

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS:
O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E NOS PAÍSES DO LESTE EUROPEU,
SEGUNDO A PERSPECTIVA GARANTISTA DE FERRAJOLI¹**

**FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS:
THE RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL AND THE EAST EUROPEAN COUNTRIES,
UNDER OF THEORY OF FERRAJOLI**

MARIA GORETTI DAL BOSCO²

RESUMO: O presente estudo representa a primeira abordagem do trabalho de pesquisa em direito comparado, que avalia o direito à saúde nos países do Leste europeu, pós-admissão na União europeia, suas carências e as políticas públicas a serem desenvolvidas tanto pela União quanto no âmbito interno de cada país em busca do alcance dos níveis praticados atualmente em países já admitidos na União Europeia há mais tempo, comparando tais situações ao modelo brasileiro, de acordo com uma perspectiva garantista, nos moldes do pensamento de Luigi Ferrajoli. Ainda que os antigos membros da UE apresentem níveis consideráveis de qualidade do serviço de saúde aos seus nacionais, não ocorre o mesmo no que se refere aos países aceitos há menos tempo na Instituição, os quais se debatem com dificuldades de várias ordens na tentativa de alcançar o mínimo aceitável de prestações nesta área às suas populações.

Palavras-chave: direito comparado à saúde, leste europeu, Brasil, Constituição Europeia, garantismo jurídico.

ABSTRACT: This paper is the first approach of the research work in comparative law which evaluates the right to health in the countries of Eastern Europe, post-admission to the European Union, their needs and policies to be developed by both UE (European Union) and domestically in each country to find the attainment of the standards currently practiced in countries already admitted to the UE for more time, comparing to the Brazilian model such situations, to a security perspective, similar to the thought of Luigi Ferrajoli. While the UE members have considerable levels of quality health care to their citizens, it is not the same in the countries accepted at last in the Institution, which are struggling with a lot of troubles in trying to achieve the minimum acceptable benefits to their populations in this area.

Key words: comparative law health, Eastern Europe; Brazil, European Constitution, legal safeguards.

Sumário: Introdução - 1 O direito à saúde na Constituição Europeia - 2 A realidade dos países do Leste - 3 Garantismo jurídico e direito à saúde – Conclusão – Referências.

¹O trabalho é parte dos estudos de pós-doutorado realizados pela autora na Itália, orientados pelo prof. Luigi Ferrajoli, da *Università degli Studi Roma Trè*, em Roma-IT.

²Doutora em Direito (UFSC); professora da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD); autora dos livros "Responsabilidade do agente público por ato de improbidade" (Lúmen Júris, 2004), e "Discricionariedade administrativa: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade" (Juruá, 2007). E-mail: gorettdalbosco@uol.com.br

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda os direitos fundamentais sociais, em relação às políticas públicas de garantia da saúde na União Europeia pós-admissão dos países do leste europeu, fazendo uma comparação com o modelo brasileiro.

Avalia-se o direito à saúde contemplado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual integra o documento formal chamado Constituição Europeia, a partir das políticas públicas que são desenvolvidas pela Instituição em direção aos países membros do Leste, recém-admitidos, e algo sobre a prática da prestação dessa obrigação estatal em alguns dos novos Estados-membros.

A abordagem garantista do tema se deve à posição teórica de Ferrajoli, segundo a qual, o Estado de Direito deve ser um aparato político jurídico limitado pelo Direito, superando o processo que impõe uma subordinação dos direitos individuais e coletivos ao sucesso de planos econômicos. Significa que a garantia dos direitos fundamentais sociais, que dependem de prestações estatais, deve estar assegurada pela Carta de Direitos do Estado, enquanto questão sobre a qual nenhuma maioria política pode deixar de decidir, conforme os postulados da teoria garantista de Ferrajoli.

Assim, a avaliação dos dados encontrados na realidade de países como Romênia, Hungria e Polônia, entre outros Estados do Leste europeu, demonstra que, tal como no Brasil, os direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, permanecem à margem de um modelo distanciado da realidade social, sendo constantemente violados sob as mais diversas formas, numa espera surda e de poucas perspectivas de que o Estado, agora integrado à União Europeia, seja capaz de modificar.

