº 229, a fim de garantir a universalidade do sistema, reduzir as desigualdades e ampliar a possibilidade para os cidadãos de escolherem os tratamentos (TASCA, 2011, p. 114). Também foram reforçadas as responsabilidades das Regiões, como aumentar os recursos financeiros mediante o uso de impostos específicos.

A reforma do Título V da Constituição (2001) aprimorou ainda mais as funções das Regiões: em particular, com “a expansão da capacidade regional de organizar seu próprio sistema de saúde”, determinando, assim, uma diminuição do poder do Estado de organizar os órgãos regionais (PIOGGIA, 2014, p. 110-111).

No mesmo ano, também foram introduzidos os Níveis de Assistência Essencial (LEA), através dos quais se definem os benefícios mínimos a

serem garantidos no território nacional. Esses padrões foram redefinidos em 2017 (ITÁLIA, 2017). A assistência – que beneficia, de acordo com o princípio constitucional, não apenas os cidadãos italianos, mas também os estrangeiros¹⁹ – é dividida em três macroníveis: assistência médica coletiva no ambiente de vida e trabalho (que inclui, por exemplo, a profilaxia de doenças infecciosas e a proteção da higiene de alimentos), assistência nos distritos (serviços de saúde e socio sanitários, assistência farmacêutica, ambulatorial, serviços domésticos, consultoria, serviços de saúde mental, serviços de reabilitação para deficientes, estruturas residenciais, comunidades terapêuticas, etc.), assistência hospitalar (primeiros socorros, hospitalização, reabilitação, etc.).

O exposto até aqui nos permite identificar a configuração geral do direito à saúde na Itália: a saúde é considerada um bem público, mas também um direito individual fundamental, reconhecido a todos, não apenas aos cidadãos. Esse direito é garantido por meio de um sistema público de saúde nacional, composto por um conjunto de órgãos e organismos²⁰, com responsabilidades distintas entre Estado central e Regiões; estas são responsáveis pela organização de serviços e atividades de proteção à saúde. O sistema prevê a participação de estruturas privadas, cujos papel e peso tendem a crescer progressivamente²¹. Estas podem ser credenciadas pelo SSN através de acordos que lhes permitam fornecer ao cidadão vários tipos de serviços (ambulatorial, diagnóstico, cirúrgico, etc.). As instalações

¹⁹ Os artigos n° 62 e 63 do Decreto que define os LEA referem-se a cidadãos de países fora da União Europeia.

²⁰ Ou seja: *Ministero della salute* (Ministério da Saúde); *Consiglio superiore di sanità* (Conselho Superior de Saúde); *Istituto superiore di sanità* (Instituto Superior de Saúde); *Istituto superiore per la prevenzione e sicurezza del lavoro* (Instituto Superior de Prevenção e Segurança do Trabalho); *Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali* (Agência Nacional de Serviços Regionais de Saúde); *Agenzia italiana del farmaco* (Agência Italiana de Medicamentos: AIFA); *Regioni* (Regiões); *aziende sanitarie locali* (“empresas” locais de saúde (ASL)); *aziende ospedaliere* (“empresas” hospitalares); *istituti di ricovero e cura a carattere scientifico* (institutos científicos de hospitalização e tratamento: IRCCS); *istituti zooprofilattici sperimentali* (institutos zooprofiláticos experimentais).

²¹ “De 2010 a 2017, os gastos com saúde privada, como quota do total de gastos com saúde, aumentaram constantemente, indo de 21,5% para 24,8%, enquanto os gastos com saúde pública diminuíram de 78,5% para 75,2%” (*tradução livre*): CENSIS, 2018, p. 6.

privadas são reembolsadas – de acordo com parâmetros pré-estabelecidos – pelo SSN. Ao mesmo tempo, os próprios usuários contribuem para as despesas, tanto em estruturas públicas quanto privadas, através do pagamento do chamado “*ticket*”, ou seja, uma taxa de participação direta pelos serviços recebidos.

Voltando a atenção para o contexto brasileiro, é necessário, antes de tudo, levar em consideração a história jurídica e constitucional do país.

A Constituição brasileira de 1988 inaugurou a era democrática após o fim da ditadura militar: esse é um aspecto fundamental para entender como o direito à saúde foi formulado nela. Nesse sentido, na década de 1970²², o movimento denominado “Reforma Sanitária” representou um passo importante na história do país: promoveu uma política que colocava no centro o conceito de “saúde coletiva”, em oposição à tendência à “mercantilização” da medicina (FLEURY TEIXEIRA, 1988, p. 196-7). Assim, a saúde foi modelada com base em uma nova abordagem das relações entre órgãos federais e formas concretas de participação e controle social, com mecanismos de articulação e pactuação entre os três níveis de governo (FLEURY TEIXEIRA, 2009, p. 746). Consequentemente, o direito à saúde na Constituição tem um forte caráter “anti-mercantilista”, apesar da possibilidade de uma iniciativa privada (art. 119 da Constituição) que, ao longo do tempo, assumiu dimensões significativas e constitui, para muitos, um serviço essencial para poder obter uma assistência completa e pontual.

Evidentemente, a constitucionalização do direito à saúde não é suficiente para resolver o problema da efetividade desse direito. Por esse motivo, em 1990, com a Lei nº 8.080 (Lei Orgânica do SUS), foi criado o sistema público nacional de saúde (Sistema Único de Saúde), que veremos

²² No mesmo período, também a sociologia da saúde experimentou um desenvolvimento interessante no Brasil: veja-se DUARTE NUNES, 2014.

em breve. No entanto, a Constituição, no artigo 200, já havia planejado o SUS e definido suas competências.

As disposições relativas ao direito à saúde na Constituição estão contidas na Seção II da parte dedicada à seguridade social. A saúde é definida como “direito de todos e o dever do Estado” (art. 196): ou seja, a assistência pública (estatal) à saúde deve ser garantida a todos – tanto para os ricos quanto para os pobres, tanto para os cidadãos brasileiros quanto para os estrangeiros²³.

