

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
FACULDADE DINÂMICA DAS CATARATAS – UDC
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

LILIANE NATHALIE FRETES GARCIA GRELLMANN

**A RELEITURA DA NACIONALIDADE PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO
SOCIAL À SAÚDE: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO CASO FRONTEIRIÇO**

SÃO LEOPOLDO - RS

2011

LILIANE NATHALIE FRETES GARCIA GRELLMANN

**A RELEITURA DA NACIONALIDADE PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO
SOCIAL À SAÚDE: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO CASO FRONTEIRIÇO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado, Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos da Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e Faculdade Dinâmica das Cataratas – UDC.

Professora Orientadora: Doutora Têmis Limberger

SÃO LEOPOLDO - RS

2011

G825r

Grellmann, Liliane Nathalie Fretes Garcia

A Releitura da Nacionalidade para a Efetivação do Direito Social a Saúde: o exemplo privilegiado do caso fronteiriço / Liliane Nathalie Fretes Garcia Grellmann - São Leopoldo – UNISINOS, 2011.

Orientadora: Doutora Têmis Limberger

Trabalho Final de Mestrado

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

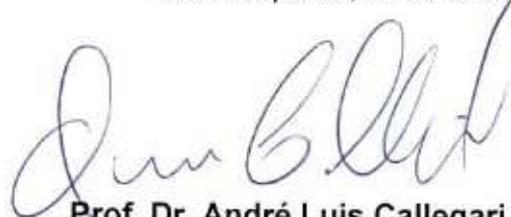
1. Direito à Saúde. 2. Direitos Fundamentais. 3. Releitura da Nacionalidade.

CDD:341.2

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
TURMA MESTRADO INTERINSTITUCIONAL UNISINOS/UDC

A dissertação intitulada: “**A superação da nacionalidade para a efetivação do direito social à saúde**”, elaborada pela mestrandia **Liliane Nathalie Fretes Garcia Grellmann**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 14 de dezembro de 2011.

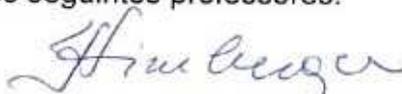


Prof. Dr. André Luis Callegari

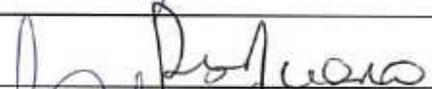
Coordenador do Programa de
Pós-Graduação em Direito - UNISINOS.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger



Membro Externo: Dra. Regina Linden Ruaro



Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha



Aos meus pais, Carlos e Lilian, que sempre me motivaram e inspiraram, o meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Doutora Têmis Limberger, pelo conhecimento transmitido, pelo auxílio inestimável na pesquisa e por sua disposição e contribuição na condução do trabalho;

Aos meus pais, por todo o estímulo, desde o início do Mestrado;

Ao meu namorado, Farid, por sempre acreditar e me incentivar, deixando a jornada muito mais leve;

Aos amigos e colegas do Mestrado, pela descontração e companheirismo;

Às minhas amigas, pela compreensão durante o período de ausências e presenças;

À UNISINOS e à UDC pela oportunidade na realização do Minter e a todos os professores e funcionários envolvidos.

“Todos os homens estão presos numa teia inescapável de mutualidade; entrelaçados num único tecido do destino. O que quer que afete a um diretamente, afeta a todos indiretamente. Não posso nunca ser o que deveria ser até que você seja o que deveria ser e você não pode nunca ser o que deveria ser até que eu seja o que devo ser”.

(Martin Luther King)

RESUMO

Sendo o direito à saúde um direito fundamental não é mais concebível que deixem de efetivá-lo pautando-se em nacionalidades. A inevitável globalização acarretou mudanças, influenciando, inclusive, a integração entre os países e ainda possibilitando a disseminação de doenças pelo trânsito facilitado, de modo que a defesa e a efetivação do direito à saúde são inestimáveis. No presente trabalho analisar-se-á o direito social à saúde, sob a perspectiva da definição formal de direitos fundamentais trazida por Luigi Ferrajoli, onde sendo o direito à saúde um direito fundamental e um direito humano, não é possível que não seja efetivado, pois a sua titularidade independe de nacionalidades ou cidadanias, bastando ser pessoa. Ainda, será abordado o direito à saúde sob uma perspectiva de valorização dos direitos fundamentais, com a introdução destes nas Constituições e sob a perspectiva de integração e globalização onde a soberania do Estado e a cidadania passam por significativas transformações. No presente apresentar-se-á o exemplo privilegiado fronteiriço, em que não nacionais, necessitando, vem até o Brasil pretendendo ter efetivado o seu direito fundamental à saúde no Sistema Único de Saúde, analisando o direito à saúde como direito fundamental, defendendo assim a releitura da nacionalidade para efetivação do direito social à saúde.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Direitos Fundamentais. Releitura da Nacionalidade.

ABSTRACT

Being the right to health a fundamental right isn't conceivable not to implement it based on nationalities. The inevitable globalization has brought changes, influencing even the integration among countries and allowing the spread of diseases because of the easy transit, therefore, the protection and achievement of the right to health is priceless. In the present study the social right to health will be examined, from the perspective of the formal definition of fundamental rights brought by Luigi Ferrajoli. It also presents the right to health as being fundamental and a human right. Not possible to be denied because its ownership doesn't depend on nationality or citizenship, but only on the fact of being a person. Still, the right to health from a perspective of valuation of fundamental rights will be discussed, with the introduction of these rights at the Constitutions, and from the perspective of integration and globalization in which state sovereignty and citizenship undergo significant changes. The present will provide the prime frontier example, where foreigners, in need, come to Brazil intending to use their fundamental right to health in the Brazilian health system, analyzing the right to health as a fundamental right, defending, this way, rereading the nationality for the achievement of the right to health.

Key-words: Right to Health. Fundamental Rights. Rereading Nationality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

DNSP – Departamento Nacional de Saúde Pública

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

OEA – Organização dos Estados Americanos

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

OPS – Organização Pan-Americana de Saúde

OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte

SIS-Fronteira – Sistema Integrado de Saúde das Fronteiras

SUS – Sistema Único de Saúde

TRIPS – Trade Related Intellectual Property Rights

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA DEFINIÇÃO FORMAL	16
2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.2 ESTADO E DIREITO: DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO AO ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO-NAÇÃO	22
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DEMOCRACIA: O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA	31
2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS	37
2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIA	40
2.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA SUBSTANCIAL: A ESFERA DO NÃO <i>DECIDÍVEL</i>	44
2.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CIDADANIA	48
2.8 TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	53
2.9 DIREITOS SOCIAIS À SOBREVIVÊNCIA	56
3 DIREITO SOCIAL À SAÚDE AOS NÃO NACIONAIS	60
3.1 O CONCEITO DO DIREITO À SAÚDE E A SUA CONSTRUÇÃO INTERNACIONAL	60
3.2 O DIREITO À SAÚDE: ORGANISMOS TRANSNACIONAIS E RELAÇÕES ENTRE OS ESTADOS	69
3.3 A EVOLUÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	75
3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	77
3.5 A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO À SAÚDE	79
3.6 O REDIMENSIONAMENTO DOS ELEMENTOS DO ESTADO COM O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO-NAÇÃO	85
3.7 RELEITURA DA NACIONALIDADE NA FRONTEIRA E SUAS PECULIARIDADES: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DOS CASOS FRONTEIRIÇOS	95
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	108

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118
ANEXO	123

1 INTRODUÇÃO

Para tratar da releitura da nacionalidade na perspectiva da efetivação do direito social à saúde utilizar-se-á o método fenomenológico hermenêutico, na análise da problemática que surge quando se observa a vedação do direito social à saúde aos estrangeiros não residentes no Brasil, quando estes se dirigem até as regiões fronteiriças para utilizar o Sistema Único de Saúde brasileiro e têm seu direito negado.

Assim, procurar-se-á responder se o direito à saúde, como um direito humano e como um direito fundamental, poderia ser limitado pela nacionalidade ou cidadania? Quando se trata do direito à saúde, pode haver a diferenciação entre pessoas nacionais e não nacionais?

Partindo do pressuposto apontado, verifica-se que, o tema trata desta possibilidade de ocorrer ou não a superação da nacionalidade, através de uma releitura do instituto, para a efetivação do direito fundamental à saúde, mais precisamente da análise dos estrangeiros que se dirigem ao Brasil para ter efetivado o seu direito.

O trabalho opta por abordar o direito à saúde especialmente na questão da titularidade, quem teria o direito de acesso a este direito fundamental social e abordar a sua efetivação diante da revisitação do conceito do Estado-nacional e de seus elementos.

Assim a importância de se fazer uma dissertação sobre este tema reside em realizar um estudo específico analisando a questão dos estrangeiros e das regiões fronteiriças, levando em conta a necessidade de estudos a respeito da releitura da nacionalidade para que se possa efetivar o direito fundamental à saúde.

Existe a norma constitucional disciplinando o direito fundamental à saúde como um direito universal, por outro lado há decisão que restringe o atendimento do estrangeiro somente a casos em que se encontre em situações extremas, de urgência e emergência.

Na elaboração do trabalho, relatar-se-á a questão de que os estrangeiros residentes e os brasileiros não residentes são atendidos de forma igualitária ao nacional residente no país e os não nacionais, que estão em trânsito temporário, somente em situações de urgência e emergência e de como existe a necessidade de superação desta visão.

A importância de se realizar um estudo sobre este tema reside na fundamentalidade do direito a saúde, sendo ele um direito humano e direito fundamental e que não se pode deixar de efetivá-lo.

A partir disso, abordar-se-á a questão da releitura da nacionalidade a partir de uma definição formal de direitos fundamentais elaborada por Luigi Ferrajoli, através da qual a

cidadania, que definida com base no pertencimento nacional e territorial apenas limita o princípio da igualdade jurídica.

Neste prisma, buscar-se-á fundamentar a ideia para implementar o direito social à saúde dos estrangeiros no Estado brasileiro, vez que o direito à saúde é um direito humano e direito fundamental que não exige a nacionalidade, cidadania brasileira ou capacidade de agir para sua concretização, bastando ser pessoa.

A pesquisa se propõe a realizar estudos a cerca do direito à saúde estudando-o como direito fundamental, sob a ótica das disposições constitucionais, dando uma maior ênfase à análise da releitura da nacionalidade para que ocorra a efetivação do direito à saúde a todos, nacionais ou não.

Ainda propõe-se a realizar estudos relacionados à reconfiguração dos elementos do Estado nacional, quando decorrente dos processos de globalização e a direção a uma integração entre os países os conceitos de soberania, cidadania e território estão destinados a serem revisitados ou até mesmo desaparecer.

Pretende-se para isso analisar a definição formal de direitos fundamentais trazida por Luigi Ferrajoli, bem como a relação entre direito e política que deve partir de uma corrente substancialista de uma democracia constitucional posição adotada por Ferrajoli e por Lenio Luiz Streck.

Estudando o exemplo privilegiado fronteiriço, em que estrangeiros vêm ao Brasil procurar por tratamentos de saúde e há a negativa de conceder este direito, observa-se que um direito fundamental está sendo violado.

Não basta que o direito social à saúde esteja elencado no artigo 6º da Constituição Federal sem que haja sua implementação.

O trabalho se propõe a fazer uma abordagem a respeito da titularidade do direito à saúde, se é reservado apenas aos nacionais, aos estrangeiros residentes no país ou a todos, analisando também o direito fundamental à saúde sob um viés das transformações no constitucionalismo, que como resultado trouxe uma valorização dos direitos fundamentais com a introdução destes nas Constituições e ainda, sob um viés de globalização e de integração entre os Estados, com a revisitação de seus elementos.

O constitucionalismo alçando os direitos como fundamentais seria uma revolução na natureza do direito, uma submissão da lei aos vínculos não somente formais, mas substanciais impostos por aqueles princípios e direitos fundamentais instituídos nas Constituições.

Porém quando não são respeitados estes direitos fundamentais, deve-se recorrer ao judiciário, visto que a concretização através do judiciário seria uma garantia secundária do

direito fundamental à saúde. O poder judiciário claro, deve ter seus limites, mas sempre visando à concretização propiciando a efetividade dos direitos fundamentais sociais, quando não são fornecidos *a priori* pelo Estado.

Isto se vislumbrará quando se analisar a ação civil pública n. 2006.70.02.007108-9/PR que tramitou perante a Primeira Vara Federal Cível de Foz do Iguaçu, nela se pretendia o acesso à saúde dos brasileiros residentes no Paraguai e também dos estrangeiros pelo Sistema Único de Saúde brasileiro.

Vê-se no Judiciário uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, e que todos os poderes estariam se sujeitando ao direito, a política está convertida em instrumento de atuação do direito.

Desta forma o tema foi escolhido uma vez que a evolução do direito à saúde deve ser construída, quando não respeitados os direitos fundamentais podendo-se recorrer ao Poder Judiciário, como uma garantia secundária, porém nem sempre este apresenta a resposta mais acertada ao tema, do ponto de vista da supremacia dos direitos fundamentais.

O presente trabalho, portanto é de suma importância para trazer a todos a titularidade do direito à saúde enquanto pessoas, e que não se pode permitir que, uma vez pautado em nacionalidades ou vínculos de maior ou menor grau com o território nacional, negue-se o atendimento de estrangeiros pelo Sistema Único de Saúde, do ponto de vista dos direitos fundamentais e da integração entre os países.

Então, os objetivos desta pesquisa são demonstrar o direito à saúde como direito humano e direito fundamental, analisando os direitos fundamentais na democracia substancial, no Estado Constitucional de Direito. Ainda, investigar a relação entre os direitos fundamentais, nacionalidade, cidadania e garantias. Examinar o direito à saúde na Constituição Federal Brasileira e ele como direito humano nas Declarações e Cartas internacionais. Realizar o estudo da relação entre o direito à saúde, a globalização e a revisitação dos elementos do Estado por este fenômeno e também pela tendencial integração entre os países.

Assim, primeiramente será abordada a visão de direitos fundamentais de Ferrajoli, através de um conceito formal de direitos fundamentais, sendo também apontada a perspectiva histórica dos direitos fundamentais, os elementos constitutivos do Estado e o enfraquecimento do Estado-nação, os direitos fundamentais na democracia: o Estado Constitucional de Direito e o constitucionalismo garantista.