1 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO EUROPEIA

O direito à saúde, em primeiro plano, é um direito humano, consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. XXV,³ o qual assegura um conjunto de outros direitos capaz de promover um padrão de vida que garanta a toda pessoa e a sua família, saúde e bem estar, incluindo-se nisto a alimentação, o vestuário, a habitação e os serviços sociais indispensáveis.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 35, estabelece que “cada cidadão tem direito de acesso à prevenção sanitária e de obter os cuidados médicos nas condições estabelecidas pela legislação e pelas práticas nacionais”.⁴ Isso não quer dizer, entretanto, que todo e qualquer cidadão, fora de seu domicílio dentro da União europeia, especialmente aqueles provenientes de países

³Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XXV: “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à 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”

⁴Tradução livre do texto em italiano.

pertencentes ao Leste europeu e admitidos recentemente à Instituição.

Isto porque, no que se refere às políticas públicas, previstas na parte III da Constituição, a Carta afirma que a ação da União será complementar às políticas nacionais para o setor, e voltada para a melhoria da saúde pública, prevenção contra doenças e redução dos riscos para a saúde física e mental.⁵

Para atingir tais objetivos, as principais ações da União contempladas na Carta devem voltar-se à luta contra os grandes flagelos, fomentando a investigação de suas causas, formas de transmissão e prevenção, assegurando às populações informações sobre saúde e educação, além de atuar na vigilância, alerta e luta contra graves ameaças que ultrapassam as fronteiras de cada país.

A busca por subsídios em ordenamentos estrangeiros e na realidade das políticas públicas praticadas pela União Europeia a partir do período pós-inclusão dos países do Leste na Instituição, e internamente, pelos próprios Estados nacionais, é uma tarefa muito difícil de ser realizada, dado que além de serem aqueles países detentores de uma realidade bastante diversa daquela registrada nos demais Estados da União, entrados até os anos 2000, cuja economia é estruturada – ainda que alguns atravessem períodos difíceis, como Grécia e Irlanda, possuem cada qual o seu próprio idioma, sendo necessário recorrer a outros idiomas para ter acesso àquelas informações.

2 A REALIDADE DOS PAÍSES DO LESTE

A maioria dos Estados do Leste europeu, saídos de sistemas comunistas e admitidos à União, enfrenta grave crise econômica e social. Os modelos de políticas públicas praticados no âmbito dos novos membros, no campo da saúde, em sua maioria, ainda patina nas práticas antigas, com deficiências dos mais variados gêneros. A Instituição começa, aos poucos, a adotar mecanismos comuns aos países do Leste, mas tudo ainda está longe de alcançar os padrões de saúde existentes na região mais estável econômica e socialmente.

As dificuldades começam em maio de 2004, quando dez novos membros são admitidos à União Europeia: oito países da Europa Central e Oriental (Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polônia e República Checa), além de Chipre e Malta. Em janeiro de 2007, Bulgária e Romênia também aderem à União Europeia, totalizando 27 membros.

⁵Constituição Européia, art. 278: "A ação da União, que será complementar das políticas nacionais, incidirá na melhoria da saúde pública, prevenção contra doenças e redução das causas de perigo para a saúde física e mental. Esta ação abrangerá: a) a luta contra os grandes flagelos, fomentando a investigação sobre suas causas, formas de transmissão e prevenção, bem como, informações sobre saúde e educação; b) a vigilância, o alerta e a luta contra graves ameaças transfronteiriças para a saúde. A União deverá complementar a ação dos Estados-membros na ação para reduzir danos à saúde provocado pelo uso de drogas, incluindo informação e prevenção." Tradução livre do original em inglês.

A realidade dos novos membros não tem semelhança com a dos antigos: a maioria dos países do Leste está empobrecida e envolvida numa crise social e econômica sem precedentes. No começo de 2010, a União Europeia anunciou que 17% de sua população - ou 85 milhões de pessoas – havia chegado ao final do ano de 2008 sujeita à pobreza, o que significou um ponto percentual a mais do que no ano anterior, ou cinco milhões de novos pobres. E a situação mais grave, de fato, foi vislumbrada no Leste, onde, na Letônia, que detém o maior índice, a pobreza atingia 26% da população, e na Romênia, chega a 23%. Para a UE, é "pobre" uma família que tem rendimentos inferiores a 60% da renda média no respectivo país, levando-se em conta o custo de vida, o que significa 13.600 euros ao ano, para um norueguês, e 1.900 euros, para um romeno (COELHO, 2010).