O fato de a saúde ser um “dever” do Estado acaba legitimando e incentivando a judicialização da saúde. No Brasil, esse fenômeno é particularmente relevante: a judicialização da saúde, se, por um lado, indica a importância da possibilidade de uma reivindicação efetiva do direito à saúde – tanto na forma de reparação dos danos sofridos como na do acesso a terapias e medicamentos de alto custo –, por outro lado, pode levar a um aumento das desigualdades sociais, questionar distinções adquiridas como a que existe entre direito individual e interesse, aumentar a hipertrofia do direito. Em suma, esse fenômeno representa uma contradição típica do Estado de Bem-estar: o sistema político é chamado a intervir sem saber como e com quais recursos, enquanto as administrações e instituições de saúde pública precisam lidar com orçamentos insustentáveis (CORSI; MARTINI, 2018)

Aqui é apropriado fazer uma rápida digressão mencionando a Itália: embora a judicialização da saúde não seja um tema muito debatido, especialmente pela sociologia do direito, nos últimos anos as associações médicas regularmente chamaram atenção para o crescente número de

²³ Leivas (2011, p. 638), ao esclarecer o Recurso Extraordinário n. 27.1286, cujo foco era o tratamento público a pessoas portadoras de HIV, declara que o Supremo Tribunal Federal expõe um notório entendimento: “o direito à saúde como direito fundamental, como direito subjetivo público e como direito de acesso universal e igualitário, fundamentado no artigo 196 da Constituição Federal e no direito à vida”.

ações judiciais contra profissionais de saúde. Dados apontam que no país no momento há 300 mil processos judiciais contra médicos e estruturas de saúde pública e privada, e que cada ano são apresentados 35 mil novos processos, embora o 95% dos processos criminais (penais) por danos pessoais cometidos pelos profissionais de saúde terminam com um absolvição (la Repubblica, 2019). O fato é ainda mais preocupante frente a pandemia Covid-19, com o risco de um aumento significativo das causas em face das muitas mortes no país (CUPPINI, 2020)²⁴.

Ao mesmo tempo, é preciso dizer também que a Suprema corte italiana (*Corte costituzionale*) em várias decisões ao longo dos anos afirmou repetidamente a necessidade de equilibrar os valores constitucionais. Por exemplo afirmando que o direito aos tratamentos de saúde está condicionado à implementação do legislador, que nas suas políticas equilibra os interesses protegidos por esse direito com os outros interesses constitucionalmente protegidos; um equilíbrio que deve levar em conta os limites objetivos que o legislador mesmo encontra em relação aos recursos organizacionais e financeiros à sua disposição (decisão n° 509/2000). Ou afirmando que o reconhecimento de valor fundamental não implica a garantia do acesso a recursos ilimitados e a qualquer tipo de estrutura organizacional (decisão n° 992/88).

Voltando para a uma leitura geral das disposições constitucionais brasileiras, é possível afirmar que o direito à saúde representa um direito fundamental ligado ao direito à vida; um direito social; um “direito difuso”, indivisível; ele também está conectado aos “novos” direitos (os quais

²⁴ Entre os efeitos colaterais desse fenômeno, cabe mencionar a chamada “medicina defensiva”, ou seja, as práticas que os médicos realizam com o objetivo de minimizar o risco de futuras ações judiciais contra eles: por exemplo, prescrever exames desnecessários além do que o bom senso prescreveria (medicina defensiva positiva) ou abster-se de certas ações (medicina defensiva negativa). Por exemplo, de acordo com dados divulgados pelo Ministério da Saúde italiano em 2015, a medicina defensiva tem um impacto nas despesas de saúde equivalente a 10% do total (MINISTERO DELLA SALUTE, 2015).

têm a ver com a genética e a realidade virtual – em particular a Internet). Além disso, é um direito de “solidariedade”, pois está vinculado às condições de trabalho e à alimentação adequada, “um elemento de cidadania”, um “direito de consumidor” (consagrado no Código de Defesa do Consumidor, art. 6, I), além de um “direito público subjetivo” (SCHWARTZ, 2001).

O artigo 197 da Constituição define de relevância pública as ações e serviços de saúde, estabelecendo que o poder público é responsável por regulamentá-las, tributá-las e controlá-las. Isso deve ocorrer dentro do que o artigo 198 define como uma “rede regionalizada e hierárquica” que dá forma a um “sistema unitário” organizado de acordo com os princípios de “descentralização” e “atendimento integral” ao cidadão, “com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” e de “participação da comunidade”. Princípios que, como será visto, inspirarão o SUS.

Uma peculiaridade importante do direito à saúde no Brasil²⁵ é que, como outros direitos sociais²⁶, está constitucionalmente vinculado a um orçamento anual mínimo, de acordo com o disposto nos parágrafos 2 e 3 do artigo 198 da Constituição, pelo artigo 77 do Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT) e pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000. A Constituição garante, portanto, o financiamento dos direitos sociais estabelecendo um “orçamento social mínimo” que uma lei estabelecida regulará. No que diz respeito à saúde, a União Federal é, por exemplo, obrigada a investir anualmente, pelo menos, 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro.

²⁵ “Essas disposições constitucionais, que estabelecem fontes de financiamento para os direitos sociais, favorecendo a execução das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, representam uma peculiaridade do constitucionalismo brasileiro.” (*tradução livre*): BRUNO, 2012, p. 9.

²⁶ Definidos no art. 6 da Constituição: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

Falando das leis infraconstitucionais, há, entre outras, o Decreto 109/91, que ordenou a reorganização do Ministério da Saúde; a Portaria 1565/94, que estruturou o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, integrado cinco anos depois pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9782/99); a Lei nº 9.656 (03.06.1998), sobre os “Planos OS e Seguros Privados de Assistência à Saúde”, que regulamentavam a iniciativa privada no setor; a Lei nº 10.858 e o Decreto nº 5.090 (ambos de 2004), que encomendaram o “Programa Farmácia Popular do Brasil”.

Merece atenção a Lei nº 8.142/90, focada na transferência intergovernamental de recursos financeiros, na atividade de regulamentação e nas instâncias de participação e controle social no SUS: isso ocorre por meio dos Conselhos e Conferências de saúde²⁷. Essas ferramentas de democratização da gestão do sistema de saúde²⁸ possibilitam vincular vigilância em saúde, participação social e cidadania. Nesse sentido, é possível falar do exercício de uma “democracia sanitária”, entendida como “uma forma de gestão da saúde pública onde o poder político é exercido pelo povo” (AITH, 2013, p. 149)²⁹.

A virada fundamental no campo do direito à saúde no Brasil, no entanto, é justamente a criação do SUS, por meio da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080, de 1990.

Com a criação desse sistema, pretendeu-se alcançar vários objetivos: a extensão universal do direito à saúde; a responsabilidade do Estado de

²⁷ Veja-se, por exemplo, OLIVEIRA, DALLARI (2011).

²⁸ Além dos Conselhos e das Conferências, há a Conferência Nacional de Saúde; o Ministério da Saúde; a Secretaria de Saúde Gestão Estratégica e Participativa; o Departamento de Ouvidoria Geral do SUS pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Foram criados ainda vários mecanismos judiciais: a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o *habeas data*, a ação civil pública, o mandado de segurança, o mandado de injunção: cfr. AA.VV. (2012).

²⁹ “a democracia sanitária é aqui conceituada como o regime de governo do povo, aplicado aos temas relacionados à saúde individual e coletiva, por meio do qual os cidadãos participam e influem ativamente, de forma deliberativa ou consultiva, nos processos de tomada de decisões estatais de saúde de competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”: AITH, 2015, p. 211.

protegê-lo; a prestação de serviços de assistência médica em nível ambulatorial e hospitalar, com ações rotineiras de vigilância sanitária e epidemiológica; as políticas públicas dirigidas à população como um todo, a serem realizadas de forma regular e contínua (OLIVA-AUGUSTO; COSTA, 1999, p. 201).