Tratar-se-á da relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, dos direitos fundamentais e suas garantias, dos direitos fundamentais e da democracia substancial, observando a esfera do *não decidível*, e ainda, a relação entre direitos fundamentais e cidadania, bem como a titularidade dos direitos fundamentais e a análise dos direitos sociais à sobrevivência.

Em um segundo momento será abordado o direito social à saúde aos não nacionais, tendo como exemplo privilegiado os casos fronteiriços; assim serão abordados o direito fundamental à saúde e a sua construção internacional, a relação entre os Estados e o direito à saúde, observando os organismos transnacionais, a evolução da saúde pública no Brasil, a fundamentalidade do direito à saúde alçada na Constituição de 1988 e o Sistema Único de Saúde brasileiro.

Ainda, será analisada a relação entre a globalização e o Direito à saúde e o redimensionamento dos elementos do Estado com o enfraquecimento do Estado-nação.

Para finalmente adentrar na releitura da nacionalidade na fronteira e suas peculiaridades, onde se analisará a decisão acerca da ação civil pública citada, em que momento esta teria demonstrado um avanço no tema e onde teria sido limitada no tocante à nacionalidade.

De tal forma, tem se como exemplo privilegiado a questão de fronteiras, especificamente Foz do Iguaçu, em que estrangeiros residentes em países vizinhos, se dirigem até o Brasil para utilizar o Sistema Único de Saúde.

Sabe-se que estas demandas de estrangeiros requerem custos, prestações do Estado, porém não se adentrará neste ponto no presente estudo, o que pretende abordar será a efetiva releitura da nacionalidade, e cidadania, para que se efetive o direito à saúde de todos, uma vez que não se pode privilegiar o orçamento em detrimento de um direito fundamental.

E ainda, ante uma perspectiva integracional, deve haver o respeito ao direito fundamental de todas as pessoas e não apenas do cidadão, ou nacional, deste ou daquele Estado.

Os conceitos de Estado estão sendo revisitados assim como seus elementos, nestes tempos, a questão reside em se poderia ser afirmado que existe de fato uma soberania ou se este conceito estaria sendo revisitado, como ficaria, ainda, a questão da cidadania e se a sua revisão deveria ocorrer.

Partir-se-á da premissa de que a saúde, por ser um direito fundamental, deve ser prestada a todas as pessoas, ainda a soberania e a cidadania estariam sendo revisitadas diante dos fenômenos de globalização e integração, que não devem ser vistos apenas sob uma

perspectiva econômica, mas sim de possibilidade de realização dos direitos fundamentais universalmente.

Neste estudo será abordado, portanto, o conceito de direitos fundamentais partindo de uma visão formal, assim há a universalidade de titularidades, em que a cidadania não pode obstar a efetivação do direito à saúde, por ser um direito humano e um direito social vital, não estaria restrito ou vinculado às questões de cidadania ou nacionalidade, que estão sendo revisitadas, pertencendo este direito a todas as pessoas.

2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA DEFINIÇÃO FORMAL

2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na perspectiva histórica os direitos fundamentais estão ligados indissolúvelmente à liberdade, suas raízes históricas filosóficas se vinculam ao início do pensamento humano.

Existiria uma “pré-história” dos direitos fundamentais e o que se poderia encontrar nas raízes da filosofia clássica Greco-romana e do pensamento Cristão, seriam os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens.¹

Da doutrina estoica Greco-romana e do cristianismo vieram às teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade.

No pensamento tomista (de Santo Tomás de Aquino) é que surge a exigência da submissão do Direito Positivo aos preceitos do Direito Natural, expressão da natureza racional humana.²

Nos séculos XVI e XVII se produz uma transposição ao plano da subjetividade dos postulados da lei natural, configurando-se uma ampla teoria de direitos naturais, sob a influência de doutrinas jusnaturalistas.

Na configuração de ampla teoria dos direitos naturais se observa um importante papel de teólogos e juristas espanhóis do século XVI (Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suarez e Gabriel Vázquez) que lutaram pelo reconhecimento dos direitos naturais como expressão da liberdade e dignidade de todos os homens, além de influenciarem o humanismo racionalista de Hugo Grócio com a razão como fundamento último do Direito, afirmando sua validade universal, comum a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas.

Ferrajoli parte da premissa de que os direitos fundamentais são o conteúdo do pacto constituinte e assim reconhece a Hobbes, teórico do absolutismo, a invenção do seu paradigma.³

Esse paradigma é aquele expresso pelo direito fundamental à vida como direito inviolável de todos, de cuja tutela depende a justificação da superação do *bellum omnium* do

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 38.

² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005. p. 30.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 39.

Estado de natureza e a construção do grande leviatã, chamado um Estado (em latim *civitas*) para a proteção e defesa do homem.⁴

Nasce com Hobbes a configuração do Estado como esfera pública instituída para a garantia da paz e, juntamente, dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estão ligados à liberdade e a ideia de liberdade vai imantar a dos direitos fundamentais, John Locke observa que os homens como titulares da liberdade e no gozo de todos os direitos e privilégios da lei natural, em igualdade de condições com os outros homens podem preservar sua propriedade, assim sua vida, liberdade e bens.⁵

Posteriormente Rousseau fez a formulação mais célebre da teoria do contrato social, para justificar por ela toda forma de poder no livre consentimento dos membros da sociedade.⁶

O consentimento se expressa na vontade geral, através da qual concorre cada cidadão em condição de igualdade, para estabelecer o fundamento da lei entendida como um instrumento que garanta e limite a liberdade.

A teoria de Kant seria a fase de conclusão da primeira fase da história dos direitos do homem, assim Kant vai afirmar que o homem natural tem o único direito que é o direito de liberdade. Liberdade esta entendida como independência em face de constrangimentos impostos pela vontade de outros.⁷

Kant define a liberdade jurídica como a faculdade de só obedecer a leis exteriores as quais se pode dar o assentimento.⁸

Desta forma, todos os direitos naturais estariam culminados no direito de liberdade, a conclusão desta fase vai chegar ao auge nas Declarações de Direito enunciadas pelos detentores do poder de governo e já não mais por filósofos.

O termo “direitos fundamentais”, *droits fondamentaux*, aparece na França por volta do ano de 1770 no marco do movimento político e cultural que conduziu a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789.⁹

⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo, Martin Claret, 2009. p. 17.

⁵ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 402-403.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2010. p. 33.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 68.

⁸ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2010. p. 25.

⁹ Anteriormente a estas declarações na Inglaterra da Idade média, se encontra o principal documento quando se estuda a evolução dos direitos humanos, é a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado entre o Rei João Sem-Terra e os bispos e barões ingleses em 1215, apesar de garantir aos nobres alguns privilégios feudais, também serviu como referência para alguns direitos e liberdade civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. A respeito deste e outros documentos anteriores à transição dos

Os documentos americanos exerceram influência na declaração de 1789, há reciprocidade na influência entre uma declaração de direito sobre a outra.¹⁰

Com estas declarações de direitos se vê o corte histórico no processo que desenvolveu a história de direitos fundamentais, afirma-se uma separação absoluta entre duas épocas, uma anterior ao *Virginia Bill of Rights* de 1776 e à *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, que se caracterizaria por uma relativa ignorância em relação à ideia dos direitos do homem e outra época após esses documentos, que está marcada essencialmente pela constitucionalização ou a positivação nas cartas dos direitos do homem nos documentos constitucionais.¹¹

Acontece que os conteúdos destes direitos fundamentais incluíam os direitos particulares de cidadania e também os direitos humanos, assim não ficavam restritos apenas à cidadania.

E Marcelo Neves informa que: “passou a ser proposta, então, uma distinção entre direitos fundamentais constitucionalmente garantidos pelos Estados e direitos humanos protegidos internacionalmente, estes afirmados inclusive contra os Estados.”¹²

Os direitos humanos são aqueles inerentes a própria condição humana, sem relação com determinadas particularidades de indivíduos ou grupos, assim o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais vai ocorrer realmente após a elaboração dos documentos *Virginia Bill of Rights* e *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* quando se dá a positivação dos direitos humanos nas cartas constitucionais.

Os direitos humanos em si têm um caráter de historicidade, há uma inadequação na tentativa de se estabelecer qualquer sentido de absolutização na definição dos mesmos, não há definição absoluta separada da história, quando se trata deles há sempre uma transformação ocorrendo.

Sobre a limitação inicial para a tutela do direito à vida vai discorrer Ferrajoli que se ampliaram a outros direito também afirmados como fundamentais:

Se extendieron históricamente, apliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales: a los derechos civiles y de libertad, por obra del pensamiento ilustrado y de las revoluciones liberales de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos y las constituciones decimonónicas; después, a los derechos políticos, con la progresiva ampliación del

direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, A. E. PÉREZ LUÑO, **Los derechos fundamentales**, p. 31-38.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 44.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 350.

¹² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 250.

sufrágio y de la capacidad política; más tarde, al derecho de huelga y los derechos sociales, en las constituciones de este siglo, hasta los nuevos derechos, a la paz, al médio ambiente y a la información hoy objeto de reivindicación pero todavía no constitucionalizados. Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regia y regiría em sua ausência¹³.

Como ensina José Luis Bolzan de Moraes¹⁴ há uma transformação que se percebe nos direitos humanos desde a sua formulação (séc XVIII); vê-se neste percurso a transposição dos direitos de primeira geração ou dimensão¹⁵ (que seriam de liberdade) - liberdades negativas, oposição à atuação estatal; para os de segunda dimensão (que seriam os direitos sociais, culturais e econômicos), vinculados com a positividade de tal ação e preocupados com a questão da igualdade, pretensão a uma atuação corretiva por parte dos Estados.

Posteriormente, os de terceira dimensão que se afastam consideravelmente dos anteriores por incorporar um conteúdo de universalidade não como projeção, mas como compactuação, comunhão, como direitos de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio-ambiente saudável, à comunicação.

Ainda se fala de uma quarta dimensão de direitos que incorporariam novas realidades, tais como aquelas afetas às consequências, ex. da pesquisa genética.

Existe uma realidade mutante na passagem das liberdades/garantias para os poderes/prestações por parte do Estado, e agora para solidariedades, mas sem que uma nova dimensão imponha o desaparecimento, ou mesmo o enfraquecimento, da anterior, cada uma das gerações dirige-se para circunstâncias que lhes são próprias, embora sempre haja um intercâmbio.

¹³ Estenderam-se historicamente, ampliando-se a outros direitos que em distintas ocasiões foram afirmando-se como fundamentais: aos direitos civis e de liberdade, através do pensamento ilustrado e das revoluções liberais das quais nasceram as primeiras declarações de direitos e as constituições do século dezanove; depois, aos direitos políticos, com a progressiva ampliação do sufrágio e da capacidade política; mais tarde, ao direito de folga e aos direitos sociais, nas constituições deste século, até os novos direitos, à paz, ao meio ambiente e à informação hoje objeto de reivindicação, mas ainda não constitucionalizados. Os direitos fundamentais se afirmam sempre como leis dos mais débeis em alternativa à lei do mais forte que regia e regeria na sua ausência. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 39.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **GLOBALIZAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO. Notas para reflexão!** Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v39n2/art03_bolzan.pdf>. Acesso em: 20.11.2010.

¹⁵ Com relação às expressões “geração” e “dimensão” de direitos fundamentais entende-se melhor adotar a dimensão uma vez que, como informa Ingo o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, uma dimensão complementa a outra, e não se alternam, assim a expressão “geração” poderia ensejar a falsa percepção de substituição gradativa, razão pela qual seria mais acertado uso do termo “dimensão”. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 45.

Para reconhecer a obrigatoriedade dos direitos no meio social surgiu a distinção elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Gruendrechte).¹⁶

Afirma-se que devido à influência tardia da Alemanha com o constitucionalismo, a expressão “direitos fundamentais” passou a ser usada para se referir aos direitos que se encontravam positivados e garantidos nas Constituições estatais.

Assim, nessa concepção clássica, os direitos humanos seriam gêneros globais, enquanto que os direitos fundamentais seriam espécies daqueles, uma vez que direitos fundamentais só seriam aqueles positivados nas Constituições de determinados países.

Há a visão de que os direitos dos homens e os direitos fundamentais normalmente são utilizados como sinônimos, porém que poderia haver a distinção na medida em que se afirmam os direitos do homem como direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, através de uma dimensão jusnaturalista-universalista, e os direitos fundamentais sendo aqueles direitos dos homens instituídos juridicamente nas Cartas Constitucionais e garantidos, assim limitados no espaço e temporalmente.

E afirma Canotilho que “Os direitos do homem arrancariam da própria natureza e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”¹⁷

Nesta concepção os direitos deveriam ter a dimensão de *fundamental Rights*, como normas constitucionais, no topo das fontes de direito, de modo que sem esta positivação os direitos dos homens seriam apenas esperanças, aspirações ideais, impulsos e até mesmo mera retórica política, mas devem ser direitos protegidos sob forma de normas constitucionais (*Grundrechtsnormen*).¹⁸

O sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos é princípio do Estado Democrático de Direito¹⁹, seja como um Estado de distância, autonomia do homem perante o poder público, seja como Estado antropologicamente amigo, pois respeitaria a dignidade humana e se empenharia na defesa de liberdades, justiça e solidariedade.²⁰

Ainda se discorre a respeito dos direitos humanos e direitos fundamentais que seus conteúdos praticamente coincidiriam e a diferença residiria nas pretensões de suas validades.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 359.

¹⁸ Id. Ibid. p. 347.

¹⁹ O Estado Democrático de Direito tem o seu berço no constitucionalismo após o segundo pós-guerra.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 99.

Os direitos fundamentais seriam aqueles que valessem apenas em uma ordem constitucional determinada, enquanto os direitos humanos valeriam para o sistema jurídico mundial em níveis múltiplos, em qualquer ordem jurídica que faz parte da sociedade mundial e não somente na ordem jurídica internacional.²¹

Da mesma forma Antonio-Enrique Pérez Luño arrazoa que apesar dos equívocos em confundir direitos humanos e direitos fundamentais se deve tomar como um critério distintivo o diferente grau de concreção positiva das duas categorias de direito.²²

Assim os direitos humanos costumam ser um conjunto de faculdade e instituições, que dependendo de cada momento histórico, reúnem as exigências de dignidade, de liberdade e de igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente por ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Mas, a noção de direitos fundamentais deve fazer alusão àqueles direitos humanos com garantias no ordenamento jurídico positivo, na maioria das vezes em seus textos constitucionais e assim gozando de uma tutela reforçada.²³

Desta forma, os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, já que para Pérez Luño os direitos fundamentais apenas descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídicas, institucionalmente reconhecidas e garantidas pelo Direito positivo.