Uma das principais causas é o endividamento pessoal. Bancos europeus-ocidentais dominaram, a partir da queda dos regimes comunistas, o setor financeiro na CEE e conseguiram ganhos fartos. Todavia, assumiram enormes riscos: o valor total de seus empréstimos ao Leste europeu sobe a 1,5 trilhão de dólares – ou todo o PIB do Brasil (MARTINS, 2010).

A diferença entre os números encontráveis na Europa do Ocidente e o Leste é significativo. Dados de 2004, de um estudo da *London School of Economics* (CHADE, 2004), concluíram que o tempo médio de vida de uma pessoa na Europa Ocidental é de 75,3 anos, enquanto na Polônia, um cidadão vive, em média, 69 anos. Na Lituânia, 40% dos homens fumam, enquanto na Polônia, 78% dos pacientes de hospitais dizem ter pago taxa extra aos médicos. Esta prática foi vista *in loco* na Romênia, por exemplo, em cidades de médio porte, nas quais médicos do sistema cobram taxas dos pacientes para atendimento, apesar de o sistema em tese, haver estrutura pública para proporcionar os serviços públicos.

Na Hungria, que sustenta o maior índice de câncer de pulmão do mundo, 62% do salário dos médicos vêm de pagamentos informais. Em relação à taxa de mortalidade no Leste Europeu, é 2,5 vezes maior do que a registrada na Europa Ocidental. Apesar desses dados, a orientação da União Europeia é de que cada Estado-membro seja livre para decidir sobre suas políticas em saúde, conforme o contexto e as tradições nacionais. Todavia, as políticas para o setor nos países devem partilhar determinados valores comuns, especialmente, “o direito a uma saúde pública de elevado nível e a igualdade de acesso a cuidados de saúde de qualidade, além da busca por uma integração das questões de saúde em todas as suas políticas” (EUROPA, 2011).

A Instituição destina anualmente mais de 50 milhões de euros para as atividades que se destinam a melhorar a segurança da saúde, incluindo a busca por redução das disparidades e a implementação de programas mais eficientes de informações sobre questões de saúde aos usuários. Os recursos são distribuídos para diversos programas, como planejamento de situações de emergência em saúde, segurança dos doentes e prevenção de lesões e acidentes (EUROPA, 2011).

As políticas previstas também determinam investimentos em melhoria da nutrição, consumo seguro de álcool, estilos de vida saudáveis e qualidade da saúde no envelhecimento, além de combate ao uso de tabaco e drogas, em busca da redução de doenças graves, como a AIDS e a tuberculose, e para fomentar a troca de conhecimentos e tecnologias nas questões de gênero, saúde infantil e doenças raras.

Tais políticas, entretanto, não têm sido capazes de reduzir as dificuldades que cada país do Leste europeu – uns mais do que outros – encontra para oferecer saúde de boa qualidade a todos os seus nacionais, por razões diversas, as quais cabe estudar na realidade de cada um dos Estados recém inseridos.

Em relação aos membros mais antigos da União Europeia, vários deles oferecem com sucesso sistemas universais de saúde (CENSO, 2010, p. 31), como Alemanha – pioneira na modalidade na Europa – Holanda e Bélgica, mas as formas de financiamento e administração do setor são bastante diferenciadas do que se conhece no Brasil e não apresentam as dificuldades localizadas na realidade brasileira, ou nos países do Leste europeu. Nestes países, existem diferenças entre coberturas e contribuições e a grande maioria dos usuários é também contribuinte do sistema. O próprio governo financia um pacote de serviços básicos que são oferecidos por fundos de saúde, nos moldes dos procedimentos pagos pelo Sistema Único de Saúde no Brasil. Entretanto, nestes países existe uma competição entre os diversos seguros-saúde, proporcionando ao usuário a escolha de sua preferência, enquanto os governos financiam o sistema e regulam as relações entre todos os envolvidos.

A dificuldade dos residentes nos países do Leste vai além da realidade vivida em seus Estados de origem, no que se refere à prestação sanitária, dado que esta depende, ainda, de um vínculo laboral no Estado para o qual se deslocam os cidadãos (DIMASI, 2010, p. 59-60). Logo, o atendimento de saúde está adstrito a um vínculo de trabalho, seja subordinado ou autônomo, para que o cidadão tenha direito de acesso aos serviços sanitários, exceção feita aos casos de emergência, para os quais recebem assistência, mas deve submeter-se a toda sorte de dificuldades que uma situação de certa forma irregular para os parâmetros da legislação da UE, possa acarretar. Assim, o direito a cidadania no que se refere à saúde se exerce essencialmente através do trabalho.