A Lei nº 8.080 era originalmente composta por 55 artigos, muitos dos quais foram alterados ou revogados desde então. Ela identifica princípios orientadores e organizacionais³⁰, objetivos (art. 5)³¹, campo de atuação (art. 6), políticas públicas, prevendo, também, a possibilidade de participação privada, ainda que com limites (TOCCI E COSTA, 2014, p. 199). A lei prevê que a iniciativa privada seja em caráter complementar, como participação do SUS, seja em caráter suplementar, com serviços adicionais, como os planos de saúde.

Esta lei define a saúde como “um direito fundamental do ser humano”, cujas condições de pleno exercício devem ser garantidas pelo Estado, por meio da formulação e da execução de políticas econômicas e sociais que visem a reduzir o risco de doença e a garantir acesso universal e igualitário às ações e aos serviços que objetivem sua promoção, proteção e recuperação (art. 2). Uma menção específica (art. 3) é dedicada aos determinantes da saúde. Por isso, é bom fazer uma rápida digressão.

³⁰ Os princípios são *universalização* (a saúde é um direito de todos, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais); *equidade* (sendo firme o valor da igualdade, é necessário levar em consideração as distintas necessidades de cada um e as situações de carência); *integralidade* (é preciso considerar as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades; integrar as ações de promoção da saúde, prevenção de doenças, tratamento e a reabilitação); articular as políticas de saúde com as outras políticas públicas. Do ponto de vista da organização, os princípios inspiradores são: *regionalização* e *hierarquização* (organização de serviços em níveis crescentes de complexidade, com base na competência territorial); *descentralização* e *comando único* (redistribuição de poder e responsabilidades entre os três níveis de governo, com autonomia de cada um deles em suas decisões e atividades); *participação popular* (através dos Conselhos e das Conferências de Saúde, para formulação de estratégias, controle, avaliação e execução das políticas de saúde). (MINISTÉRIO DA SAÚDE).

³¹ Incluindo a identificação dos determinantes da saúde, a formulação de políticas de saúde, a assistência ao paciente de forma integrada.

A saúde de um indivíduo ou de uma população depende, de fato, não apenas de fatores hereditários: depende de fatores ambientais (áreas de risco, epidemias, poluição, etc.) e de fatores culturais e sociais. Os determinantes sociais da saúde (*social determinants of health*)³² são as condições sociais e materiais (portanto, não “naturais”, ou seja, de qualquer forma produzidas) que influenciam a vida dos indivíduos e a possibilidade de acessar tratamentos e ações de prevenção: trata-se de circunstâncias – como renda, higiene, condições de moradia, taxa de emprego, nível de educação, diferenças de gênero – determinadas pela dinâmica do poder (em termos de gênero, classe social, etnia, política) e pela distribuição de recursos econômicos e culturais em todos os níveis (federal, estadual e local). Esses fatores determinam as diferenças e as desigualdades, no âmbito da saúde, entre os Estados e dentro deles³³.

Voltando ao SUS, compõe-se (art. 4) de todas as ações e serviços de saúde prestados pelos órgãos e instituições públicos federais, estaduais e municipais, pela administração direta e indireta e pelas funções mantidas pelo poder público. Anteriormente, porém, o Ministério da Saúde tratava de ações de prevenção, enquanto o Ministério da Seguridade Social, de serviços relacionados ao tratamento de doenças. Nesse sentido, a criação do SUS representa, sem dúvida, uma mudança decisiva (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000, p. 6): para Mendes (2013, p. 27), o SUS foi a “maior política de inclusão social da história do nosso país, antes do SUS vigia o Tratado de Tordesilhas³⁴ da saúde que separava quem portava a carteirinha do

³² Cfr. https://www.who.int/social_determinants/sdh_definition/en/.

³³ O foco na importância dos determinantes sociais é recente: antes, as políticas públicas em saúde eram focadas sob o ponto de vista da doença, enquanto, nos últimos anos, vêm se difundindo ações de longo e curto prazo, visando a suprir as diferenças produzidas pelos determinantes sociais (TOCCI E COSTA, 2014, p. 199-200). Sobre os determinantes sociais da saúde e suas consequências, veja-se, a título de exemplo, DI GIROLAMO (2012/2013).

³⁴ O Tratado de Tordesilhas (Espanha) (1494) estabeleceu uma nova demarcação das áreas de influência de Espanha e Portugal na América Latina.

INAMPS³⁵ e que tinha acesso a uma assistência curativa”. O sistema único acabou com essa divisão, tornando a saúde um direito para todos (e um dever do Estado).

Os artigos 7 e 8 fazem referência explícita aos princípios expressos na Constituição e definem a estrutura do SUS. Limitando-nos aos aspectos mais essenciais, podemos dizer que o sistema é caracterizado por uma estrutura de rede “regionalizada e hierarquizada”³⁶ de acordo com níveis de complexidade crescente e com o objetivo de criar um “processo de descentralização dos serviços de saúde” (CURY, 2005, p. 96) e com a integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico.

Com base na Constituição, tanto a União quanto os Estados e municípios podem promulgar normas relacionadas à saúde: a União de orientação geral, os Estados de tipo suplementar e os municípios de interesse local (SCHWARTZ, 2001; PINTO, 2015, pp. 82-83; BARROSO, 2007, p. 14). A Lei nº 8.080 estabelece as atribuições das entidades: as comuns (art. 15) e as específicas (art. 16-19), em nome da autonomia de cada esfera de governo e da descentralização. Os municípios são responsáveis pelo desenho, pela organização, pelo controle, pela gestão e pela implementação dos serviços de saúde na zona (art. 18), enquanto os Estados e a União devem intervir quando os municípios não conseguem garantir o direito à saúde.

Uma parte específica da lei é dedicada aos aspectos financeiros (título V).

O SUS desempenha, assim, importantes funções de proteção social, tanto para as famílias, quanto para a população com renda insuficiente, devendo garantir, com a atuação nas diferentes áreas de prevenção,

³⁵ Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, abolido com a lei nº 8.689/1993.

³⁶ “Constitucionalmente, o sistema de saúde brasileiro não é juridicamente hierarquizado no que concerne à competência das diversas esferas de governo, mas o é enquanto sua organização prevê uma rede hierarquizada no que respeita à complexidade dos serviços postos à disposição da população.” (DALLARI, 2009, p. 21).

tratamento e reabilitação, o exercício da cidadania, das atividades produtivas e da vida comum (NOGUEIRA PASSOS, 2011).