Assim, trata-se de direitos limitados espacial e temporalmente, “(...) *cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho.*”²⁴

Já por outro lado Ricardo Lobo Torres²⁵ informa que nada desaconselha que a expressão dos direitos humanos seja tomada como sinônimo de direitos fundamentais e de direitos de liberdade que acabam por lhes servir de fonte de legitimação inclusive quanto ao aspecto da necessidade de uma proteção positiva mínima do Estado.

Porém não são estas as concepções de direitos fundamentais que se defenderá, tratar-se-á de uma definição formal de direitos fundamentais, trazida por Ferrajoli, definição esta que se abordará especificamente no item 2.4.

²¹ NEVES, Marcelo. Op cit. p. 253.

²² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Op. Cit. p. 46.

²³ Id. Ibid. p. 46.

²⁴ Id. Ibid. p. 47.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Direitos Fundamentais**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 243.

2.2 ESTADO E DIREITO: DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO AO ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO-NAÇÃO

No mesmo período que teve início a formulação dos direitos humanos, século XVIII, os elementos constitutivos de Estado moderno foram se firmando como território, povo e poder.

Com isso, afirma-se que a definição foi se concretizando na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, assim o modelo adotado pelo liberalismo clássico, onde a autoridade pública era incumbida apenas de manter a paz e a segurança, pois se encontrava limitada pelos impedimentos próprios às liberdades negativas, passou por transformações. A partir do século XIX, notou-se a mudança de conteúdo e rumo do Estado Liberal, quando este passa a assumir liberdades positivas, ou seja, tarefas e prestações públicas.²⁶

O conceito de doutrina jurídica do Estado estaria subordinado ao conceito de direito público; o direito público sendo aquele que estabelece relações entre uma comunidade dotada de poder de autoridade e pessoas que são iguais ou a ela estão subordinadas. O poder do Estado não poderia ser ilimitado, mas sim, um poder de direito exercido dentro de limites jurídicos todos os atos do Estado assim estariam submetidos a uma avaliação jurídica.²⁷

De relevante importância foi a contribuição da doutrina alemã no século XIX, destacando-se George Jellinek que em sua obra *Teoría General del Estado*, no ano de 1900, elencou a situação jurídica dos elementos do Estado dividindo-os em três: território, povo e o poder do Estado.

É, portanto, no pensamento jurídico do século XIX que é atribuído um caráter científico à imagem do Estado soberano, assumindo-o como fundamento da nova ciência do direito público, constrói-se a figura jurídica e não mais simplesmente política do Estado-pessoa “como sujeito originário, que funda mas não é fundado, titular de soberania em lugar do *principis* ou do povo”²⁸.

Foi uma maneira de neutralizar e naturalizar o Estado, atribuindo caráter científico-jurídico às disciplinas juspublicistas e ainda dando uma redefinida imagem ao Estado, e também à nascente doutrina do direito público, confiando a ele a função de unificação nacional e de reforço às identidades nacionais e reconhecendo o Estado como única fonte de direito, derivando disto duas consequências: a configuração dos direitos fundamentais não

²⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. p. 65.

²⁷ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. México: FCE, 2000. p. 359-362.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. p. 30.

mais como limites externos, mas como “autolimitações” da soberania do Estado e a elaboração da doutrina organicista, até hoje presente em manuais de direito público, através da qual não somente a soberania, mas também o povo e o território são considerados elementos constitutivos do Estado.²⁹

Cumprido ressaltar que se trata de uma concepção clássica que na atualidade está sendo revisitada, em decorrência dos processos de globalização, integração entre os países, entre outros, que serão abordados no capítulo 3 do presente estudo.

Assim, abordar-se-á, primeiramente a visão de Jellinek, discorrendo sobre cada um dos elementos e conceitos tradicionais que em seu contexto, fazem parte do Estado, muitos deles até hoje utilizados, porém em processo de revisão, enquanto o Estado vem assumindo novas posições.

Para Jellinek, o território do Estado poderia ser compreendido pela terra onde se levanta a comunidade, de um ponto de vista jurídico significa o espaço em que o poder do Estado pode desenvolver a sua atividade, ou seja, o poder público. Assim, se proibiria a qualquer outro poder que não submetido ao Estado exercer funções de autoridade em seu território, se carente de autorização pelo mesmo e as pessoas que se encontrem no território ficam submetidas ao poder do Estado³⁰.

A necessidade de um território determinado foi reconhecida pela primeira vez no Estado moderno, a antiga doutrina do Estado conceituava este como sendo uma comunidade de cidadãos cuja identidade não estaria unida necessariamente à residência destes, nenhuma definição de Estado da antiguidade tratava do território, observou-se a introdução do território nas definições do Estado a partir do século XVIII.

Da concepção de que o território é parte do Estado se tem, por consequência, que os homens que vivem em um território são membros deste Estado, toda a atividade e evolução do Estado ocorrem dentro do espaço determinado de território. A extensão determinada do Estado assinala o limite em que a sua soberania atua com exclusivismo, em um mesmo território apenas pode existir um Estado e nesta propriedade do Estado descansa a sua impenetrabilidade.³¹

O território também é fundamento para que o Estado possa implantar a sua autoridade sobre todos os homens que vivam nele. O domínio sobre o território não é *dominium* mas sim *imperium*, assim afirma Jellinek que o *imperium* significa poder de mando

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. p. 31.

³⁰ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. p. 368.

³¹ Id. Ibid. p. 369.

e é ele que dá qualificação às relações do Estado com o seu território; é um poder exercido sobre os homens, sendo através destes que o Estado tem o poder sobre o território.³² Esta dominação sobre as pessoas concede o direito do Estado sobre o território, assim as invasões são consideradas ofensa à personalidade jurídica do Estado. Os territórios desabitados não apresentariam dificuldades, pois é o espaço em que o poder do Estado pode se manifestar, sempre que alguma pessoa estiver presente o Estado poderá exercer seu poder a qualquer tempo.

O povo como elemento do Estado é formado pela totalidade dos homens que pertencem ao Estado, existindo distinção entre o aspecto subjetivo e aspecto objetivo do povo.

O povo em seu aspecto subjetivo é ele como elemento componente do Estado, enquanto o Estado é sujeito do poder público, assim todos seus indivíduos estão unidos, enlaçados entre si, enquanto sujeitos do Estado, são membros deste; e o povo em seu aspecto objetivo é o povo como objeto da atividade do Estado, em relação de subordinação e também de coordenação. O povo como relação de subordinação se torna objeto do poder do Estado, um sujeito de dever, e o povo como relação de coordenação faz parte dos membros do Estado, como sujeito de direito.³³

O reconhecimento do indivíduo como pessoa é o fundamento das relações jurídicas, o indivíduo se torna membro do povo. O seu reconhecimento como pessoa e como membro do Estado é a base de todas as exigências público-jurídicas com que o Estado busca a segurança de todos os homens que caem dentro da esfera de ação de seu poder, a exemplo dos que vivem em seu território de forma permanente com qualidade de cidadão. O reconhecimento do vínculo jurídico, Estado – membros do povo, cria três atitudes para o Estado:

a) O indivíduo, como pessoa, estaria submetido a um poder limitado do Estado, a subordinação é indicada pelo direito, impedindo o Estado de ir além de certos limites, pois toda a exigência do Estado para com os indivíduos precisa estar fundada juridicamente, não podendo existir disposições do Estado que lesem, por exemplo, a liberdade das pessoas, assim demanda uma atitude negativa do Estado.

b) As exigências jurídicas de direito público também propõem ações positivas do Estado, sendo o Estado obrigado a agir para proteger e favorecer o indivíduo, prestando serviços positivos a este, constituem ao mesmo tempo efeitos reflexos e é a compensação que o Estado oferece ao indivíduo pelos sacrifícios que este se obriga em respeito àquele.

³² JELLINEK, Georg. Op. Cit. p. 372.

³³ Id.Ibid. p. 378-380.

c) Outra atitude decorre de que a vontade do Estado é a vontade humana, assim o Estado é obrigado a reconhecer os indivíduos que podem agir em seu interesse, os eleitores, estas exigências não propõem nem omissão e nem prestação por parte do Estado, senão que apenas o reconhecimento. O poder do Estado precisa nascer de alguma maneira, e nasce do povo, isto é, o sujeito titular deste poder tem que pertencer à comunidade popular, fazer parte de seu povo.³⁴

O poder do Estado precisa repousar sobre a convicção popular da legitimidade do mesmo, esta aprovação pode ser expressa de diferentes modos, com mais ou menos vigor, e é uma condição permanente da formação concreta do Estado, constitui uma condição permanente na formação concreta do Estado e é uma das principais funções da comunidade popular como elemento constitutivo do Estado. Os indivíduos, assim como as associações criadas dentro do Estado, são objetos do poder e da soberania do mesmo, mas há uma transmissão para a passagem de sujeito de direitos para a situação de sujeito de deveres. Existem deveres que não nascem de modo imediato do indivíduo, e sim, nascem do caráter de membros do Estado, estão fundados na participação do indivíduo no povo, estes deveres são aqueles que não dependem somente de uma prestação do Estado, são uma ação para o Estado, como o dever do serviço militar, de ser jurado, um dever de cumprir com suas obrigações em serviços públicos e esta obrigação seria uma honra, pois as pessoas também poderiam deixar de cumpri-la mediante uma pena.³⁵

Assim, o povo se encontra frente a frente ao poder e obrigado a ele, mostra-se uma unidade dos elementos do Estado. Um poder que não é obedecido não seria mais poder de autoridade, assim se espera a obediência dos submetidos ao poder, as funções do Estado se satisfazem através das prestações reais e pessoais do indivíduo e da comunidade, assim a forma e o vigor do Estado são medidos através das formas pelas quais os indivíduos obedecem e satisfazem seus deveres.

É através da união entre direitos e deveres que se enlaçam os membros de um povo; o povo não seria pensável fora do Estado, a unidade do povo do Estado ocorre graças ao mesmo, do mesmo modo que o povo não acontece fora do Estado, tampouco o território só se concebe como domínio espacial do Estado, assim com a abstenção do Estado não é possível representar o território como parte da superfície da terra desprovida de sua significação política.³⁶

³⁴ JELLINEK, Georg. Op. Cit. p. 388-391.

³⁵ Id. Ibid. p. 393.

³⁶ Id. Ibid. p. 394.

Os elementos do Estado desta forma se condicionam mutuamente, só seria possível pensar a sua separação de uma maneira hipotética, pois cada um é pressuposto de existência do outro.

O elemento poder do Estado é formado através da unidade de fins dos homens que se direciona a uma vontade que cuida dos fins comuns desta união, assim toda associação tem um poder peculiar que aparece com uma unidade distinta da de seus membros. Existem, duas espécies de poder:

a) O poder não-dominante é aquele poder simples, encontrado em todas as sociedades que não se constituem em Estado, este poder permite dar ordens aos membros de uma sociedade, porém carece de forças para por seus próprios meios obrigar as pessoas a realizarem as suas ordens, assim há falta de *imperium*. O limite desta sociedade para executar suas ordens se encontra na vontade de seus membros, até poderiam ser estabelecidas penas, mas há quem não queira se submeter ao direito e a pena, e não pode ser constringido a aceitá-la, seu poder assim é um poder que disciplina mais que não domina.

Assim se encontraria frente a um direito de mandar, mas o submetido a este poder “disciplinário” poderia a qualquer momento separar-se da sociedade, associação e assim as ordens emanadas não seriam realizadas;

b) Já o poder dominante é aquele em que se manda de um modo incondicionado e se poder exercer a coação para que se cumpram às ordens, apenas seria possível sair de um Estado para submeter-se a outro, a declaração de um membro que queira deixar o Estado não permite que este deixe de cumprir seus deveres permanentes que decorrem de sua qualidade de súdito, já que apenas com seu ato unilateral não se rompe esta relação. O poder dotado desta força é o poder de dominação e conseqüentemente o poder de Estado. A dominação é o que diferencia o poder do Estado dos demais poderes. O poder dominante é originário, manifesta-se pelo próprio direito que o Estado se atribui mediante suas leis e também é irresistível de forma que é um poder dominante, incondicional e coativo para que as suas ordens sejam cumpridas.³⁷

Visando atenuar o poder dominante do Estado em seu caráter irresistível, Jellinek afirma que o poder dominante deverá ter o caráter jurídico em um Estado plenamente desenvolvido, desta maneira haveria o condicionamento do poder às leis:

(...) en un Estado ampliamente desenvuelto o en una situación normal, há de tener el carácter de un poder jurídico. Como él no puede obrar de un modo permanente

³⁷ JELLINEK, Georg. Op. cit. p. 395-398.

*mediante ordenes particulares, sino según reglas fijas, necesita a su vez instituciones firmes para darse a si mismo seguridad. De aqui que sean precisas, como fundamento de su actividad, relaciones de voluntad, permanentes, fijas e independientes de personas individuales. Estas relaciones de voluntad, ordenadas mediante reglas fijas, son precisamente las relaciones jurídicas. En el concepto, pues, del poder del Estado está contenido ya el concepto de orden jurídico.*³⁸

Assim o conceito de Estado está ligado à noção de dominação e conseqüentemente à doutrina da soberania do Estado, através da união e indissolubilidade de seus elementos jurídicos: território, povo e poder.

Para Jellinek as intenções de eliminar o conceito de soberania do direito público são anti-históricas; a evolução dos Estados modernos está ligada ao reconhecimento da soberania. Para ele é um erro confundir a soberania de um órgão com a do Estado e sustentar o conteúdo positivo do poder do Estado para recheiar com ele um conceito negativo de soberania.³⁹

A soberania, portanto, é qualidade do poder do Estado; o poder soberano do Estado é aquele que não reconhece nenhum outro superior a si, é um poder supremo e independente. A soberania é um conceito jurídico, o poder soberano não está situado sobre o direito, é essencial ao Estado possuir uma ordem jurídica, com a qual se nega, portanto, a doutrina do poder absoluto e ilimitado do Estado. O Estado ao promulgar uma lei, não a obriga apenas aos indivíduos, mas também fica obrigada juridicamente a própria atividade do Estado ao cumprimento desta norma, assim expõe o doutrinador:

En el concepto de la autoobligación del Estado no existe contradicción, como no existe en el de la autonomia moral. La autoobligatoriedad es exigida por las convicciones jurídicas dominantes, con la cual, junto al carácter subjetivo de todo criterio acerca del derecho, existe también el carácter jurídico de la obligación que el Estado se impone a si mismo.