A situação pode ser vista num panorama ainda mais grave ao se considerar a quantidade de pessoas que emigram em busca de trabalho fora de seus Estados de origem. Na Romênia, por exemplo, mais de quatro milhões de cidadãos vivem em outros países da UE trabalhando nos mais variados tipos de serviços, geralmente aqueles destinados à mão de obra especializada de nível médio, em especial nas áreas de construção civil e de construção naval, além de uma grande parte que se dedica a trabalhos de todas as naturezas, na indústria em geral, no turismo e em serviços gerais que não exigem qualificação, como os de âmbito doméstico.⁶

⁶Dados fornecidos pelo governo romeno à Embaixada brasileira na Romênia e cedidos pelo Embaixador Vitor C. P. Gobato, para esse estudo. Fevereiro 2011.

Os esforços comunitários desde os anos 2000 têm sido concentrados sobremaneira à modernização e simplificação do regime de coordenação das políticas sanitárias dos diversos Estados-membros, como prevê o Regulamento n. 1408/71, que se relaciona à aplicação dos regimes de seguridade social aos trabalhadores com vínculo de subordinação e seus familiares que se deslocam no âmbito interno da Comunidade. Também se aplica aos trabalhadores autônomos, aos funcionários públicos, estudantes e aposentados.

Este Regulamento prevê três tipos de assistência sanitária: a) aquela direta aos trabalhadores migrantes segundo a qual, estes poderiam ter acesso ao sistema sanitário tanto do Estado de residência quanto do Estado no qual exercem sua atividade laborativa; b) outra assistência direta de modo a garantir o acesso aos sistemas sanitários dos países membros no decorrer de estadias temporárias em caso de emergência; c) a assistência segundo a qual, os cidadãos comunitários, depois de obter uma permissão especial, poderiam ir a outro Estado-membro para receber tratamento, com direito ao reembolso das taxas do Estado prestador por parte do sistema de saúde do Estado de inscrição do paciente.

Uma modificação dessa legislação, no ano de 2004, através do Regulamento n.883/2004, estendeu o direito a esse atendimento também aos apátridas, aos refugiados que residem num Estado-membro que estão ou estiveram sujeitos à legislação de um ou mais Estados-membros, bem como aos seus familiares e sobreviventes (art. 2º, parágrafo I). “[...] Isto significa que, pela primeira vez, a segurança social não configura simplesmente um instrumento, ou um meio de garantia para a realização da livre circulação dos trabalhadores, mas, sem dúvida, um direito autônomo” (DIMASI, 2010, p. 59-60).

A mudança representa uma concepção mais ampla da segurança social que aquela restrita à da mobilidade das pessoas em um mercado comum, e uma tentativa de desvincular do trabalho a noção de “proteção social” (DIMASI, 2010, p. 59-60), mas, efetivamente, não chega próximo do modelo ideal de política pública capaz de promover a integração dos diversos sistemas de saúde dos Estados-membros, e em muito maior grau de dificuldade, dos países do Leste europeu, há pouco admitidos à União. Mais do que isso, “[...] o papel da Europa nas políticas públicas de saúde parece efetivamente destinado a crescer, mas até o momento é ainda incerto qual o modelo de coexistência entre saúde nacional e saúde europeia [...],” o que demonstra “a necessidade de uma reforma mais estrutural, capaz de dar seqüência à demanda de saúde dos cidadãos comunitários [...],” ainda que a elaboração de uma estratégia comunitária geral em matéria de tutela da saúde “[...] importe inevitavelmente um impacto direto sobre os sistemas de saúde singulares de cada Estado nacional” (DIMASI, 2010, p. 59-60).

No Brasil, a crise das políticas governamentais em matéria de saúde pública é demonstrada pela insuficiência de estrutura necessária à garantia efetiva do direito fundamental e universal à saúde dos usuários (Constituição Federal, arts. 6º, *caput* e

196),⁷ os quais, em muitas ocasiões, se vêem obrigados a recorrer ao Poder Judiciário em busca da prestação estatal para ver atendidas suas carências.