Assim, é possível afirmar que o SUS é o produto de um conjunto de regras destinadas a realizar a possibilidade do que a Constituição prevê: assistência médica universal e gratuita – independentemente da renda do paciente ou do fato de ele ser ou não um contribuinte. É um sistema *integral*, pelo menos em dois aspectos: 1) as políticas e os benefícios de saúde não apenas são relacionados ao tratamento, mas também à prevenção; não apenas ao setor da saúde em sentido estrito, mas também aos determinantes sociais da saúde; de um modo mais geral, devem ser integrados nas políticas relacionadas à proteção do meio ambiente e do território; além disso, os indivíduos também são concebidos na sua integridade biopsíquica, isto é, como pessoas e sujeitos de direito; 2) é um sistema regionalizado e hierárquizado: o Estado deveria agir como um todo, nos diferentes níveis em que está estruturado e, portanto, no caso de deficiências no nível local (municípios), devem intervir os Estados e a União Federal.

Neste ponto, duas considerações são importantes. A primeira diz respeito à realização do que é proposto na Constituição: além da vontade política de implementar seu conteúdo³⁷, deve-se lembrar – como destacado por Hesse (1991, p. 15) – que a Constituição não configura “apenas a expressão de um ser, mas também um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais”: o elemento normativo indica a pretensão de dar forma à realidade política e social. Assim, tanto as possibilidades quanto os limites de sua força normativa emergem da dinâmica entre ser (*Sein*), e dever ser

³⁷ Por exemplo, PAIM *et al* apontaram a falta de comprometimento do primeiro presidente eleito, Fernando Collor de Mello (2011, p. 19), enquanto ATALIBA (1970) destacou que a própria ideia de norma “programática” é uma contradição.

(*Sollen*). A respeito do SUS, apesar dos princípios orientadores contidos na lei de 1990, uma importante crítica é representada, como evidenciado por Carvalho, Jesus e Senra (2017, p. 1.158), pelas disparidades históricas dos contextos socioterritoriais tão variados, em um país enorme e altamente complexo. Os mesmos autores enfatizam ainda a necessidade de implementar o monitoramento e a avaliação, além da urgência de simplificar as normas, que, às vezes, tornam o SUS excessivamente complexo, ou ambíguo.

Em geral, portanto, é possível ver muitas semelhanças e algumas diferenças entre a configuração do direito à saúde na Itália e no Brasil. Entre as semelhanças:

- o direito à saúde é constitucionalmente sancionado como um direito fundamental;
- mais do que isso, é formulado como um direito universal: de todos, independentemente da cidadania, sob a bandeira da igualdade;
- é um direito subjetivo e também coletivo;
- o Estado deve proteger esse direito;
- por esse motivo, foram criados sistemas nacionais de saúde públicos, abrangendo toda a população, facilmente acessíveis e presentes em todo o território nacional;
- a assistência é organizada em base territorial, com ampla autonomia das autoridades locais (Estados/Regiões e municípios) e em nome da colaboração entre os diferentes níveis de governo;
- os sistemas de saúde são chamados a agir não apenas no lado da assistência, mas também na prevenção;
- o indivíduo-sujeito-pessoa, com sua dignidade e seus direitos, é colocado no centro das atenções, e na sua integridade físico-psíquica-social; a saúde é entendida em um sentido amplo, não apenas do ponto de vista do indivíduo, mas em relação ao meio ambiente (ecologia) e aos determinantes sociais.

Por razões de espaço, não abordamos aqui o problema das desigualdades em termos territoriais, as quais existem nos dois países. Na Itália, em particular, existem fortes disparidades entre as Regiões do Centro-norte (com melhor gestão econômica, distribuição generalizada de serviços e presença de centros de excelência) e as do Sul – o que incentiva os fluxos migratórios internos –, enquanto, no Brasil, os Estados do Norte e do Nordeste são geralmente mais pobres e menos desenvolvidos, enquanto os do Centro e do Sul conseguem oferecer serviços melhores³⁸.

No entanto, existem diferenças importantes. No que diz respeito ao funcionamento dos sistemas de saúde, no sistema italiano, diferentemente do brasileiro, em muitos casos, os cidadãos devem contribuir, através do “*ticket*” (com exceção de algumas categorias mais vulneráveis).

De qualquer forma, as diferenças mais marcantes, provavelmente, emergem já da leitura dos textos constitucionais.

De fato, na Itália, além da menção ao artigo 117, relativo à distribuição de competências legislativas entre o Estado e as Regiões, apenas um curto artigo (nº 32) é dedicado à saúde, enquanto na Constituição brasileira o assunto é tratado em vários artigos e com mais detalhes, inclusive vinculando financeiramente as despesas com saúde. No entanto, duas questões parecem ainda mais importantes.

A primeira: a saúde, na Constituição italiana, além de um direito, é definida como um interesse coletivo. Isso significa que é um bem público, a ser protegido. Proteção que não pertence exclusivamente aos órgãos e instituições do Estado: os cidadãos também devem fazer sua parte. Portanto, não se trata apenas de um direito coletivo, mas de algo que a sociedade como um todo é chamada a proteger e a promover.

³⁸ Veja-se, entre outros, VERCESI DE ALBUQUERQUE et al (2017) e RUSSO (2019).

A segunda questão tem relação com a primeira: enquanto na Constituição italiana o Estado é chamado a garantir tratamento gratuito apenas aos indigentes, no Brasil, a saúde é definida como um *dever* do Estado. Aqui emerge a diferença com relação à ideia de bem público comum: se a saúde é um dever, é um bem que pode ser exigido. Isso legitima a reivindicação de demandas jurídicas, bem como as expectativas mais gerais dos indivíduos, além de nos encorajar a apresentar uma hipótese mais geral, relacionada à análise do direito à saúde no sistema jurídico brasileiro (hipótese que certamente não pode ser respondida aqui e, talvez, nem mesmo em sentido absoluto): a concepção do direito à saúde que emerge, vinculando o Estado de uma maneira tão decisiva (saúde como dever, orçamento mínimo, etc.), estabelece objetivos excessivamente ambiciosos, se não impossíveis, de implementar? Ao mesmo tempo, não seria apropriado que essas condições fossem definidas mais exatamente em relação aos casos e às áreas de aplicação – de maneira a permitir uma proteção concreta da saúde onde ela é mais necessária – e em relação ao equilíbrio com outros direitos fundamentais e com os direitos e necessidades da comunidade, direitos e necessidades com os quais a saúde pode inevitavelmente entrar em conflito?

Estes questionamentos seguem abertos, não temos respostas definitivas e continuam presentes nas nossas pesquisas.

4 Saúde e Teoria dos sistemas

A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann é notoriamente complexa: para nossos propósitos, neste artigo, são suficientes alguns elementos-chaves.

A sociedade moderna é considerada um *sistema* composto de operações comunicativas, as quais contribuem para sua reprodução. A comunicação é, portanto, uma realidade genuinamente social. Exatamente

por causa disso, os seres humanos não pertencem à sociedade, mas fazem parte de seu ambiente³⁹: as operações de comunicação se referem ao ambiente, no sentido de que o sistema da sociedade é “irritado” pelo que acontece nele. É por isso que a teoria dos sistemas sociais tem sido criticada por não levar os indivíduos em devida consideração. A explicação é realmente muito simples: a perspectiva sistêmica não é normativa, não tem valores para propor, é analítica. Conseqüentemente, a afirmação de que os indivíduos não fazem parte da estrutura da sociedade não contribui de maneira alguma para diminuir ou subestimar sua importância.