*Solo sobre la base de este conocimiento se hace posible desterrar del concepto de la soberania la errônea concepción de su carácter ilimitable y transformarlo en un concepto jurídico que corresponda a nuestras actuales concepciones del derecho.*⁴⁰

³⁸“(…) em um Estado amplamente desenvolvido ou em uma situação normal, tem de ter o caráter de um poder jurídico. Como ele não pode trabalhar permanentemente através de ordem particulares, senão através de regras fixas, precisa por sua vez instituições firmes para dar a si mesmo segurança. Instituições que sejam precisas, como fundamento da sua atividade, relações de vontade, permanentes, fixas e independentes de pessoas individuais. Estas relações de vontade, ordenadas através de regras fixas, são precisamente as relações jurídicas. Assim, no conceito do poder do Estado está contido já o conceito de ordem jurídica”. (tradução própria). JELLINEK, Georg. Op. cit. p. 399.

³⁹ Id. Ibid. p. 432.

⁴⁰ “No conceito da auto-obrigação do Estado não existe contradição, como não existe na da autonomia moral. A auto-obrigatoriedade é exigida pelas convicções jurídicas dominantes, com a qual, junto ao caráter subjetivo de todo critério a respeito do direito, existe também o caráter jurídico da obrigação que o Estado impõe a si mesmo. Apenas sobre a base deste conhecimento se faz possível retirar do conceito da soberania a errônea concepção de seu caráter ilimitável e transformá-lo em um conceito jurídico que corresponda às nossas atuais concepções de direito”. (tradução própria). Id. Ibid. p. 437.

Soberania assim não indica ilimitabilidade, mas sim, a faculdade de determinar-se por si mesmo, assim a soberania é a propriedade de poder de um Estado em virtude da qual corresponde, exclusivamente, a ele a capacidade de se determinar juridicamente e obrigar a si mesmo.

Afirma-se que a soberania não é uma categoria absoluta, mas sim histórica, pois Estados de outros tempos que eram considerados soberanos, não tiveram realmente este caráter de soberano, pois a Igreja constituía um poder superior ao Estado, ela instituía e destituía os reis e sem observar os limites dos Estados exercitava seu direito valendo-se de tribunais próprios.⁴¹

A nota essencial de um Estado é a existência de um poder dele mesmo, e este poder não deriva de nenhum outro, pois procede de si mesmo e segundo seu próprio direito. A soberania é a capacidade para se determinar de um modo autônomo juridicamente, o Estado soberano é o único que pode, dentro das limitações jurídicas que colocou a si mesmo, ordenar de maneira absolutamente livre o campo de sua atividade.⁴²

Cada órgão do Estado representa, dentro de seus limites, o seu poder. Assim, é possível falar de uma divisão de competência, mas não de divisão de poder. Como para Jellinek todo direito emana do Estado, o Estado se coloca, por isso mesmo, fora do direito, a soberania reside neste poder do Estado.

Atualmente a concepção é de que a Soberania estaria no povo, porém Ferrajoli crítica esta posição uma vez que apesar das constituições continuarem a se manifestar sobre a “soberania popular”, isto não passaria de simples homenagem ao caráter democrático-representativo dos atuais Estado; “A soberania pertence ao povo” e “Todo o poder emana do povo (...)” das constituições italiana e brasileira, respectivamente em seus artigos 1º, estão limitadas a exercer nos limites ou termos da Constituição, assim nem o povo seria soberano no antigo sentido de *superiorem non recognoscens* ou de *legibus solutus* e nem a maioria o é soberana, pois há como traço característico do Estado democrático de direito o da garantia de direitos de todos – inclusive contra a maioria.⁴³

Estas concepções, dos elementos do Estado e da soberania, há muito tempo adotadas agora se encontram prejudicadas, pois o que se observa na atualidade através dos fenômenos de globalização e de quebra de fronteiras, contratos sociais internacionais, os territórios já não são mais os mesmos, tampouco o povo, pois a locomoção e migração estão facilitadas, assim

⁴¹ JELLINEK, Georg. Op. cit. p. 442.

⁴² Id. Ibid. p. 449.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33.

como o poder do Estado “soberano” também está prejudicado através das grandes empresas, pela capacidade que o lucro destas tem de gerar influências na economia de mercado dos países e ainda diminuído em razão dos organismos transnacionais.

A globalização econômica torna o Estado nacional desajeitado para o desempenho de suas tarefas atuais, ela exige reformas estruturais que parecem enfraquecer o Estado, há a descentralização, criação de agências regulatórias, privatizações, mas a globalização econômica também exige Estados maiores para fazer frente aos desafios de se adequar à economia mundial, daí o crescente recurso e movimentação para os blocos econômicos e fóruns internacionais.⁴⁴

Assim, se questionaria se a soberania ainda seria útil para reconhecer o poder do Estado, já não serve mais a visão de que o poder do Estado corresponde a uma quantia certa que não pode sofrer contraste ou restrição, o poder do Estado atualmente é exercido com limitações, pois existem atualmente outras ordens de direito interno e direito externo, a soberania assim não pode mais ser vista como era.

A resposta para o que seria a soberania hoje já não poderia se basear cegamente nas respostas clássicas, nenhum jurista mais aposta nelas, devido a globalização econômica o sistema social perde o centro e suas vértices.⁴⁵

Em um Estado de direito dissolve-se a ideia de soberania como poder livres das leis e que não reconheceria superior algum, pois neste Estado se todos se submetem à lei e todos os poderes são subordinados ao direito, a Carta da ONU de 1945 e a Declaração dos direitos do homem de 1948 reforçariam essa imagem, pois a soberania já é contrariada por estas cartas constitucionais internacionais.⁴⁶

Na primeira metade do século XX há a trágica falência da soberania externa, logo após alcançar seu máximo fulgor, após os dois conflitos mundiais (1914-1945) assinalando assim o suicídio da soberania⁴⁷, o fim da soberania se sanciona com a Carta da ONU, e sucessivamente pela Declaração universal dos direitos do homem, assim há a transformação, no plano normativo, da ordem jurídica do mundo conduzindo-o do Estado de natureza ao

⁴⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Apresentação. In: FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. IX.

⁴⁵ Id. Ibid. p. VIII-IX.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. p. 03.

⁴⁷ Suicídio que decorreu da vocação expansionista e destrutiva que animam o paradigma da soberania estatal, a razão do Estado como razão de potência, alimentado na Europa com seus nacionalismos agressivos e expansionistas, desprezando os povos incivis ou naturais do restante do mundo, que ainda não chegaram à maturidade do Estado, inicialmente colonizando-os e posteriormente exportando a todo o mundo a ideia de Estado e nação, sujeitando e homologando povos e culturas (Id. Ibid. p. 37-38).

Estado civil, assim a soberania do Estado se subordina ao imperativo da paz e aos direitos do homem.

Afirma-se assim que a soberania além de perder sua dimensão interna, pelo surgimento do Estado Constitucional de Direito, também se dissolve em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais que é um direito vinculador dos Estados-membros, além do que neste novo ordenamento são membros além dos Estados também os indivíduos e os povos, os indivíduos sendo titulares de seus direitos humanos conferidos pela Declaração de 1948, podendo inclusive utilizar-se de recurso contra o próprio Estado, após a Carta da ONU, perante uma jurisdição internacional.

Certamente, no plano jurídico, não obstante o artigo 2 da Carta da ONU, o princípio da paz é um princípio imperativo, que faz da “soberania” dos Estados, se quisermos usar esta palavra ainda em homenagem à letra da lei, uma soberania limitada; e os direitos fundamentais, depois da Declaração de 1948 e dos Pactos de 1966, não mais se encontram entre aqueles que o artigo 2, inciso 7, chama de “questões que pertencem à competência interna de cada Estado”, mas são direitos supra-estatais, cuja tutela deveria ser garantida jurisdicionalmente em nível internacional justamente contra os Estados. (...) mas com os princípios positivos do novo direito internacional, enquanto a ausência de garantias idôneas contra tais violações por obra dos Estados é, por sua vez, configurável como uma lacuna indevida que deve ser preenchida.⁴⁸

Esta nova realidade observada na atualidade, que além do sistema de normas internacionais, corresponde à unificação dos países, assim a soberania dos Estados também se esvai graças à transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais (a Comunidade Europeia, a OTAN, a ONU e demais organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares)⁴⁹ sofre perda pela unificação.

Tem-se na região de Foz do Iguaçu o MERCOSUL que ainda em estágio inicial não tem as mesmas características do caso da Europa, mas ruma com intenção a ela, na Europa o que se visualiza é realmente uma União, na União Europeia o fenômeno federativo é muito marcante.

Este tipo de perda de soberania significa a privação da soberania dos Estados-membros, a União Europeia passa a ter a feição de uma fusão de Estados dentro do esquema federativo, não havendo barreiras territoriais entre seus membros, o povo passa a pertencer a União Europeia. Sendo assim, os Estados membros são privados de sua soberania e quem passaria a exercer os poderes seria a Federação Europeia, nesta altura, os Estados se encontram unificados formando o povo do recente Estado europeu.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. p. 42-43.

⁴⁹ Id. Ibid. p. 48.

Como arrazoa Ferrajoli:

(...) Falar em “Estados soberanos”, se já não é aceito no plano da teoria do direito, também não o é no plano da teoria política. De fato, o que entrou irreversivelmente em crise, bem antes do atributo da soberania, é precisamente seu sujeito: o Estado nacional unitário e independente, cuja identidade, colocação e função precisam ser repensadas à luz da atual mudança, de fato e de direito, das relações internacionais.⁵⁰

A arbitrariedade das fronteiras em países “soberanos” é causa de conflitos entre nações, a ideia de nação e nacionalidade, invenção ocidental, serviu no século XIX como embasamento natural aos Estados europeus para legitimar a sua soberania como “nacional” e/ou “popular”. Hoje as mesmas ideias se voltam contra os Estados “concebidos e legitimados como instrumentos de pacificação interna e de unificação nacional, eles, enfim, revelam ser não apenas as principais ameaças à paz externa, como também fonte de perigo para a paz interna e fatores permanentes de desagregação e conflito”⁵¹.

Há uma integração do mundo e os valores atuais que tendem a ser realizados observando-se as atuais condições econômicas, ambientais, tecnológicas, políticas e culturais do mundo em que se vive.

Assim necessária a superação da própria forma do Estado nacional e uma reconstrução do direito internacional⁵², não baseado na soberania dos Estados, mas na autonomia dos povos, a instauração de garantias idôneas que tornem efetivo os direitos fundamentais.

Sobre a modificação e necessária releitura do instituto da cidadania-nacionalidade serão abordadas especificamente no capítulo 3 do presente estudo.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DEMOCRACIA: O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

No Estado Constitucional de Direito se observou a introdução dos direitos fundamentais nas constituições, visto que a Constituição passa a ser norma que orienta o Estado e o Direito em relação à sociedade.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. p. 45.

⁵¹ Id. Ibid. p. 50.

⁵² Id. Ibid. p. 52.

Uma Constituição poderia ser muito avançada através dos princípios e direitos que traz, mas por outro lado, também não cumpriria seu papel se lhe faltassem técnicas coercitivas (garantias) que permitissem o controle e neutralização do poder e do direito ilegítimo.⁵³

As práticas normativas e administrativas devem estar de acordo com este Estado Constitucional de Direito, assim através da teoria do garantismo se poderia encontrar um meio para corrigir as distorções das crises atuais do modelo de Estado contemporâneo.

O Estado Legal de Direito passa por algumas mutações até chegar ao seu perfil contemporâneo que o torna um poder limitado pelo Direito, esse limite se dá através dos direitos fundamentais, que foram formulados como direitos naturais na aurora da modernidade, e posteriormente incorporados nas Constituições a partir do século XVIII.⁵⁴

Desta forma, para que ocorra a legitimidade de um Estado de Direito deve existir o respeito aos direitos fundamentais das pessoas.

Ferrajoli destaca que a ciência jurídica é, no paradigma do Estado Constitucional, uma espécie de meta-garantia, pois não tem uma função meramente contemplativa do seu objeto de estudo, mas também contribui a criá-lo.⁵⁵

Na medida em que o paradigma constitucional assume uma série de direitos e princípios que vinculam os poderes públicos e privados, toda teoria jurídica acabaria por incluir também uma política do direito.⁵⁶

Por isso, sua teoria viria animada por uma pretensão explicativa e descritiva, mas também por uma dimensão crítica ou prescritiva que atrai ao campo do direito positivo questões que no paradigma simplesmente legalista, mas não constitucional, ficariam relegadas ao âmbito externo ou político.

Contrapor a democracia e o constitucionalismo seria um perigoso reducionismo, uma vez que o Estado Constitucional só veio a existir por um processo político constitucionalmente regulado, a democracia.⁵⁷

Assim o Estado Constitucional só é possível por meio do processo político da democracia, um processo instituído constitucionalmente. Deve haver a tutela dos direitos fundamentais, que são os alicerces da existência do Estado e do direito, que os justificam, e são estes direitos fundamentais que propiciam a base substancial da democracia.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 852.

⁵⁴ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista**. Campinas: Millenium, 2006. p. X.

⁵⁵ CARBONELL, Miguel. **Luigi Ferrajoli Teórico Del derecho y de La democracia**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 21.

⁵⁶ CABO, Antonio de; PISARELLO, Geraldo. **Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 12.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. p. 98-99.

Arzaa-se assim que “a democracia é entendida pelo garantismo como o Estado de Direito, munido tanto de garantias liberais quanto de garantias sociais”.⁵⁸

O Estado de Direito estará composto pelo governo *per leges* e governo *sub lege*, o governo *per lege* através de leis gerais e abstratas e o *sub lege* que seria o governo submetido às leis.