A realidade brasileira, no que se refere à saúde, encontra similaridade com a situação de alguns países do Leste europeu inseridos na União Europeia, dado que ambos, o Brasil e aqueles Estados, encontram-se em fase de busca por soluções capazes de reduzir as inúmeras carências registradas no setor, as quais passam, em princípio, pela insuficiência de recursos financeiros, mas que também encontram barreiras difíceis de superar no que guarda à criação e implementação de políticas públicas adequadas às necessidades dos usuários, e no estilo de administração da saúde adotado pelos governos.

As carências do setor de saúde no Brasil têm levado muitos usuários ao Poder Judiciário, em busca de prestações do Estado para as mais diversas necessidades, satisfeitas em incontáveis decisões dos juízes de primeiro grau e dos tribunais, o que tem levado alguns autores a considerar que o País atravessa um período de “judicialização da saúde” (MEDICI, 2010, p. 81-87). Exemplo disso são as compras de medicamentos por ordem da Justiça, que em 2007 consumiram 526 milhões de reais nas esferas federal, estadual e municipal. Somente no Ministério da Saúde os gastos com ações judiciais para a compra de medicamentos aumentaram 20 vezes entre 2005 e 2008, passando de 2,5 milhões de reais para 48 milhões, valor suficiente para realizar 5,2 milhões de consultas pré-natais e 130 mil partos normais num país que ainda sofre com elevadas taxas de mortalidade materna (MEDICI, 2010, p. 81-87).

Esta realidade ainda não pode ser devidamente avaliada no âmbito dos países do Leste e na Corte Constitucional Europeia, que é o organismo de decisão final de todas as demandas que envolvem o direito comum dos Estados membros. De uma primeira sondagem, observou-se que as demandas junto à Corte da UE ainda não alcançam o nível praticado no Brasil, restringindo-se mais ao direito ao acesso à saúde por parte de cidadãos europeus saídos de seus Estados em busca de trabalho em outros países-membros e de aceder a tratamentos especializados também fora de seus países de origem.

3 GARANTISMO JURIDICO E DIREITO À SAÚDE

O Garantismo Jurídico, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, que tem o Estado de Direito como um aparato político jurídico limitado pelo Direito, superando o processo que impõe uma subordinação dos direitos individuais e coletivos ao sucesso de planos econômicos. Tendo como pressuposto a centralidade da pessoa, o Garantismo

⁷Constituição brasileira, art. 6o.: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

funciona como sistema de garantias que perpassa a Constituição e se apresenta como mecanismo de limitação dos poderes da Administração Pública. Desta forma, os poderes, sejam públicos ou privados, ficam funcionalizados aos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1996, p.10-11). Para o autor, existe a possibilidade de reinterpretação do contrato social, a partir da consideração de um esquema de justificação do Estado enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Dessa forma, é lícito reconhecer o contratualismo como a primeira doutrina embrionária da democracia, “não apenas da democracia política ou formal [...] mas, também, e sobretudo, da democracia substancial, aquela em que é possível fundar sobre a garantia de seus direitos” (FERRAJOLI, 1995, p. 883).

No que se refere aos direitos fundamentais sociais, Ferrajoli (2008, p. 192) se refere a um “garantismo social”. Esse aspecto da teoria garantista está relacionado à necessidade de assegurar os direitos à sustentação básica dos cidadãos, como a saúde, a educação, o trabalho, a moradia, entre outros, os quais, segundo Ferrajoli (2008, p.192), devem ser considerados supraestatais – assim como todos os direitos fundamentais – de modo a impor-se um sistema de obrigações internacionais para a proteção desses direitos, especialmente em relação aos países mais pobres. Esta é uma das teses defendidas pelo autor no âmbito internacional – que incluem também a desvinculação dos direitos fundamentais da noção de cidadania, para reconhecê-los a todas as pessoas em todos os países, independentemente de sua nacionalidade. Assim, segundo Ferrajoli (2008, p. 35), todos os direitos devem ser concretizados diante de todos os poderes, e em todos os níveis, tanto estatal, quanto internacional.

As garantias que asseguram os direitos sociais são pressuposto de desenvolvimento econômico e da sociedade, dado que uma pessoa desnutrida não apresenta níveis adequados de produtividade e impede a geração da riqueza individual e coletiva. Se direitos sociais custam mais do que outros direitos, serão ainda mais custosos quando não satisfeitos, afirma Ferrajoli.