Temos, atualmente, uma sociedade mundial (*World Society*)⁴⁰ policêntrica e policontextual, estruturada com base em uma diferenciação de tipo funcional: é composta de subsistemas que resolvem problemas específicos. Dois exemplos: a medicina é dedicada ao tratamento de doenças, enquanto as relações familiares e íntimas dizem respeito à orientação para a *pessoa* (LUHMANN, 1995b). O último termo não indica o “ser humano”, mas uma *forma* (SPENCER-BROWN, 1969): uma construção que serve como referência para interação e comunicação. Deve ser distinguida do *corpo* (sistema biológico) e da *consciência* (sistema psíquico): o primeiro é o organismo biológico vivo, enquanto a segunda produz pensamentos.

Conseqüentemente, são as *pessoas*, não os corpos ou as consciências, que participam da comunicação: assim, são incluídas nos diferentes sistemas funcionais da sociedade. A individualidade surge na participação na comunicação: o indivíduo é reconhecido em sua singularidade somente se adquire relevância em um contexto (subsistema funcional) específico: economia, direito, religião, arte, família, ciência, etc. Nele, dado que as referências tradicionais da sociedade não podem mais ser usadas, o

³⁹ Alguns autores traduzem o conceito de *umwelt* com a palavra *entorno*.

⁴⁰ Veja-se, entre outros, LUHMANN, 1997.

indivíduo pode operar construindo sua própria identidade específica e atribuindo significado à própria existência. A individualidade é o resultado de um processo feito de escolhas, decisões e ações⁴¹. Um processo estruturado com base em demandas de inclusão nos próprios sistemas, demandas que se manifestam na maneira mais evidente como demandas de direitos: tanto os já “positivados”, já incluídos nos sistemas jurídico, quanto os ainda não formulados.

Com base nessas premissas, dignidade e liberdade não devem ser consideradas apenas direitos, mas – e acima de tudo – condições para uma autorrepresentação bem-sucedida da personalidade individual e para sua socialização. Ou seja, são requisitos para a inclusão na sociedade e agem nos dois lados da autorrepresentação. A dignidade é uma representação interna: todos se consideram dignos de consideração e, portanto, têm direito a participar (serem incluídos). A liberdade atua no lado externo: indica o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como uma individualidade autoconsciente e protegida de interferências externas, sobretudo as do Estado (LUHMANN, 2002). Dignidade e liberdade são, portanto, direitos fundamentais justamente porque possibilitam a inclusão, ou seja, a “participação” na sociedade.

Na teoria dos sistemas, o subsistema da medicina tem a função de intervir em corpos e mentes afetados por doenças, desvios, distúrbios ou por “qualquer manifestação corporal que não seja possível descrever como ‘normal’” (CORSI, 2015). O objetivo desse sistema é de tornar os seres humanos *pessoas* (ou seja, participantes da comunicação). Portanto, não se trata apenas de curar os corpos doentes, os distúrbios psíquicos e psicológicos: o sistema de medicina serve para garantir a participação, para

⁴¹ Os indivíduos são “máquinas históricas autorreferenciais, que com cada operação automática determinam a condição inicial para outras operações e só podem fazer isso por meio de suas próprias operações” (LUHMANN, 1992, p. 76) (*tradução livre*). Veja-se, também, LUHMANN, 1995a.

permitir a inclusão, que é uma condição essencial para a reprodução da comunicação na sociedade. Portanto, a peculiaridade do sistema médico é que

sua função não se refere ao sistema social, mas sim a seu ambiente. Corpos e consciências dos seres humanos não são nem partes nem elementos da sociedade, mas pertencem ao seu ambiente; no entanto, constituem uma seção tão importante para a reprodução da sociedade que têm-se formando subsistemas sociais especiais, ou seja, o sistema de tratamento das doenças e o sistema educativo. (LUHMANN, 2017, p. 78)

Luhmann utilizou as expressões “*Medizinsystem*” (“sistema médico”) e “*System der Krankenbehandlung*” (“sistema para o tratamento de doenças”). Porém, poderíamos nos perguntar se hoje ainda faz sentido limitar-nos a falar sobre o “sistema médico” ou se o da saúde deveria ser considerado um subsistema social autônomo, com especificidade própria e não limitado à medicina. De fato, os médicos devem não apenas tratar doenças e patologias, mas também cuidar da prevenção e do “bem-estar” mais geral dos pacientes⁴². Além disso, estão surgindo figuras e práticas profissionais e semiprofissionais, em que as intervenções de saúde em sentido estrito estão entrelaçadas com outros tipos de terapias, mais ou menos cientificamente fundamentadas (por exemplo, homeopatia, osteopatia, etc.), ações, práticas e estilos de vida adotados pelos sujeitos (esporte e atividade física em geral, dietas e escolhas alimentares, etc.), não necessariamente realizados sob a observação de pessoal qualificado.

O próprio Luhmann explicou que tudo que se refere à saúde e aos cuidados é construído na comunicação: conhecimento médico-científico, treinamento de pessoal, aparato organizacional-administrativo, linguagem usada, interação entre médico e paciente, etc. Tudo isso é tratado no

⁴² Veja-se MARTINI, 2014a; 2015.

nível da comunicação e, por esse motivo, é “social”: os conceitos, os termos, os procedimentos utilizados no setor da saúde, bem como a criação de figuras profissionais e as expectativas dos pacientes, vão se formando na comunicação e contribuem na orientação à distinção saúde/doença – o fulcro do próprio sistema. Essa distinção – que na linguagem da teoria representa o “código” do sistema – é fundamental porque permite identificar as operações comunicativas do próprio sistema. Em outras palavras: o sistema se ativa a partir da identificação da saúde e da doença – em particular, da última – porque é somente com base nessa distinção que surgem situações nas quais os seres humanos são incapazes de participar plenamente da comunicação, ou seja, não conseguem ser *pessoas*.

A equivalência entre saúde e doença, no entanto, muitas vezes, não é uma tarefa fácil: como é evidente, essas são ideias extremamente vagas e que, por esse motivo, é necessário definir, especificar, reconfirmar ou revisar continuamente⁴³. Outros fatores aumentam as dificuldades: por um lado, o progresso técnico/científico, que permite esclarecer os problemas já identificados, mas não solucionados, e reconhecer novos problemas; por outro, tendências como “patologização” e “medicalização”⁴⁴, que levam a considerar e a tratar fenômenos e doenças anteriormente não considerados como tal (apenas para dar alguns exemplos: transtorno do déficit de atenção e hiperatividade [TDAH], alcoolismo, depressão, transtorno de estresse pós-traumático [TEPT]) (CONRAD, 2007).