No Estado de Direito, além do governo *per lege*, se tem o governo *sub lege*, submetido às leis, em seu sentido forte, estrito ou substancial, que sustenta que qualquer poder pode ser limitado pela lei, condicionando não apenas suas formas, mas também seus conteúdos, neste sentido são os Estados Constitucionais: “(...) *que en los niveles normativos superiores incorporan limites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.*”⁵⁹

O Estado de Direito utilizado desta forma é sinônimo de garantismo, de maneira que não seria apenas um Estado legal ou regulado pelas leis, seria um modelo de Estado que nasceu com as modernas Constituições e caracterizado no plano formal pelo princípio da legalidade.

Assim, todo poder público está subordinado a leis gerais e abstratas e no plano substancial todos os poderes do Estado estão a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa na Constituição das proibições de lesionar os direitos de liberdade e das obrigações de satisfazer os direitos sociais, assim como os poderes dos cidadãos de ativar a tutela jurisdicional.

Desta forma se afirma que a primeira regra de qualquer pacto constitucional a respeito da convivência civil não é a de que se deve decidir nem sobre tudo, nem mesmo por maioria, nenhuma maioria poderia decidir a supressão ou não decidir pela proteção de uma minoria ou de apenas um cidadão.⁶⁰

É neste aspecto que o Estado de Direito, como um sistema de limites substanciais aos poderes públicos em garantia dos direitos fundamentais, que se diferencia do Estado absoluto.

Ferrajoli arzaa ainda que “*incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitário si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado*”⁶¹.

⁵⁸ CADEMARTORI, Sergio. Op cit. p. XII.

⁵⁹ “(...) que nos níveis normativos superiores incorporam limites não apenas formais mas também substanciais ao exercício de qualquer poder”. (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. p. 856.

⁶⁰ Id. Ibid. p. 859.

⁶¹ Id. Ibid. p. 859.

Assim, a garantia de todos os direitos vitais é fundamental para uma convivência pacífica, de maneira que nem a democracia e nem mesmo o poder do povo podem ser ilimitados, pois se o fossem este regime se tornaria absoluto e totalitário.

A grande inovação do Estado de Direito, assim, foi a positivação dos direitos naturais na Constituição, passando a ser direitos invioláveis, trocando a estrutura do Estado, que passa de poder absoluto a um poder limitado e condicionado.

Desta maneira, sobre o contrato social traduzido em pacto constitucional:

*El llamado contrato social, una vez traducido a pacto constitucional, deja de ser una hipótesis filosófico-política para convertirse en un conjunto de normas positivas que obligan entre sé al Estado y al ciudadano, haciendo de ellos dos sujetos con soberanía recíprocamente limitada.*⁶²

E é esta a transformação de Estado absoluto em Estado de Direito, e o sujeito como cidadão com direito constitucionais frente ao Estado e ao mesmo tempo vinculado a ele, as normas assim obrigam tanto Estado quanto cidadão, ambos limitados.

A configuração dos direitos fundamentais como “elementos orgânicos do Estado” e como “efeitos reflexos” do poder estatal, na esfera da posição de Gerber e da doutrina de direitos públicos elaborada pela juspublicística alemã e italiana do século XIX, representa uma mudança do significado dos direitos fundamentais e exprimiria uma profunda incompreensão do constitucionalismo e do modelo do Estado Constitucional de Direito.⁶³

Os direitos fundamentais existem como direito positivo estabelecido nas Constituições e são direitos em direção, se necessário, contra o Estado, contra os poderes públicos sejam eles democráticos ou de maioria.

O constitucionalismo desenvolve sua história com base nesse alargamento da esfera pública dos direitos, com os direitos fundamentais se afirmando sempre como as leis dos mais débeis.

Esta história do constitucionalismo e do alargamento destes direitos não seria teórica, mas sim social e política, todos estes direitos foram conquistados, como por exemplo: as revoluções americana e francesa, as lutas operárias, feministas, pacifistas e ecológicas. Com o desenvolver dessa história também se vê uma extensão, mesmo que embrionária, do paradigma do constitucionalismo internacional.

⁶² “O chamado contrato social, uma vez traduzido a pacto constitucional, deixa de ser uma hipótese filosófica-política para converter-se em um conjunto de normas positivas que obrigam ao estado e ao cidadão, fazendo deles dois sujeitos com soberania recíprocamente limitada”. (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. p. 860.

⁶³ Id. **Derechos fundamentales**. p. 37-38.

Com a instituição da ONU e com as cartas internacionais sobre direitos humanos houve uma ruptura assim afirma Ferrajoli, “*La ruptura de esse Ancien Régime internacional nacido hace tres siglos de La paz de Westfalia fundado em el principio de La soberania absoluta de los Estados y que fue a quebrar com la tragedia de las dos guerras mundiales.*”⁶⁴

A constitucionalização dos direitos fundamentais, através de Constituições rígidas produziu um transformação paradigmática no direito positivo em comparação ao clássico paleopositivismo jurídico.⁶⁵

As teses, que o doutrinador desenvolve, consistem em conceber o constitucionalismo como novo paradigma fruto desta alteração, o constitucionalismo veio a configurar-se no século XX nos ordenamentos estatais democráticos com a generalização das Constituições rígidas e no direito internacional com a sujeição dos Estados às convenções sobre direitos humanos.

No positivismo jurídico clássico o postulado principal é o princípio de legalidade formal, ou da mera legalidade, consoante em uma metanorma de reconhecimento das normas vigentes.

De acordo com este positivismo clássico, determinada norma jurídica existe e é válida observada apenas sua forma de produção, independente de seu conteúdo. Este postulado provocou uma inversão de paradigmas no que diz respeito ao direito pré-moderno: a separação entre direito e moral, ou mesmo entre validade e justiça, por força do caráter inteiramente artificial e convencional do direito existente. Assim a juridicidade da norma depende apenas do fato de ser produzida pela autoridade competente e na forma prevista.⁶⁶

O constitucionalismo resultante da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação, é uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico.

Nota-se que a primeira revolução ocorreu com a afirmação da onipotência do legislador, do princípio da mera legalidade, ou da legalidade formal, já a segunda revolução se realizou com a afirmação daquilo que Ferrajoli chama de princípio da estrita legalidade (ou da legalidade substancial): isto é, com a submissão também da lei aos vínculos não mais somente formais, mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas Constituições.

⁶⁴ “A ruptura desse *Ancien Régime* (antigo regime) internacional que nasceu há três século da paz de Westfalia fundado no princípio da soberania absoluta dos Estados e que foi a rescindir com a tragédia das duas guerras mundiais”. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos Fundamentales**. p. 40.

⁶⁵ Id. Ibid. p. 29.

⁶⁶ Id. Ibid. p. 52-53.

Assim afirma o doutrinador que:

*Y si el principio de mera legalidad había producido la separación entre de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho vigente.*⁶⁷

Já em um ordenamento em que haja uma Constituição rígida para que uma norma seja considerada válida, além de vigente, não basta que seja produzida da forma prevista e pela autoridade competente; os seus conteúdos devem respeitar os princípios e direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

Através da estipulação daquela que se chama de esfera do não decidível as condições substanciais de validade das leis fazem parte dos sistemas jurídicos.

O doutrinador afirma que essa mudança de paradigma se dá após a catástrofe da segunda guerra mundial e à derrota do nazi-fascismo.

O ambiente cultural e político no qual nasce este constitucionalismo – advém da Carta da ONU de 1945, a Declaração universal dos direitos de 1948, a Constituição italiana de 1948 e a lei fundamental da alemã de 1949, o princípio de mera legalidade ou legalidade formal é insuficiente para garantir contra os abusos da legislação e contra formas totalitárias dos supremos órgãos de decisão.

Assim, através disso se redescobre o significado de “Constituição”, como limite e vínculo aos poderes públicos, a Constituição com o conjunto de normas substanciais para garantir a divisão dos poderes e os direitos fundamentais.

Assim a mudança no paradigma do direito se deu pela constitucionalização rígida dos princípios e a legalidade:

*Merced a esto resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del ser del derecho, es decir, de su “existência” – ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente, “puesto” por el legislador – y también la de su deber ser, es decir, de sus condiciones de “validez”, asimismo positivadas com rango constitucional, como derecho sobre derecho, en forma de limites y vínculos jurídicos a la producción jurídica.*⁶⁸

⁶⁷ “E se o princípio da mera legalidade havia produzido a separação entre o da validez e da justiça e o término da presunção de justiça do direito vigente, o princípio da estricta legalidade produz a separação da validez e da vigência e o término da presunção apriorística da validez do direito vigente”. (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Derechos Fundamentales**. p. 53.

⁶⁸ “Graças a isto ficou caracterizada uma dupla artificialidade: a do *ser* do direito, quer dizer, da sua “existência” – já não derivável da moral, nem observável na natureza, mas, precisamente posto pelo legislador – e também a de seu *dever ser*, ou seja, das suas condições de “validez”, também positivadas em nível constitucional, como *direito sobre direito*, em forma de limites e vínculos jurídicos à produção jurídica”. (tradução própria). Id. Ibid. p. 54.

Assim que a legalidade positiva no Estado Constitucional de Direito mudou de natureza: não é mais somente (mera legalidade) condicionante, mas é ela mesma (estrita legalidade) condicionada por vínculos também substanciais relativos aos seus conteúdos ou significados.

Assim, a estrita legalidade, através dos vínculos de conteúdo dos direitos fundamentais, colocou uma dimensão substancial na teoria da validade como na teoria da democracia, e assim se produziu uma diferenciação entre validade e vigor das leis, entre dever-ser e ser do direito, entre legitimidade substancial e legitimidade formal dos sistemas políticos.⁶⁹ Desta feita a jurisdição deixa de ser apenas a sujeição do juiz à lei, para ser também a análise crítica de seu significado, como forma de controle da legitimidade constitucional, e a ciência jurídica deixa de ser uma simples descrição, para ser também crítica e uma projeção do seu próprio objeto.

Depende, por isso, também da cultura jurídica que os direitos sejam observados, pois estes são significados normativos, cuja percepção e aceitação social como vinculantes é a primeira e indispensável condição da sua efetividade.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

O que neste estudo se sustentará será uma definição teórica, puramente formal ou estrutural de direitos fundamentais, de acordo com Luigi Ferrajoli, o qual afirma que os direitos fundamentais são aqueles direitos que pertencem a todos universalmente, já, que o direito humano seria uma espécie de direito fundamental.

Assim, traz uma nova visão de direitos humanos na medida em que traz esta definição formal⁷⁰ de direitos fundamentais.

Desta forma a resposta que oferece a teoria do direito, de um ponto de vista teórico-jurídico, e a mais acertada do ponto de vista do doutrinador, é a de que os direitos fundamentais se identificam com os direitos que estão vinculados universalmente a todos

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos Fundamentales**. p. 55.

⁷⁰ Para ele são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de determinados status. Compreende como direito subjetivo qualquer prestação positiva, de prestação, ou negativa, de não sofrer lesão, por parte do Estado.

enquanto pessoas, ou enquanto cidadãos, ou ainda enquanto pessoas capazes de agir e, portanto seriam indisponíveis e inalienáveis.⁷¹

Ferrajoli⁷² vai afirmar que a sua definição teórica formal não se trata de uma definição dogmática, formulada com base em determinado ordenamento concreto; assim para o doutrinador os direitos fundamentais são aqueles atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas, independente de nacionalidade, ou enquanto cidadãos, ou capazes de agir.

Um ordenamento jurídico totalitário é privado de direitos fundamentais, mas isto não torna a teoria inválida, a posituação dos direitos fundamentais é condição de sua existência ou vigor, sem interferir em seu significado, ainda a posituação destes direitos não interfere em seu significado de direitos fundamentais mesmo que estes não estejam previstos em um texto constitucional, uma vez que este texto é só uma garantia a ser observada pelo legislador ordinário.

Ainda, afirmará que esta definição de direitos formais, trata-se de uma definição formal na medida em que não se observa a natureza dos interesses e as necessidades tuteladas quando se reconhece os direitos fundamentais, sua definição se baseia apenas sobre o caráter universal⁷³ da atribuição.

Como os direitos à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e similares são tutelados como universais e muitos sujeitos deles são titulares, de modo que assim são direitos fundamentais.

Aponta-se que a base da igualdade jurídica pode ser identificada mesmo com o caráter “formal” da definição, através do caráter universal dos sujeitos que são titulares desses direitos, uma vez que a garantia ocorre com os direitos sendo normativamente de todos os membros de determinada classe, estes direitos assim não são alienáveis, negociáveis, são indisponíveis e seus titulares são inalteráveis, existindo limites a todos os poderes, públicos ou privados.⁷⁴

A igualdade das pessoas humanas será delimitada de acordo com a cidadania e a capacidade de agir através das quais se fundam duas grandes divisões entre os direitos fundamentais, a divisão entre direitos de personalidade – todos – e direitos de cidadania – somente cidadãos – e a divisão entre direitos primários – todos – e direitos secundários – somente pessoas capazes de agir.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales**. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoria del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. p. 73-74.

⁷² Id. **Derechos fundamentales**. p. 20.

⁷³ Universal, no sentido lógico e avalorativo das classes de sujeitos que deles são titulares.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 21.

O doutrinador aponta que existem quatro classes de direitos que têm como parâmetros o cruzamento das distinções: os direitos humanos, os direitos públicos, os direitos civis e os direitos políticos; quanto à titularidade de cada um destes direitos discorrer-se-á no tópico 2.6.

Para Ferrajoli⁷⁵ os direitos humanos são aqueles direitos fundamentais vitais, universais, de liberdade positiva e negativa e de prestações sociais, pertencendo a todos os indivíduos apenas enquanto pessoas, sem necessidade de nacionalidade, cidadania ou capacidade de agir.

Desta forma, pode-se afirmar que o direito fundamental à saúde através de Luigi Ferrajoli, é um direito vital, e, portanto um direito humano além de fundamental, enquanto direito humano pertencente a todos enquanto pessoas.

O direito fundamental é gênero, e o direito humano, que traz dentro de si o formalismo, espécie. Os direitos humanos seriam os direitos primários de todas as pessoas, dizendo respeito a todos os seres humanos, como exemplo o direito à vida e à integridade da pessoa, a liberdade pessoal, a liberdade de consciência e de manifestação do pensamento, o direito à saúde e aquele à instrução.⁷⁶

Ferrajoli⁷⁷ vai arrazoar que a definição destes direitos fundamentais se funda em quatro teses que são essenciais a uma teoria da democracia constitucional, a primeira tese vai se referir à diferença de estrutura entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, a segunda tese vai informar que os direitos fundamentais formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica e assim a dimensão “substancial” da democracia, a terceira tese é a que vai tratar da defesa da natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais e a quarta tese seria a que se refere às relações entre os direitos e as suas garantias.