As garantias, segundo Ferrajoli (2007, p. 70), são de duas espécies: garantias primárias e secundárias. As primárias, ou de primeiro grau, previstas em normas primárias, implicam a obrigação de prestações ou a proibição de lesões dispostas como garantias de um direito subjetivo; as garantias secundárias, contempladas em normas secundárias, significam a obrigação de anular ou de condenar um ato inválido ou da responsabilidade por um ato ilícito. Assim, as garantias primárias representam garantias dos próprios direitos, enquanto que as secundárias, dizem respeito à anulabilidade e responsabilidade por desrespeito às garantias primárias.

A teoria garantista vislumbra, na estrutura nomodinâmica do direito moderno, a obrigatória distinção entre os direitos e suas garantias, em virtude do princípio da legalidade como norma de reconhecimento das normas positivamente existentes (FERRAJOLI, 2001, p. 63). Também é a mesma estrutura que obriga a admitir que os direitos existem se, e só se, estão normativamente estabelecidos, da mesma forma como as garantias constituídas pelas obrigações e as proibições correspondentes

existem se, e só se, também elas se encontram normativamente estabelecidas (FERRAJOLI, 2001, p. 63), sendo válido o raciocínio tanto para os direitos de liberdade, chamados negativos, quanto para os direitos sociais, chamados positivos.

Aos direitos sociais estão vinculadas obrigações ao Estado, e os conteúdos são predetermináveis, o que não ocorre com os limites, que podem ser estabelecidos de forma diferente, conforme o tempo, o lugar, o estágio de desenvolvimento econômico, ou outros fatores. Assim, aos direitos à saúde, à educação, entre outros, correspondem obrigações variáveis, de acordo com os níveis de vida previstos em cada ordenamento. Os direitos fundamentais correspondem, então, “[...] a carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados”. Logo, a qualidade, quantidade e grau de garantia desses direitos é que definem a qualidade de uma democracia e dão a dimensão do progresso alcançado (FERRAJOLI, 2009, p. 733).

O que caracteriza as garantias dos direitos sociais, segundo Ferrajoli (2009, p. 402), é o fato de que a intervenção do poder público comporta uma redistribuição da riqueza. Devem ser assegurados níveis mínimos de igualdade e subsistência, financiados através de recursos oriundos da carga fiscal progressiva, imposta aos mais ricos. Tal situação somente poderia advir da previsão constitucional das garantias primárias dos direitos sociais, assim como, de um sistema de controle do inadimplemento das obrigações do Estado, com a introdução, na Constituição, de vínculo rígidos de equilíbrio dos investimentos sociais, através do estabelecimento, como exemplo, de cotas mínimas no orçamento estatal destinadas à garantia daqueles direitos (FERRAJOLI, 2007, p. 402).

Ferrajoli (2001, p. 63) afirma não ser verdadeiro que os direitos sociais não podem ser garantidos como os demais, porque os atos necessários para sua satisfação seriam inevitavelmente discricionários, não formalizáveis e não suscetíveis de controle e coerção jurisdicional. Isso pode ser desmentido pela experiência jurídica mais recente, que tem ampliado a proteção jurisdicional por meio de diferentes mecanismos (medidas urgentes, ações reparatórias e similares), em especial, nos campos dos direitos à saúde, à seguridade social e a uma retribuição justa. Esses direitos têm o valor de princípios informadores do sistema jurídico amplamente utilizados na solução de controvérsias pela jurisprudência dos tribunais constitucionais.

A realidade, entretanto, aponta para o quanto pode ser diferente a possibilidade da realização política das garantias, como diz Ferrajoli (2001, p. 63), na ordem interna e, mais difícil ainda, na ordem internacional. É que a satisfação dos direitos sociais é custosa e incompatível com a lógica do mercado, ou, pelo menos, impõe limites a ele. Os obstáculos, assim, têm natureza política, o que leva o autor a afirmar que o desafio das forças democráticas é, exatamente por isso, também político, e consiste, hoje mais do que nunca, na luta pelos direitos e suas garantias (FERRAJOLI, 2001, p. 67).

O direito à saúde constitui uma garantia primordial à sociedade, uma vez que se trata de um direito essencial à vida. Ferrajoli o considera como conteúdo do direito à

sobrevivência, junto com o direito ao trabalho com relativa estabilidade (2007, p. 405). Esse direito compreende, segundo autor, não apenas a garantia de acesso à cura adequada de doenças, mas também, a serviços apropriados de prevenção de doenças, a receber informações sobre o próprio estado de saúde, a participar das decisões terapêuticas de tratamento e a ser ressarcido de danos injustos à sua saúde, e, inclusive, o direito de morrer com dignidade (FERRAJOLI, 2007, p. 412).