Os indivíduos/pessoas da sociedade moderna são, portanto, incentivados a manifestar demandas e expectativas jurídicas na esfera da saúde. Demandas e expectativas que estão em constante crescimento, justamente

⁴³ É possível pensar no uso de vários conceitos diferentes para indicar “o que está errado”: doença, enfermidade, distúrbio, disfunção. Em inglês, por exemplo, a palavra *disease* indica uma patologia objetiva, *illness* refere-se a uma enfermidade, e *sickness* é mais uma percepção social da doença individual (ZUPPIROLI, 2005).

⁴⁴ Sobre a natureza problemática e ambiguidade deste termo e sobre a relação entre expectativas normativas e cognitivas, demandas e saúde, veja-se ZAMORANO FARÍAS, 2019.

pelos fatores mencionados acima: as mudanças socioestruturais produzem os conceitos modernos extremamente vagos e variáveis de saúde e doença e a tendência à individualização e reivindicação de direitos subjetivos.

Assim, no setor da saúde, as demandas crescem tanto do ponto de vista quantitativo (mais direitos para um número maior de pessoas) quanto do qualitativo (padrões mais altos); tanto no campo dos serviços prestados pelos sistemas de saúde (acesso mais amplo e generalizado aos medicamentos; serviços mais eficazes e diagnósticos mais pontuais, mais frequentes e com alto nível de atenção e disponibilidade pelo trabalhadores; políticas de prevenção, vacinas e profilaxia), quanto do jurídico (são reivindicados direitos específicos, como “direitos do paciente”; há referência ao “direito à dignidade”, que indica não apenas o direito de ter uma “vida digna” – e isso também na hora da doença –, mas também de ter uma “morte digna”).

A esse respeito, Luhmann falou da “inflação de demandas” (*Anspruchsinflation*), ou seja, do pedido de proteções, garantias e serviços cada vez maiores, em termos quantitativos e qualitativos. Deve-se levar em consideração que as reivindicações relacionadas a direitos estão aumentando, enquanto sancionar um direito significa legitimar as demandas futuras relacionadas a ele; mas também enquanto as demandas já legítimas representam o pré-requisito para novas diferentes demandas⁴⁵.

5 Individualismo, inclusão e saúde como direito humano

O fato de que praticamente não há limite para o que pode ser reivindicado em termos de direito, mesmo no âmbito da saúde, indiretamente nos leva de volta a uma questão aparentemente banal: se a saúde é

⁴⁵ Até um direito à extensão das demandas individuais (LONGO, 2001) ou também “um direito a ter direitos” (RODOTÀ, 2012), em um sentido diferente daquele indicado por ARENDT, 1966.

realmente um direito humano, em que medida as demandas devem ser aceitas? Os direitos humanos devem garantir as condições básicas para ter uma vida digna ou devem proteger e melhorar ao máximo nível as esferas da vida consideradas essenciais? Se os direitos humanos reconhecem e legitimam o livre arbítrio do sujeito, se representam “as condições sociais para permitir que um indivíduo desenvolva sua personalidade e identidade como ele deseja” (MARSHALL, 2014), isso significa que, mais do que direitos humanos, eles são direitos do indivíduo-sujeito-pessoa, direitos individuais à liberdade, à autonomia e à autodeterminação. O direito à saúde, portanto, formulado como um direito humano pelo artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) – “o direito de todos de usufruir do mais alto padrão possível de saúde física e mental” –, de fato, não tem limites. O valor real que cria as bases para o direito à saúde, entendido como direito humano, não é o valor intrínseco relacionado a “a sensação de bem-estar físico das pessoas sadias”, mas o valor instrumental relacionado ao fato de que a saúde “aumenta muito as perspectivas de uma vida gratificante” (RAZ, 2012). Isso significa que devem ser garantidas as condições para uma vida satisfatória, sem limites estabelecidos anteriormente.

Parece, portanto, haver uma relação bastante clara entre a semântica do individualismo e a semântica da saúde: se a primeira indica que o sujeito pode reivindicar direitos, o indivíduo pode fazer escolhas originais, e a pessoa tem acesso aos diferentes sistemas funcionais no campo da saúde – algo indefinível *a priori*, em nível geral e universal, identificável apenas em âmbitos específicos, caso a caso, a partir da condição da doença que representa o lado negativo da saúde – a legitimidade de demandas individuais não encontra obstáculos. O sujeito reivindica direitos (medicamentos, tratamento digno, etc.), o indivíduo reivindica a possibilidade de fazer escolhas que devem ser respeitadas (autorizar ou não uma

terapia, disposições sobre tratamentos antecipados, etc.), e a pessoa reivindica o acesso ao sistema médico (sistemas públicos de saúde, serviços e seguros privados, etc.) e ao setor sanitário em sentido amplo, que inclui todas as atividades e intervenções destinadas a melhorar a existência do ponto de vista biológico, físico e mental (vários tipos de intervenções, serviços e consultoria, muitos situados além da esfera científica: prescrições alimentares, intervenções no corpo, atividades físicas, etc.).

Pensar a saúde em correlação com o individualismo moderno e, portanto, com diferenciação funcional também ajuda a não subestimar o papel fundamental da saúde no que diz respeito ao problema da inclusão: como já mencionado, o sistema médico – junto com o sistema educacional – mais do que proporcionar uma atuação à sociedade como um todo, atua no ambiente (humano) da mesma sociedade, ou seja, tem como objetos os corpos e as consciências dos indivíduos, com intervenções destinadas a garantir as condições físicas, biológicas e psicológicas necessárias para que eles possam participar na comunicação social. O sistema médico e – hoje, mais do que nunca – tudo o que tem a ver com saúde em sentido amplo tornam os indivíduos/pessoas capazes de desempenhar um papel dentro dos diferentes sistemas funcionais e, portanto, tornam-nos sujeitos de direito. A sociedade não pode existir sem o seu ambiente: através da medicina e de todo o aparato relacionado ao cuidado de corpos e mentes, são fornecidos à sociedade os fundamentos orgânicos e psicológicos da comunicação. A legitimação de demandas deve, portanto, ser vista como uma estratégia para garantir a inclusão e, portanto, tornar sempre possível a sociedade.

Conclusão

A análise e a comparação das referências à saúde no nível constitucional e nas leis que regulam os sistemas nacionais de saúde da Itália e do Brasil destacaram várias importantes semelhanças e algumas diferenças

decisivas. Apesar do fato de que o direito à saúde é formulado em ambos os casos como um direito humano – universal e indispensável –, no Brasil, é expresso de maneira absoluta e sem especificações que provavelmente poderiam contribuir para limitar as demandas contra ele.

Se, de fato, é verdade, como vimos, que a saúde na modernidade se afirma como um direito fundamental dos sujeitos (individuais e coletivos) e, ao mesmo tempo, representa um requisito para a participação do ambiente humano na sociedade, sua estreita conexão com a semântica do individualismo (indivíduo-sujeito-pessoa) incentiva demandas crescentes, que o sistema jurídico dificilmente pode conter.