As teses que Ferrajoli aborda para explicar os direitos fundamentais são quatro, mas, em primeiro lugar, a tese da separação entre os direitos e suas garantias, tanto legais como jurisdicionais, de maneira tal que a inexistência das últimas não afetaria a existência do direito, constituindo uma autêntica lacuna no ordenamento que, em consequência, se teria que preencher.⁷⁸

Em segundo lugar, a tese da distinção estrutural entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, contrapondo-se o caráter universal e indisponível dos primeiros ao caráter singular e alienável dos segundos.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 22.

⁷⁶ Id. Ibid. p. 22.

⁷⁷ Id. Ibid. p. 25-26.

⁷⁸ CABO, Antonio de; PISARELLO, Geraldo. Op cit. p. 11.

Nos ordenamentos democráticos os direitos civis, direitos de liberdade, direitos políticos e direitos sociais são fundamentais; e são direitos universais, atribuídos a todos, e não individualmente, enquanto que os direitos patrimoniais são individuais, atribuídos singularmente a cada um, com exclusão dos demais.⁷⁹

Em terceiro lugar, a tese da identificação dos direitos fundamentais com a dimensão substancial da democracia, isto é, com o âmbito de que, em uma democracia constitucional, não poderia ser decidido, não poderia deixar-se decidir, nem por uma democracia *formal* (as maiorias políticas), nem pelo *mercado*; desta tese se tratará no item 2.6.

Finalmente a tese da não necessária coincidência entre direitos fundamentais e direitos de cidadania, enquanto os primeiros podem ser, e de fato são, por exemplo, no direito internacional, atribuído a todas as pessoas.

As teses são proposições que não estão individualizadas entre si que se integram em uma obra mais ambiciosa, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, na qual Ferrajoli pretende determinar seu projeto de uma *Teoria assiomaticizzata del diritto*, isso é, de uma teoria completamente formalizada do direito e da democracia constitucional, construída a partir de uma série vinculada de conceitos, tais como “garantia”, “norma” ou, neste caso, “direitos fundamentais”.⁸⁰

2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIA

De acordo com argumentos teóricos-jurídicos com os quais habitualmente se vincula a tese do caráter supra-estatal dos direitos humanos, os direitos escritos nas cartas internacionais não seriam direitos porque estariam desprovidos de garantias.

E ainda, que não seriam direitos os direitos sociais se estivessem desprovidos de garantias jurisdicionais. Essa tese deve sua formulação clássica a Hans Kelsen segundo quem um direito não garantido não seria, realmente um direito, mesmo com sua proclamação e mesmo em nível constitucional.⁸¹

Ocorrendo esta confusão entre direitos e garantias acabam por se desqualificar as mais importantes conquistas do constitucionalismo, do ponto de vista jurídico dos 1900: a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais,

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 331.

⁸⁰ CABO, Antonio de; PISARELLO, Geraldo. Op cit. p. 11.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 45.

quando reduzidos na ausência de garantias, a simples declarações retóricas, vagos programas políticos juridicamente irrelevantes.⁸²

A razão que faz necessária à distinção conceitual entre direito subjetivo e os deveres que correspondem às garantias sejam as chamadas garantias primárias, sejam as secundárias, está ligada a natureza positiva e nomodinâmica do direito moderno.

Ferrajoli⁸³ afirma que em sistemas nomodinâmicos de direito positivo são possíveis e também inevitáveis tanto lacunas quanto antinomias, isso resulta, através do princípio juspositivista *auctoritas non veritas facit legem*, que as teses da teoria do direito, como a definição de direito subjetivo como uma expectativa jurídica a que corresponde um dever ou uma proibição, são teses de tipo deontico ou normativo, sobre o dever-ser do direito de que se fala.

É de fato possível que em um sistema de direito positivo existam, sem dúvida, antinomias, ou seja, contradições entre normas, além da existência de critérios para a sua solução.

Ferrajoli discorre que:

*De forma análoga, es muy posible que de hecho no exista la obligación o la prohibición correlativa a um derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de los unos y del outro. En otras palabras, existan lagunas primarias, por defecto de estipulación de las obligaciones y las prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, y lagunas secundarias, por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, o sea, a aplicar las garantías secundarias.*⁸⁴

Em tais casos pode haver um direito subjetivo que esteja estipulado em normas positivas e uma lacuna para obrigá-lo, assim existe a obrigação de preenchê-la pelo legislador. O princípio de completude, ou seja, a proibição de lacunas é também, como o princípio de não-contradição, um princípio teórico normativo.

No caso dos direitos fundamentais que são imediatamente dispostos por normas “téticas” é diferente a existência das relativas garantias, primárias e secundárias, não é descontada, dependendo da sua expressa estipulação por normas de direito positivo, diversas

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 45.

⁸³ Id. Ibid. p. 46.

⁸⁴ “De forma análoga, é bem possível que, de fato, não exista a obrigação ou a proibição correlativa a um direito subjetivo e, ainda, que não exista a obrigação de aplicar a sanção em caso de violação de uns ou de outros. Em outras palavras, que existam *lacunas primárias*, por falta de estipulação das obrigações e das proibições que constituem as *garantias primárias* do direito subjetivo, e *lacunas secundárias*, pela falta de instituição dos órgãos obrigados a sancionar ou invalidar suas violações, ou seja, para aplicar as *garantias secundárias*”. (tradução própria). Id. Ibid. p. 48.

daquelas que prescrevem os direitos. Assim, por exemplo, na ausência de normas sobre a jurisdição não existiriam garantias secundárias.

Mas apenas pela falta de garantia e concorrendo as normas que dispõe os direitos, “*sería absurdo negar la existencia de éstos, em vez de, más correctamente, negar la existencia de sus garantías en ausencia de normas que las predispongan*”⁸⁵.

Assim é a estrutura nomodinâmica do direito moderno que impõe distinguir entre os direitos e suas garantias, através do princípio da legalidade como norma de reconhecimento das normas positivamente existentes.

É a estrutura nomodinâmica do direito também que implica reconhecer que os direitos existem se, e apenas se, estiveram normativamente estabelecidos, assim como as garantias instituídas pelas obrigações e proibições correspondentes existem se, e apenas se, encontrarem-se normativamente estabelecidas. Esta regra vale tanto para o estabelecido no direito estatal e no direito internacional, os direitos assim existem tanto quanto estiverem positivados.⁸⁶

Assim, a distinção entre os direitos e suas garantias tem sua relevância não apenas no nível teórico, mas também no metateórico.

No plano teórico, o nexos entre expectativas e garantias é um nexos normativo, em que pode ocorrer de existirem as primeiras sem que existam as segundas, devendo estas lacunas, por obrigação, serem preenchidas pelos poderes públicos internos e internacionais.

Já sobre a importância da distinção entre direitos e garantias no plano metateórico Ferrajoli vai afirmar que “*en el plano metateórico, la distinción desempeña un papel no meramente descriptivo sino también crítico y normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras y reparar las segundas*”.⁸⁷

Outro ponto também sobre o qual cumpre discorrer é a questão da realizabilidade concreta das garantias. Com a inserção dos direitos sociais a prestações públicas positivas nas Constituições não houve o acompanhamento da elaboração de garantias sociais ou positivas adequadas, não se elaboraram técnicas de defesa e de justiciabilidade que pudessem ser comparadas àquelas criadas pelas garantias liberais ou negativas que tutelam os direitos de liberdade.

⁸⁵ “seria absurdo negar a existência destes, em vez de, mais corretamente, negar a existência de suas garantias na ausência de normas que as predisponem”. (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 49.

⁸⁶ Id. Ibid. p. 50.

⁸⁷ “no plano metateórico, a distinção desempenha um papel não apenas descritivo, mas também crítico e normativo a respeito da legislação e da jurisdição as quais a distinção impõe completude as primeiras e a reparação das segundas.” (tradução própria). Id. Ibid. p. 50.

Ferrajoli vai discorrer sobre o Welfare State e sobre o asseguramento dos direitos humanos estipulados nas cartas internacionais:

El desarrollo del welfare state en este siglo se há producido en gran medida a través de la simples ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos. Todavía menor grado de realización han conocido las garantías em apoyo de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales, que se caracterizan por su casi total ineffectividad. Pero esto solo quiere decir que existe una divergência bismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida em cuanto fuente de legitimación no solo política sino también jurídica de nustos ordenamientos.⁸⁸

Assim no desenvolvimento do *Welfare state* não se observou a instituição de técnicas de garantia adequadas com aqueles novos direitos. Há também uma distinção entre possibilidade de realização, destas garantias, técnica e política.

Sobre o plano técnico, pode-se afirmar que a garantia dos direitos sociais, podem ser realizadas por meio de prestações gratuitas, obrigatórias e, por fim, automáticas: como a instrução pública gratuita e obrigatória, a assistência sanitária igualmente gratuita ou a renda mínima garantida. Tais direitos sociais tiveram suas formas de tutela jurisdicional ampliadas, podendo ser judicializados por diversas vias, especialmente os direitos à saúde, à previdência. Ainda se observa que os direitos sociais têm valor de princípios informadores do sistema jurídico, sempre utilizados como solução nos litígios julgados pelas cortes constitucionais.

Ferrajoli⁸⁹ arrazoa ainda que nada impediria, pelo menos através do plano técnico-jurídico, a introdução de garantias de direitos internacionais, uma delas seria a imposição e a regulação de ajudas econômicas e de intervenções humanitárias, dispostas em forma de garantias a favor dos países mais pobres.

Já a realização política dessas garantias é diversa em nível interno e, ainda mais longe e difícil, em nível internacional.

Arrazoa que se sabe que as satisfações dos direitos sociais é custosa, uma vez que se exige a retirada e redistribuição de recursos, de forma a ser incompatível com a atual lógica de mercado, quando comporta limites ao mercado.

⁸⁸ “O desenvolvimento do *welfare state* neste século produziu-se, em grande parte, através da simples ampliação dos espaços de discricionariedade dos aparatos burocráticos e não pela instituição de técnicas de garantia adequadas a natureza dos novos direitos. Ainda, menores graus de realização conheceram as garantias em apoio dos direitos humanos estabelecido nas cartas internacionais, que se caracterizam por sua quase total falta de efetividade. Mas isto quer dizer somente que existe uma divergência abissal entre norma e realidade, que deve ser preenchida ou, quando menos, reduzida enquanto fonte de legitimação não apenas política mas também jurídica, de nossos ordenamentos”. (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 50-51.

⁸⁹ Id. Ibid. p. 51.

Assim, para Ferrajoli⁹⁰, para se levar a sério os direitos humanos proclamados em nível internacional, não se observará nas classes dominantes disponibilidade em serem limitadas e vinculadas por regras e direitos informados pelo princípio da igualdade.

Desta forma, os obstáculos são de natureza política e os desafios lançados às forças democráticas, por isso também políticos, e consistem na luta pelos direitos e por suas garantias.

2.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA SUBSTANCIAL: A ESFERA DO NÃO *DECIDÍVEL*

É a democracia em sua dimensão substancial que determina a aplicação dos direitos fundamentais, não é “quem” e “como”, mas o que tem que ser garantido que são os direitos fundamentais, divididos em quatro, primeiro os de liberdades e sociais e segundo os políticos e civis.

Essa dimensão substancial da democracia é o conjunto das garantias asseguradas pelo paradigma do Estado de Direito: qual modelado às origens do Estado moderno (tutela direito de liberdade e propriedade) pode ser vinculado (depois do reconhecimento constitucional, como direitos, de expectativas vitais como a *saúde*, a instrução e a subsistência) também ao “Estado social”, que foi desenvolvido neste século sem as formas e garantias do Estado de Direito, mas somente através da mediação política e hoje também em crise.⁹¹

A conotação de substancial colocada pelos direitos fundamentais ao Estado de Direito e também à democracia constitucional corresponde à substância ou ao conteúdo das decisões e as normas que prescrevem os direitos fundamentais.⁹²

Para Ferrajoli a democracia se diferencia em formal e substancial, desta maneira se relativiza a regra de que a maioria, direta ou indireta decidiria sobre tudo no Estado.

O Estado de Direito, como resultado de garantias liberais e sociais, assume um papel como sistema de meta-regras em relação às regras da democracia política.

As garantias são as características estruturais e substanciais da democracia, elas expressam o efeito dos direitos fundamentais frente aos poderes do Estado. Na democracia do

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 52.

⁹¹ Id. Ibid. p. 25.

⁹² Id. Ibid. p. 36.

Estado de Direito a regra tradicional da maioria servirá para as decisões que não estejam limitadas substancial e democraticamente.

Em um sentido substancial a democracia não equivale no Estado de Direito como apenas a vontade da maioria, mas também representa os interesses e as necessidades vitais de todos, no Estado de Direito as instituições políticas e jurídicas só se legitimam a partir do momento que tutelem e satisfaçam os interesses primários de todos, limitando substancialmente a regra da maioria.

Assim se designa que a democracia substancial ou social está vinculada ao Estado de Direito, dotado de garantias específicas, liberais e sociais, e a democracia formal ou política estará vinculada ao Estado político representativo, sustentado apenas no princípio da maioria como fonte de legalidade.⁹³

Essa redefinição da democracia que realiza vai afirmar que o princípio da democracia política, de quem decide, está subordinado aos princípios da democracia social, substancial, que vai definir sobre o que não é lícito decidir e o que não é lícito deixar de decidir.

Cademartori ensina que:

A regra no Estado liberal de direito é: *nem sobre tudo se pode decidir*; nem sequer por maioria. Observe-se que os direitos fundamentais de liberdade são intocáveis por força de dispositivos inseridos nas diversas Constituições. Já a regra do Estado social de direito tem como enunciado básico: *nem sobre tudo se pode deixar de decidir*, nem sequer por maioria. E o caso em que a regra constitucional impede não só que os direitos sociais sejam atingidos pelo legislador ordinário, mas também impõe a obrigação de promovê-los.⁹⁴

A expansão da democracia ocorre em razão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes para a tutela substancial dos direitos vitais, elaborando sempre novas técnicas de garantias. A democracia social e o Estado social de direito devem formar um todo único no garantismo, ao mesmo tempo em que devem corresponder a um Estado liberal mínimo, minimizando as restrições das liberdades dos cidadãos, também devem corresponder a um Estado social máximo, maximizando as expectativas sociais e os deveres de satisfazê-las por parte do Estado.⁹⁵

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. p. 864.