Como se deduz das argumentações expostas, a teoria garantista se presta a fundamentar a aplicação da legislação nacional e estrangeira, respectivamente, no âmbito de suas jurisdições, visando a garantia do direito à saúde, na medida em que os direitos fundamentais não dependem apenas de previsão constitucional, mas, também, da definição e implementação de políticas públicas capazes de assegurar a efetividade desses direitos.

No âmbito do direito pátrio, a Constituição brasileira garante a todos os cidadãos o direito à saúde, por força de vários dispositivos constitucionais. É um direito garantido, mas que depende da ação positiva do Estado para sua efetivação. A Carta de 1988 dispõe que a saúde é um direito que deve ser estendido a todas as pessoas e, enquanto dever do Estado deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, não se restringindo somente em coibir a disseminação de doenças que colocam em risco a coletividade, mas em atuar de forma abrangente, de efetivar verdadeiramente o acesso igual, universal e de qualidade.

No que se refere à doutrina brasileira, Ingo Sarlet (2009, p. 294) identifica-se, de certo modo, com a posição de Ferrajoli, quando afirma que o direito à saúde, ao lado de outros direitos fundamentais, compõe o mínimo a propiciar à pessoa o pleno desenvolvimento de suas aptidões, em todas as suas formas, enquanto que as normas de direitos fundamentais, “[...] são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão ‘programática’ dos direitos fundamentais.”

O autor considera que existe uma “inequívoca imbricação” entre questões avaliadas normalmente como “meramente” políticas, econômicas, sociais ou culturais, e a ordem jurídica, enquanto não se pode esquecer que o jurídico – não apenas no que se refere à saúde – é limitado pela realidade social, econômica e cultural de determinada sociedade (SARLET, 2009, p. 294). Assim, a efetividade dos direitos fundamentais não se resume à sua previsão na norma jurídica, mas se transforma num problema de políticas de direitos fundamentais. Disto se pode deduzir que o distanciamento entre as previsões normativas e as práticas governamentais nasce, também, da ausência de políticas públicas capazes de efetivar as chamadas “garantias primárias” a que se refere Ferrajoli.

Ademais disso, sustenta Sarlet (2009, p. 294), a saúde não é dever apenas do Estado, mas também um compromisso da família, da sociedade e de cada pessoa, sendo certo que a ausência de solidariedade e responsabilidade do poder público e da comunidade, impõe cada vez mais que a saúde não seja além de uma “[...] mera

promessa insculpida no texto da nossa Constituição”. A constatação implica repensar as formas de participação das comunidades na definição e implementação das políticas públicas para os direitos fundamentais sociais, neste caso, o direito à saúde, para que a interveniência dos destinatários, de forma mais estreita junto ao Poder Público, se transforme em compromisso conjunto na busca da efetividade dos direitos.

Entre os autores brasileiros, José Eduardo Faria (1996, p. 154), espousa a concepção de que a efetivação dos direitos fundamentais passa pela “[...] implementação e execução de programas emancipatórios [...]”, os quais pressupõem a “[...] extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômicos, social, cultural e familiar, assegurando-se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade”.

CONCLUSÃO

Da abordagem realizada como resultado dos primeiros estudos sobre a garantia do direito a saúde no Brasil e nos países do Leste recém-admitidos à União Europeia vislumbra-se uma realidade semelhante entre aqueles países e o Brasil. As dificuldades ocasionadas pelo mau gerenciamento de recursos e de estruturas também está presente em boa parte dos países recém admitidos, em graus diferentes conforme seja a situação econômica de cada Estado-membro. Nos mais pobres, como Romênia e Hungria, por exemplo, se pode deparar com realidades muito parecidas com a brasileira, com falta de médicos especialistas, leitos nos hospitais e equipamentos de tratamento de alta complexidade, entre outros.

As limitações levam ao crescimento dos índices de doenças graves entre a população, como as ligadas ao consumo exagerado de fumo e de álcool. A legislação da União Europeia ainda não é suficiente para implementar em cada novo Estado-membro estratégias conjuntas com as autoridades nacionais para uma política de saúde capaz de aproximar-se daquela existente Estados mais antigos na Instituição, e, tampouco, tem previsão de que isso possa ocorrer em curto prazo.