No Brasil, o fato de que, por um lado – o dos sujeitos –, a saúde é definida como um direito, enquanto, por outro – o do Estado, o poder público –, é definida como um dever, coloca em segundo plano a dimensão da saúde como um bem público e interesse geral. Além disso, uma postura comum do Judiciário – especialmente do STF – que caberia ao mesmo Poder “a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e a *efectivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos*”, evitando “que as omissões do poder político (nomeadamente do Executivo) façam perecer os direitos fundamentais previstos na Constituição”, cria o risco de confusão de planos, competências e distribuição dos poderes públicos e encoraja uma interpretação do direito à saúde “como um direito individual, cujo cumprimento pode ser exigido directamente através de uma acção judicial” (NUNES, 2011)⁴⁶.

Na Constituição italiana, no entanto, o direito à saúde parece ser suficientemente delimitado e, conseqüentemente, adequado para limitar o alcance das demandas que os indivíduos podem fazer. Isso, pelo menos,

⁴⁶ O texto citado aqui compara o direito à saúde nas interpretações das Supremas Cortes brasileira e portuguesa, e por isso representa um exemplo que poderia ser replicado entre os contextos italiano e brasileiro.

em tese: como já apontamos, também na Itália o problema das ações judiciais contra médicos e outros profissionais sanitários é considerado preocupante.

No nível dos sistemas nacionais de saúde, características comuns dos dois casos são a universalidade do acesso, a organização em bases territoriais, a divisão de competências entre as diferentes áreas administrativas do Estado. Permanecem questões consideráveis, como a dificuldade de atingir toda a população, e limitações significativas nos serviços prestados no Brasil, além de problemas de sustentabilidade devidos, em grande parte, ao envelhecimento progressivo da população na Itália. A melhoria gradual e talvez até a sobrevivência desses sistemas não são óbvias. Aqui, é possível ver o quanto a ideia de saúde como direito humano se choca com a realidade. A contribuição solicitada aos cidadãos da Itália (*ticket*) se, aparentemente, é difícil de relacionar a um direito humano, representa um compromisso aceitável para garantir que o acesso à saúde seja realmente possível em larga escala e reforça a ideia de saúde como bem público, interesse da comunidade, para o qual todos deveriam contribuir pra torná-lo possível.

Referências:

AA.VV. **Relatório Parcial: Direito à saúde e democracia sanitária: pontes para a cidadania.** Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – USP, 2012.

AITH, Fernando. Marcos legais da promoção da saúde no Brasil. **Revista de Medicina**, vol. 2, n. 92, São Paulo, p. 48-54, 2013.

_____. **Direito à saúde e democracia sanitária: soberania popular e participação nas decisões estatais de saúde.** Tese de Livre-Docência, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ARENDETT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harcourt, Brace & World, 1966.

ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**, n. 13, p. 35-44, jul./set. 1970.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, v. 15, p. 13-38, 2007.

BIONDI, Francesca. Il diritto alla salute. Intervista alla Prof.ssa Francesca Biondi. In: NUCCI, Paolo. **La migliore sanità del mondo**. Milano: Università degli studi di Milano, 2019, p. 15-27.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Einaudi, 1997.

BRUNO, Anna Silvia. Direito alla salute e riserva del possibile. Spunti dal contesto brasiliano per osservare il “federalismo fiscale”. **Convegno annuale associazione Gruppo di Pisa**, 2012.

CARVALHO, André Luiz Bonifácio; JESUS, Washington Luiz Abreu; SENRA, Isabel Maria Vilas Boas. Regionalização no SUS: processo de implementação, desafios e perspectivas na visão crítica de gestores do sistema. **Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO)** Ciência & Saúde Coletiva, Vol. 22, n. 4, Rio de Janeiro, 2017.

CENSIS. VIII Rapporto RBM – La sanità del rancore, il rancore per la sanità. Scene da un Paese diseguale, giugno 2018.

COCCONI, Monica. Il diritto alle prestazioni sanitarie: fra esigenze di concreta attività e fedeltà alla propria garanzia costituzionale. In: “I diritti fondamentali oggi”. Atti del V Convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti. **Anais**. Padova: Cedam, 1995. p. 173-180.

CONRAD, Peter. **The Medicalization of Society. On the Transformation of Human Conditions into Treatable Disorders**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2007.

CORSI, Giancarlo (org.). **Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann**. Milano: Franco Angeli, 2015.

CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. L'ambiguità dei diritti costituzionali. Il caso della *judicialização da saúde* in Brasile. **Sociologia del diritto**, n. 3, p. 29-44, 2018.

CUPPINI, Laura. L'allarme dei medici: «Rischiamo di essere travolti dalle cause per Covid». Corriere della Sera, 17 abril 2020. Disponível em: https://www.corriere.it/salute/malattie_infettive/20_aprile_17/allarme-medicirischiamo-essere-travolti-cause-covid-aa115ba4-807d-11ea-ac8a-0c2cb4ad9c17.shtml.

CURY, Ieda Tatyana. **Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade**: Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 9, n. 3, São Paulo, p. 9-35, 2009.

DI GIROLAMO, Chiara. **Disuguaglianze di salute e di accesso ai servizi sanitari nella popolazione immigrata. Uno studio di coorte nell'area metropolitana di Reggio Emilia**. Tesi di specializzazione – Scuola di Specializzazione in Igiene e Medicina Preventiva, Università di Bologna, A.A. 2012/2013.

DUARTE NUNES, Everardo. A sociologia da saúde no Brasil – a construção de uma identidade. **Ciência & Saúde Coletiva**, 19 (4), p. 1041-1052, 2014.

ESPOSITO, Roberto. **Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale**. Torino: Einaudi, 2007.

_____. **Le persone e le cose**. Torino: Einaudi, 2014.

FLEURY Teixeira, Sonia Maria. O dilema da reforma sanitária brasileira. *In*: G. Berlinguer, S.M. Fleury Teixeira, G. Wagner de Souza Campos, (org.). **Reforma sanitária. Itália e Brasil**. Centro Brasileiro de Estudos da Saúde: São Paulo, p. 195-207, 1988.

_____. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. **Ciência & Saúde Coletiva**, vol. 14, n. 3, Rio de Janeiro, p. 743-752, 2009.

GAUCHET, Marcel. I diritti umani come politica. **MicroMega**, 5, p. 135-172, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Fatti e norme**. Guerini e Associati: Milano, 1996.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

ITALIA. Decreto del presidente del consiglio dei ministri 12 gennaio 2017. Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502.

la Repubblica. Sanità, ogni anno 35.000 cause ai medici. *la Repubblica*, 9 jun. 2019. Disponível em: https://www.repubblica.it/salute/medicina-e-ricerca/2019/06/09/news/sanita_ogni_anno_35_000_cause_ai_medici-228333417/.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Direito Fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal**. *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal, balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LONGO, Mariano. **Strutture di società e semantica del soggetto**. Pensa Multimedia Editore, Lecce, 2001.