⁹⁴ CADEMARTORI, Sérgio. Op. cit. p. 211.

⁹⁵ Id. Ibid. p. 212.

Assim para responder qual é a relação entre o direito e a política e em que medida o Direito, estabelecido no texto constitucional, pode estabelecer o Constituir da Sociedade, Streck afirma que se pode adotar o viés analítico procedimentalista ou substancialista.⁹⁶

O garantismo proposto por Ferrajoli se aproxima do contexto substancialista. Arrazoa-se que Ferrajoli vai tratar da democracia constitucional e que a mudança dos paradigmas do direito acontece com o reconhecimento da Constituição como norma suprema, à qual todas as demais estão subordinadas rigidamente.⁹⁷

Assim na esteira das teses substancialistas Lenio entende “que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal – individualista-normativista, que permeia a dogmática jurídica brasileira.”⁹⁸

A respeito da relação entre os direitos fundamentais e democracia substancial, surgem determinados questionamentos; em qual sentido os direitos fundamentais enunciam a dimensão substancial da democracia em oposição aquela política/formal? Em que sentido os direitos fundamentais incorporam os valores prejudiciais e mais importantes em relação àqueles da democracia política? Ainda, em qual sentido seriam frutos de uma incompreensão, que equivale de fato a sua negação como vínculos constitucionais aos poderes públicos?⁹⁹

Os direitos fundamentais, no plano de suas formas, vão ter como características estruturais a universalidade, a igualdade, a indisponibilidade, a sua atribuição *ex lege* e o seu viés de estar normalmente disposto nas Constituições, e, por isso, como modelo ordenado aos poderes públicos como parâmetros para a validade de suas ações.

Assim por conta destas características, diferente dos demais direitos, é que os direitos fundamentais se configuram como vínculos substanciais, normativamente impostos, visando à garantia dos interesses e necessidade vitais, fundamentais, como a vida, saúde, liberdade, sobrevivência; os direitos fundamentais assim vão vincular tanto decisões de maioria, como o livre mercado.

Neste sentido arrazoa Ferrajoli:

La forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela, en otras palabras, como la técnica – o garantía – prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se há considerado “fundamental”. Es

⁹⁶ STRECK, Lenio. **Hermêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 40-41.

⁹⁷ Id. Ibid. p. 46-47.

⁹⁸ Id. Ibid. p. 50.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos Fundamentales**. p. 35.

*decir, de esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de esse artificio que es el Estado.*¹⁰⁰

Sobre o que são os direitos fundamentais no plano do seu conteúdo, pode-se responder que quando se pretende garantir um interesse ou uma necessidade como fundamental, subtrai-se este tanto do mercado como da decisão das maiorias, de forma que nenhum contrato pode dispor da vida ou da saúde e nenhuma maioria política pode dispor da liberdade e de outros direitos fundamentais das pessoas.

A conotação “substancial” colocada pelos direitos fundamentais ao Estado de direito e à democracia constitucional, são justamente relativas não à “forma” (a quem e a como), mas à “substância” ou “conteúdo” (ao que) das decisões (ou seja, ao que não é lícito decidir ou não-decidir).¹⁰¹

Assim não se pode ter em base a concepção da democracia como sistema político fundado na onipotência da maioria.

As regras sobre a representação e sobre o princípio da maioria são normas formais sobre aquilo que pela maioria é decidível, já os direitos fundamentais prescrevem aquilo que Ferrajoli chama de a esfera do indecidível: do não-decidível que, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade, e do não-decidível que não, das obrigações públicas correspondentes aos direitos sociais.¹⁰²

No Estado democrático de direito, se as normas formais sobre a vigência se identificam com as regras da democracia formal ou política, enquanto disciplinam as formas das decisões que asseguram a expressão da vontade da maioria; as normas substanciais sobre a validade, ao vincular o respeito dos direitos fundamentais e dos demais princípios axiológicos estabelecidos nela à pena de invalidade, a substância (ou o significado) das mesmas decisões, correspondem às regras com as quais se pode caracterizar a *democracia substancial*.¹⁰³

Desta maneira, no âmbito do paradigma da democracia constitucional, o livre mercado, o princípio da soberania popular e a regra da maioria subordinam-se aos princípios

¹⁰⁰ “A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional destes direitos se revela, em outras palavras, como a técnica – ou garantia – prevista para a tutela de tudo aquilo que no pacto constitucional foi considerado “fundamental”. Ou seja, dessas necessidades substanciais cuja satisfação é condição da convivência civil e, por sua vez, causa ou razão social desse artificio que é o Estado”. (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Derechos Fundamentales**. p. 35-36.

¹⁰¹ Id. Ibid. p. 36.

¹⁰² Id. Ibid. p. 36.

¹⁰³ Id. Ibid. p. 37.

substanciais expressos pelos direitos fundamentais e relativos ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito não-decidir.

Assim os direitos fundamentais sancionados nas Constituições – dos direitos de liberdade aos direitos sociais – operam como fontes de invalidação e de deslegitimação, mais do que de legitimação.

Na medida em que as Constituições não são outra coisa senão contratos sociais em forma escrita e positiva e que a ideia de contrato social é uma metáfora da democracia política, pois alude o consenso dos contraentes, e também da democracia substancial, uma vez que o contrato não é apenas um novo acordo, pois tem como cláusula a tutela dos direitos fundamentais cuja violação por parte do soberano legítima a ruptura do pacto e o exercício do direito de resistência vai levar Ferrajoli¹⁰⁴ a afirmar que o paradigma da democracia constitucional é filho da filosofia contratualista.

Assim, para o doutrinador, as ascendências teóricas dos direitos fundamentais advindos do contratualismo, são diferentes das ascendências civilistas e romanistas dos direitos patrimoniais.

2.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CIDADANIA

A discussão em torno da cidadania não diz respeito apenas à sua terminologia, aos diversos significados atribuídos ao conceito da cidadania, mas se trata também da relação entre cidadania e personalidade.¹⁰⁵

A reciprocidade e universalidade dos direitos têm sido negadas, os direitos se converteram em direitos de cidadania, exclusivos e privilegiados, a partir do momento em que se resolveu levá-los a sério e pagar seu custo. Os direitos fundamentais devem ser observados a partir do ponto de que quase todos, exceto os direitos políticos e alguns direitos sociais, são atribuídos através do direito positivo, estatal ou internacional, não somente aos cidadãos, mas a todas as pessoas.

Por esse motivo a efetiva universalização dos direitos dos homens depende dos valores do ocidente: igualdade, direitos da pessoa, a própria cidadania.

Quando se visa à proteção de direitos humanos e fundamentais e no momento em que um indivíduo é titular de proteção tal qual pessoa humana e diante da globalidade com

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 38.

¹⁰⁵ Id. **Derechos y garantías. La ley Del más débil**. p. 116-118.

que se deve caracterizar o “status”, a diferença de tratamento entre cidadão e não cidadão deve estar destinada a desaparecer.

O direito à saúde assim é um direito que ultrapassa a cidadania¹⁰⁶ e não está voltado a aspectos formais do Estado, bastando ser pessoa para ter direito a efetivação de seu direito à saúde.

Assim se defende em relação à cidadania que se deve suprimi-la “*como status privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal; y por tanto, en ambos casos, superando la dicotomia “derechos del hombre/derechos del ciudadano”*”¹⁰⁷.

Desta maneira, a cidadania não pode ser levada como um “status” que não efetive direitos por se tratar de não cidadão, para Ferrajoli se deve superar a ideia de direitos do homem/direitos do cidadão.

Apesar da ideia da universalização ter um sabor de utopia jurídica, arrazoar-se que a história do direito é também uma história de utopias (melhor ou pior) convertidas em realidade.¹⁰⁸

A ideia de um pensamento universal democrático depende da vontade e desejo de, em diversos lugares, se reconhecer direitos comuns a todos os seres humanos e isto faz com que a própria noção de cidadania seja revisitada.

Portanto, a independência da nacionalidade para efetivar os direitos humanos, neles incluído o direito social à saúde pode ser defendida através da teoria de Ferrajoli, enquanto que, o direito à saúde é um direito de todas as pessoas e não de todos os cidadãos.

Observa-se a incompatibilidade das noções clássicas de democracia e de cidadania com uma desterritorialização que é provocada pela globalização. E ainda, se deve observar a cidadania e a democracia além do tradicional *espacio nacional* da modernidade e do Estado-nação e expandi-las para o *espacio supranacional*, seja através das relações privadas, seja das relações interestatais.¹⁰⁹

A respeito da natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais pondera Luigi Ferrajoli:

¹⁰⁶ A cidadania para Ferrajoli encontra definição com base no pertencimento nacional e territorial e representa a última grande limitação normativa ao princípio da igualdade jurídica.

¹⁰⁷ “*como status privilegiado que envolve direitos não conhecidos aos não-cidadãos, ou, ao contrário, instituindo uma cidadania universal e, portanto, em ambos os casos superando a dicotomia “direitos do homem /direitos do cidadão”*”. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 119.

¹⁰⁸ Id. Ibid. p. 119.

¹⁰⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 97-98.

La tercera tesis se refiere a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales. Se há visto cómo nuestra definición proporciona los criterios de una tipología de tales derechos dentro de la que los “derechos de ciudadanía” forman solamente una subclase. En efecto, las propias constituciones estatales confieren muchos de estos derechos con independencia de la ciudadanía. En particular y, sobre todo, después de su formulación en convenciones internacionales recibidas por las constituciones estatales o en todo caso suscritas por los Estados, se han transformado en derechos supraestatales: límites externos y ya no solo a los poderes públicos y bases normativas de una democracia internacional muy lejos de ser practicada pero normativamente prefigurada por ellos.¹¹⁰

A definição trazida, assim, vai defender a supranacionalidade de grande parte dos direitos fundamentais, principalmente os direitos de sobrevivência, onde os “direitos de cidadania” formariam apenas uma subclasse.

Por esta razão, não se pode conceber a cidadania como base para concretização dos direitos fundamentais, principalmente quando se trata dos direitos humanos, que são conferidos pelas Constituições estatais independente da cidadania ou nacionalidade.

A relação entre direitos fundamentais e cidadania e a internacionalização destes direitos fundamentais é a terceira tese no estudo sobre os direitos fundamentais de Ferrajoli.

Os direitos, após o nascimento da ONU e através da aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, deixam de ser “fundamentais” apenas no interior dos Estados em cujas Constituições estão dispostos, mas passam a ser também direitos supra-estatais, aos quais os Estados são vinculados e subordinados também no nível do direito internacional.

Não se tratam mais direitos de cidadania, mas direitos das pessoas independentemente das suas diferentes cidadanias.¹¹¹

Diferente de Ferrajoli, mas alargando o conceito de cidadania e defendendo a universalização dos direitos humanos após as declarações da ONU e da OEA, Ricardo Lobos Torres arrazoa que:

Só o cidadão (*citoyen, citizen, Staatsbürger*) era titular de direitos na cidade e no Estado. Hoje os direitos humanos, na esfera internacional, se positivam nas declarações de direitos da ONU, da OEA etc. Por conseguinte, além da dimensão

¹¹⁰ “A terceira tese se refere à atual natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais. Se viu como nossa definição proporciona os critérios de uma tipologia de tais direitos dentro da que os “direitos de cidadania” forma apenas uma subclasse. Em efeito, as próprias constituições conferem muitos de estes direitos com independência da cidadania. Em particular e, especialmente, depois da sua formulação em convenções internacionais recebida pelas constituições estatais, ou, em todo caso subscrita pelo Estado, se transformaram em direitos supra-estatais: limites externos e não apenas aos poderes públicos e bases normativas de uma democracia internacional, muito longe de ser practicada, mas normativamente prefigurada por eles.” (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 25-26.

¹¹¹ Id. Ibid. p. 40.

local e nacional, ganham a universal, transformando-se, segundo a percepção de Kant, de direito de cidadania (*Staatsbürgerrecht*) em direito de cidadania mundial (*Weltbürgerrecht*) ou direito cosmopolita (*jus cosmopolitanum*).¹¹²

Porém por parte da filosofia política esta mutação, o surgimento de direitos supra-estatais, é ignorada. Após dois anos da Declaração universal dos direitos do homem, o sociólogo Thomas Marshall, em ensaio referido *Citizenship and Social Class*, conecta a cidadania aos diversos conjuntos de direitos fundamentais, por ele divididos em três classes: os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais, aos quais vai denominar, sem distinções, direitos de cidadania.¹¹³

Referida tese que sustenta direitos de cidadania contradiz com todas as Constituições modernas – inclusive a Brasileira, que confere os direitos fundamentais sociais a todas as pessoas e não somente aos cidadãos, nacionais, ou estrangeiros residentes no país – e não contradiz apenas a Declaração universal de direitos de 1948.

Esta tese foi nos últimos anos revigorada, uma vez que antes dos fins dos anos 1980 pouquíssimos eram os ensaios sobre a cidadania, e foi justamente revigorada “*precisamente cuando nuestros acomodados países y nuestras ricas cidadanias han comenzado a estar amenazadas por el fenómeno de las inmigraciones masivas*”¹¹⁴.

Assim, pode-se concluir através do pensamento de Ferrajoli que referida tese, proposta por Marshall, representa um preconceito, que apenas surgiu quando os países se sentiram ameaçados pelas imigrações em massa.

Através de sua definição e classificação de direitos fundamentais, que estabelece a separação entre direitos de todas as pessoas e direitos reservados à cidadania, na qual os direitos humanos são os direitos de todas as pessoas, o doutrinador discorda da conceituação de Marshall, quando este identifica toda a classe de direitos fundamentais como direitos de cidadania.¹¹⁵

Com efeito, como visto acima, a posição de Marshall o coloca em confronto não só com as declarações de direitos da ONU quanto com a maioria das Constituições democráticas, que conferem esses direitos às pessoas em geral e não somente àqueles com status de cidadania, a cidadania não pode ser tornar uma denominação abrangente de todos os direitos fundamentais.

¹¹² TORRES, Ricardo Lobos. **Cidadania**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 126.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 40.