O direito à saúde dos imigrantes se restringe ainda ao vínculo de emprego ou trabalho autônomo, além de algumas outras situações, como a dos apátridas e refugiados e seus familiares e sobreviventes, desde que oriundos de um dos Estados-membros. Esse quadro, aliado à crise econômica que afeta tanto Estados pobres quanto ricos, se transforma em combustível para um quadro de desalento entre os cidadãos dos mais novos Estados admitidos à Instituição, os quais, tal como no Brasil, não encontram estrutura, médicos ou tratamentos adequados às suas enfermidades.

A resposta da União Europeia a essa situação é ainda uma incógnita e os estudos a serem desenvolvidos poderão oferecer respostas mais concretas e consistentes. Ao lado das questões gerais, como a saúde pública, no âmbito da União, existem as estruturas e políticas nacionais de cada Estado-membro, as quais devem

ser respeitadas pelas políticas gerais, por determinação da Constituição europeia. Das soluções que forem implementadas de modo conjunto entre a União e os países membros podem resultar estratégias capazes de orientar novos modelos de gestão que assegurem prestações de garantia ao direito à saúde enquanto direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: LEGIS, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPANO, Giliberto; GUALMINI, Elisabetta (curatori) *et al.* **La pubblica amministrazione in Itália**. Bologna: Il Mulino, 2006.

CUOCOLO, Fausto. **Lezioni di diritto pubblico**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

CENÇO, Bruna. Conheça os sistemas públicos de saúde pelo mundo. **Revista Diagnóstico & Tratamento**. Associação Paulista de Medicina, set. 2010, p. 28-31.

CHADE, Jamil. Na saúde, ainda há duas Europas. **Jornal da Ciência**. 01 nov. 2004.

COELHO, Luciana. Pobreza cresce na Europa e já atinge 85 milhões de pessoas. **Folha de São Paulo**. Dinheiro. 19 jan. 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo: USP, n. 01, v. 22, fev. 1988.

DEJOURS, C. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, n. 14 (54), 1986, p. 7-11.

DIMASI, Luca. Salute e confini: servizi sanitari e modello sociale europeo. Il regolamento n. 883/2004: una riforma mancata? **Sanità Pubblica e Privata**. Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica dell'Università di Bologna. Bologna: Maggioli Editore: n. 02, marzo-aprile 2010, p. 59-60.

EUROPA. Portal da União Européia. Disponível em: <http://europa.eu/pol/health/index_pt.htm>. Acesso em: 22 fev. 2011.

SANTOS L (org.) et al. **O direito à saúde no Brasil**. Campinas: Saberes; 2010.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (org.) *et al.* **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. **Revista do Ministério Público**. N. 61, 1996.

_____. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 9. ed. Roma: Laterza, 2009.

_____. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia. Roma: Editori Laterza, 2007. v. 2

_____. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. 1ª. reimp. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Autor-Editor, 2008.

_____. **La sovranità nel mondo moderno**. Roma: Laterza, 2004.

_____. Democracia senza Stato? In: LABRIOLA, Silvano (Curatore) *et al.* **Ripensare lo Stato**. Quaderni della Rassegna Parlamentare. Milano: Istituto per la Documentazione e gli Studi Legislativi – ISLE/Giuffrè Editore, 2003.

_____. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 2. ed. Traducción de: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Debate con Luca Bacelli *et al.* Edição de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

HALL, Peter A. La lógica institucional de la economía política comparada. **Hacienda Pública Española**, Madrid, n. 126, p. 259-278, mar. 1993.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; DE PAULA, Silvia Helena Bastos; BONFIM, José Rubens de Alcântara. **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

MARTINS, Antonio. União Européia perde outra chance. **Revista Fórum**, n. 91, out. 2010.

MEDICI, André Cesar. Judicialização, integridade e financiamento da saúde. **Revista Diagnóstico & Tratamento**. Associação Paulista de Medicina, 15 (2), abr-jun. 2010.

MENDES, Eugênio Vilaça. **Os sistemas de serviços de saúde**: o que os gestores deveriam saber sobre essas organizações complexas. Fortaleza: Escola de Saúde Pública do Ceará, 2002.

MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. **Las políticas públicas**. Trad. Francisco Morata. Barcelona: Ariel, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report Health System: Improving Performance*. Genebra: 2000.

Artigo recebido em: Maio/2011

Aceito em: Junho/2011