LUHMANN, Niklas. The concept of society. **Thesis Eleven**, 31, p. 67-80, 1992.

_____. Individuo, Individualidad, Individualismo. **Zona Abierta**, 70-71, p. 53-157, 1995a.

_____. Die Form „Person“. *In: Soziologische Aufklärung. Bd. 6. Die Soziologie und der Mensch.* Westdeutscher Verlag: Opladen, 1995b. p. 142-154.

_____. Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung. *In: Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch.* Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995c.

_____. Globalization or World society: How to conceive of modern society? **International Review of Sociology**, 7, 1. p. 67-79, 1997.

_____. **I diritti fondamentali come istituzioni.** Bari: Dedalo, 2002.

_____. Inflação das demandas no sistema das doenças. Uma tomada de posição do ponto de vista da teoria da sociedade. *In: MARTINI, S.R.; ZAMORANO FARIÁS, R. (orgs.). Sistema da Saúde e o Corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 68-87.

MARSHALL, Jill. **Human Rights Law and Personal Identity.** Abingdon-New York: Routledge, 2014.

MARTINI, Sandra Regina; BILANCIA, Francesco (orgs.). **O direito à saúde na União Europeia e no Mercosul.** Livraria do Advogado editora: Porto Alegre, 2014. p. 13-27.

MARTINI, Sandra Regina. O sistema social da saúde: conceito, limites e possibilidades. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**, 3, 1, p. 68-83, 2014a.

_____. Direito á saúde e fronteiras: saúde e fraternidade como pontes para a efetivação de direitos. *In: MARTINI, S.R.; BILANCIA, F. (orgs.): O direito à saúde na União Europeia e no Mercosul.* Livraria do Advogado editora: Porto Alegre, 2014b. p. 13-27.

_____. Construção do sistema social da saúde a partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann. **Revista de Direito sanitário**, 16, 1, p. 112-127, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sistema Único de Saúde: princípios e conquistas. Secretaria Executiva, Brasília, 2000. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em: 05 abr. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Princípios do SUS. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>. Acesso em: 4 abr. 2018.

MINISTERO DELLA SALUTE. Medicina difensiva e responsabilità professionale, insediata la Commissione consultiva, 27/03/2015. Disponível em: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1994.

NOGUEIRA PASSOS, Roberto. **Crêterios de justiça distributiva em saúde**. Brasília: IPEA, 2011.

NUNES, Ant3nio Josê Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In: NUNES, Ant3nio Josê Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 11-72.

OLIVA-AUGUSTO, Maria Helena; COSTA, Olavo Viana. Entre o público e o privado - a saúde hoje no Brasil. **Tempo Social**, 11, 2, USP, São Paulo, pp. 199-217, out. 1999.

OLIVEIRA, Ana Maria Caldeira; DALLARI, Sueli Gandolfi. Reflexões sobre o Sistema Único de Saúde e o Servizio Sanitario Nazionale: a reforma da reforma - a adoção do Ticket Sanitario. **Saúde e Sociedade**, v.25, n.4, São Paulo, 2016, p. 895-901; DOI: 10.1590/S0104-12902016164264.

_____. Vigilância sanitária, participação social e cidadania; Sanitary surveillance, social participation and citizenship. **Saúde e Sociedade**, v. 20, n. 3, Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo, p. 617-624, 2011.

OMS. Constituição da Organização Mundial de Saúde - OMS, 1946.

_____. Declaração de Alma-Ata. 6-12 set. 1978.

- ORESTANO, Riccardo. Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale. **Jus**, XI, p. 149-196, 1950.
- PAIM, Jairnilson et. al. O Sistema de Saúde Brasileiro: história, avanços e desafios. **Séries (Saúde no Brasil)**, Bahia, n. 1, p. 11-21, maio 2011.
- PANIKKAR, Raimon. Is the notion of human rights a Western concept? *In: Human Rights Law*. by P. Alston, P. (orgs.) Aldershot-Singapore-Sidney: Dartmouth, 1996. p. 161-188.
- PINTO, Élidea Graziliane. **Financiamento dos Direitos à Saúde e à Saúde e à Educação, uma perspectiva Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- PIOGGIA, Alessandra. Il diritto alla salute nell'ordinamento italiano. *In: MARTINI, Sandra Regina; BILANCIA, Francesco (Org.). O direito à saúde na União Europeia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 95-112.
- RAZ, Joseph. Human Rights in the Emerging World Order. *In: BIX, B.H.; Spector H. Rights: Concepts and Context* (orgs.). Farnham-Burlington: Ashgate, 2012. p. 51-67.
- RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.
- ROSE, Nikolas. **Powers of Freedom: reframing political thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- SALAS ZAPATA, Carolina; GARZÓN DUQUE, María Osley. La noción de calidad de vida y su medición. **CES Salud Pública**, 4, Medellín, p. 36-46, 2013.
- SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- SIMMEL, Georg. On Individuality and Social Forms. *In: LEVINE, D.N. (Org.). Freedom at the Individual*. The University of Chicago Press: Chicago-London, 1971. p. 217-226.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. Leipzig: Bohmeier Verlag, 2014 (1969).

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit**. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

TASCA, Renato (Org.). **Redes e Regionalização em saúde no Brasil e na Itália. Lições aprendidas e contribuições para o debate**. Organização Pan-Americana da Saúde, Representação Brasil. Brasília, 2011.

TOCCI, Amanda Simone Sebastião; COSTA, Elaine Cristina Nunes Fagundes. A gestão em saúde após a política nacional de humanização no Sistema Único de Saúde – SUS. **Revista Uningá**, Maringá/PR, n. 40, p. 197-2016, abr.-jun. 2014.

TROPER, Michel. I diritti fondamentali. In: **Eredità del Novecento**. Istituto della Enciclopedia Italiana: Roma, 2001. p. 711-723.

URBINATI, Nadia. Quei popoli senza Stato. **la Repubblica**, 18 out. 2019, p. 38.

VERCESI DE ALBUQUERQYE, Mariana et al. Desigualdades regionais na saúde: mudanças observadas no Brasil de 2000 a 2016. **Ciência e Saúde Coletiva**, 22, 4, p. 1055-1064, 2017.

RUSSO, Paolo. I migranti della salute a caccia di un letto. Un milione di pazienti fuggono dal Sud Italia. **La Stampa**, 5 dicembre 2019.

ZAMORANO FARÍAS, Raul. Medicalización, riesgo y demandas al sistema de la medicina. Una observación desde la teoría de los sistemas sociales. **Revista Derecho y Salud**, a. 3, n. 3, p. 48-61, 2019.

ZUPPIROLI, Alfredo. Riduzionismo medico e senso della cura. In: MARRONE, G. (org.): **Il discorso della salute. Verso una sociosemiotica medica**. Atti del XXXII Congresso della Associazione Italiana di Studi Semiotici, Spoleto, 29 ottobre - 1 novembre 2004, Meltemi: Roma, 2005. p. 100-108.