¹¹⁴ “precisamente quando nossos ricos países e cidadanias começaram a ser ameaçadas pelo fenômeno das imigrações em massa”. (tradução própria). Id. Ibid. p. 41.

¹¹⁵ Id. Ibid. p. 41.

Com o atual contexto da debilitação da soberania, em que a interdependência e a globalização provocam o deslocamento das sedes de poder, junto ao fenômeno de massa das migrações de habitante de países carentes para os países prósperos indicam uma contínua integração mundial, nesse contexto a cidadania seria um instrumento regressivo que serviria para excluir os imigrantes que recorrerem aos países abastados.¹¹⁶

Atualmente diante da crise do Estado nacional e da soberania estatal, aos quais a cidadania é vinculada, parece hoje ainda menos conveniente declinar os direitos fundamentais em termos estatais. Até mesmo a soberania dos países mais fortes está deslocada a sedes supranacionais, ao mesmo tempo em que o crescimento das interdependências, desigualdades fenômenos da migração e globalização nos demonstram que se caminha a uma integração mundial, o desenvolvimento desta pode ocorrer vinculado a opressão e violência ou vinculado a democracia e igualdade, dependendo assim também do direito.¹¹⁷

A cidadania assim pode apresentar uma ideia regressiva, com a democracia apenas em um país, ao preço da não-democracia no resto do mundo. Seria uma triste falência do modelo de democracia, e, com ele, dos chamados valores do Ocidente, se o universalismo normativo fosse ignorado no mesmo momento em que veio colocado à prova, nos países, através da ameaça migratória.

Nestes tempos de interdependências, processos de integração e pressões migratórias, acabam por se desenvolver a antinomia entre igualdade e cidadania, entre universalismo dos direitos e os seus limites estatais, e estas poderão ser resolvidas apenas “*con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de los derechos fundamentales*”.¹¹⁸

Critica-se o direito de asilo, afirmando que este é um remédio de vigência discriminatória uma vez que ele sempre foi reservado aos refugiados por perseguições políticas, ou raciais ou religiosas, e não foi reservado aos refugiados por lesões ao seu direito à subsistência. Afirma-se, desta maneira, que não se pode manter a defesa apenas dos direitos fundamentais reconhecidos como os direitos políticos e os de liberdade negativa, isso representa uma fase paleoliberal do constitucionalismo.¹¹⁹

¹¹⁶ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. **Cidadania e direitos humanos: a contribuição garantista.** Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/downloads/trabalhosVencontro/gt1/gt01p02.pdf>>. Acesso em: 20.01.2011.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales.** p. 42.

¹¹⁸ “com a superação da cidadania, a definitiva desnacionalização dos direitos fundamentais e a correlativa desestatalização dos direitos fundamentais”. (tradução própria). Id. Ibid. p. 43.

¹¹⁹ Id. Ibid. p. 43.

Hoje as Constituições europeias e as cartas internacionais de direitos têm incorporado aos clássicos direitos de liberdade negativa uma longa série de direitos humanos positivos – não mais somente à vida e à liberdade, mas também à sobrevivência e à subsistência – “*desengajándolos de la ciudadanía y haciendo también de su goce la base de la moderna igualdad en droit y de la dignidad de la persona.*”¹²⁰

Não existe, assim, razão para que os pressupostos do asilo não sejam estendidos também às violações mais graves desses outros direitos: aos refugiados econômicos, os refugiados que buscam subsistência, além dos refugiados políticos. Entretanto não é o que se observa, principalmente na Europa, onde as leis sobre a imigração estão cada vez mais restritivas.

Este fechamento do Ocidente que corre o risco de provocar não somente o quebra do desenho universal da ONU, mas também uma des-evolução das democracias e a formação de uma identidade regressiva. O que existe assim é um nexos profundo entre democracia e igualdade e, inversamente, entre desigualdade nos direitos e racismo.¹²¹

Igualmente, não existe razão para que o direito à saúde no Brasil não seja também satisfeito aos não nacionais, que dele necessitem, por ser decorrente do direito à vida e um direito humano, independente da cidadania.

2.8 TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quanto à titularidade dos direitos fundamentais, a partir da definição proposta para o estudo, no plano teórico os direitos humanos são direitos de todas as pessoas e não somente do cidadão.

No plano do direito positivo, a quase totalidade dos direitos fundamentais são direitos humanos, ou seja, são direitos de todos os seres humanos enquanto pessoas e não apenas enquanto cidadãos.

O universalismo dos direitos humanos deriva de ser direito suscetível de ser adquirido do homem enquanto homem, não é assim uma utopia, mas sim um direito vigente, mesmo que muitas vezes desconhecido pelas atuais teorias de cidadania e violados pelas legislações em matéria de estrangeiros e imigrantes.¹²²

¹²⁰ “desengajando-os da cidadania e fazendo também da sua satisfação a base da moderna igualdade em direito e dignidade da pessoa”. (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 44.

¹²¹ Id. *Ibid.*

¹²² Id. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 335-336.

É por meio dos interesses protegidos como direitos fundamentais, sua quantidade e qualidade, que se observa a intenção da igualdade em determinado Estado.

Ainda, é por meio da redução das diferenças de *status* para a titularidade dos direitos fundamentais, que há a ampliação das classes de sujeito e se observa a extensão da igualdade e a democratização de determinado ordenamento.

As classes de sujeitos são identificadas pelo *status* determinado por meio da identidade de “pessoa”, “cidadão”, “capaz de agir”, que, na história, foram objetos de diversas limitações e discriminações.¹²³

Desta forma, enquanto condições de titularidade dos direitos fundamentais a “personalidade”, “cidadania” e “capacidade de agir” são os parâmetros da igualdade e da desigualdade em direitos fundamentais.

Os pressupostos dos direitos fundamentais são mais ou menos estendidos, no passado eram restritos quanto ao sexo, nascimento, instrução, nacionalidade e progressivamente foram estendidos, porém sem alcançar uma extensão universal, assim os direitos fundamentais hoje estão limitados à cidadania e à capacidade de agir.

Assim, a cidadania e a capacidade de agir podem ser assumidas como dois parâmetros, o primeiro superável e o segundo insuperável, que fundam duas grandes divisões entre os direitos fundamentais.

A divisão diz respeito à distinção entre os direitos da personalidade e direitos de cidadania e à distinção entre os direitos primários (ou substanciais) e direitos secundários (ou instrumentais ou de autonomia); os direitos da personalidade dizem respeito a todos, os direitos de cidadania aos cidadãos, os direitos primários a todos e os direitos secundários somente às pessoas capazes de agir. Cruzando as duas separações, há quatro classes de direitos.

Os direitos humanos, que são os direitos primários das pessoas e dizem respeito indistintamente a todos os seres humanos como, por exemplo, o direito à vida e à integridade da pessoa, a liberdade pessoal, a liberdade de manifestação do pensamento e o direito à saúde; os direitos públicos, que são aqueles direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos, como (tomando por base a Constituição italiana) o direito de residência e de circulação no território nacional, os direitos de reunião e associação, o direito ao trabalho e aquele à subsistência e previdência daqueles que são inabilitados ao trabalho; os direitos civis, que são os direitos secundários destinados a todas as pessoas humanas capazes de agir, como o poder

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 22.

negocial, a liberdade contratual, a liberdade de escolha e de mudança de trabalho, a liberdade de empreendimento, o direito de agir em juízo e, em geral, todos os direitos potestativos nos quais se manifesta a autonomia privada e sobre os quais se funda o mercado; os direitos políticos, que são, enfim, os direitos secundários reservados somente aos cidadãos capazes de agir, como o direito de voto, o eleitorado passivo, e, em geral, todos os direitos potestativos nos quais se manifesta a autonomia política e sobre os quais se fundam a representação e a democracia política.¹²⁴

Esta tipologia de direitos operada com base na definição tem um valor teórico independente dos concretos sistemas jurídicos e da experiência constitucional moderna. Em qualquer ordenamento são à sua escolha *“derechos fundamentales – según los casos, humanos, públicos e civiles y políticos – todos y sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de “persona”, “ciudadano” o “capaz de obrar”.*”¹²⁵

Neste caso os direitos fundamentais sempre existiram, desde o direito romano, limitados a classes muito restritas de sujeitos:

*Pero han sido siempre las tres identidades – de persona, ciudadano y capaz de obrar – las que han proporcionado, cierto con la extraordinaria variedad de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, censo, clase, educación y nacionalidad com que em cada caso han sido definidas, los parámetros de la inclusión y de la exclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad.*¹²⁶

Desta forma, as três identidades serviram para impor limitações, desde a antiguidade quando era negada a identidade de pessoa aos escravos, e ainda, posteriormente, as inabilitações impostas às mulheres, aos hereges e aos judeus negando-lhes a capacidade de agir ou a cidadania.

Atualmente, após a capacidade de agir ter sido estendida a todos, com exceção dos menores e dos doentes mentais, a desigualdade passa essencialmente através da estampa

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 22-23.

¹²⁵ “direitos fundamentais – segundo cada caso, humanos públicos, civis e políticos – todos e somente aqueles que forem atribuídos universalmente às classes de sujeitos determinados pela identidade de “pessoa” ou de “cidadão” ou de “capaz de agir”. (tradução própria). Id. Ibid. p. 23.

¹²⁶ “Mas tem sido sempre as três identidades – de pessoa, cidadão e capaz de agir – que tem proporcionado, de acordo com a extraordinária variedade de discriminações de sexo, etnia, religião, censo, classe, educação e nacionalidade, que em cada caso se definiu, os parâmetros de inclusão e exclusão dos seres humanos entre os titulares de direitos e, conseqüentemente, da sua igualdade e desigualdade”. (tradução própria). Id. Ibid. p. 23-24.

estatal da cidadania, cuja definição com base no pertencimento nacional e territorial representa a última grande limitação normativa do princípio da igualdade jurídica.¹²⁷

Com o progresso do direito, aparte as garantias oferecidas pelas Constituições o que mudou não são os critérios – personalidade, capacidade de agir e cidadania – sobre cuja base são atribuídos os direitos fundamentais, mas unicamente o seu significado, anteriormente restrito e fortemente discriminatório, depois sempre mais ampliado e com tendência universal.¹²⁸

Os direitos fundamentais são normas e parte substancial da Constituição e são, por assim dizer, “titulares”, mais que destinatários, todos os sujeitos cujos direitos fundamentais são com elas atribuídos, há uma não-modificabilidade pela maioria, eles são invioláveis.

Sobre a titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 o art. 5º, que trata dos direitos individuais e coletivos, abrange todos aqueles que possuem nacionalidade brasileira, contudo aponta uma distinção entre estrangeiros residentes e não residentes no país.

Já o Capítulo II da Constituição Federal, quando trata da titularidade dos direitos sociais não faz qualquer distinção, atribuindo assim a todos a garantia destes direitos, independente de nacionalidade, cidadania, ou vínculo de maior ou menor grau com o território nacional, e é justamente no direito social que se encontra o direito à saúde, como um direito social à sobrevivência, decorrente do direito à vida.

Assim, não há que se negar a titularidade do direito à saúde aos não nacionais, uma vez que estes são pessoas titulares dos direitos humanos, sendo o direito à saúde um direito humano, independe de nacionalidade ou cidadania a sua concessão.

2.9 DIREITOS SOCIAIS À SOBREVIVÊNCIA

Independente da distinção formulada sobre a base dos diversos tipos de sujeitos cujos direitos fundamentais são atribuídos pelo direito, existe a distinção entre direitos civis, direitos políticos, direitos de liberdade e direitos sociais que faz referência à sua estrutura: os direitos civis e aqueles políticos são, além de expectativas negativas (de não-lesão), poderes de cumprir atos de autonomia, respectivamente, na esfera privada e na esfera política; os

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 24.

¹²⁸ Id. Ibid. p. 24.

direitos de liberdade e aqueles sociais são, ao contrário, somente expectativas, respectivamente negativas (ou de não-lesão) e positivas (de prestação).¹²⁹

Grande parte dos direitos sociais são direitos humanos e estão vinculados à existência dos direitos fundamentais, e como já visto, em sua maioria, pertencem a todas as pessoas, não estando restritos aos direitos de cidadania (ou direitos de nacionalidade), apresentando-se como direitos primários das pessoas, dizendo respeito a todos os seres humanos.

Decorrente da democracia substancial/constitucional Ferrajoli cita a democracia social que se funda nestes direitos de sobrevivência, a sobrevivência, não menos que a defesa da vida de agressões indevidas, é um fenômeno cada vez menos natural e cada vez mais artificial e social, as pessoas dependem das prestações e dependem da não ameaça aos seus direitos, assim as suas garantias devem estar na razão social da democracia constitucional. A sobrevivência do homem hoje depende mais que no passado da sua integração social, de condições materiais e situações jurídicas e sociais que estão além da sua livre iniciativa, anteriormente defendida.¹³⁰

Os direitos sociais à sobrevivência decorrem do direito à vida, estes direitos sociais requerem prestações positivas do Estado e são os direitos à subsistência, à saúde, à educação, ao trabalho e à previdência.

São aqueles que visam à redução das desigualdades nas condições de vida das pessoas, “as quais não tem relação com a identidade das pessoas, mas sim com as suas discriminações ou disparidades de caráter econômico ou social”.¹³¹

Assim os direitos sociais são todos direcionados visando uma redução das desigualdades materiais e sociais. Pode-se afirmar que junto ao velho garantismo liberal deve-se desenvolver também um garantismo social, que não fique restrito ao paradigma do constitucionalismo clássico, mas sim daquele constitucionalismo construído após o segundo pós-guerra que não é incompatível com ele, mas se demonstra como essencial para sua efetividade; a garantia dos direitos sociais não apenas não causa prejuízo aos direitos políticos e de liberdade, mas sim os complementa.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. p. 23.

¹³⁰ Id. **Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia**. Roma-Bari (Italy): Editori Laterza, 2007. p. 392.

¹³¹ Id. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 105.

Para Ferrajoli “*Solo se vengono soddisfatti i diritti sociali – dalla sussistenza all’istruzione, dalla salute all’informazione – gli stessi diritti individuali sono di fatto garantiti*”.¹³²

São observados, nas sociedades atuais, que os direitos sociais representam um pressuposto para a democracia política que se concretiza com a igualdade material, reconhecimento recíproco, solidariedade e identidade coletiva.

A relação entre os direitos sociais e o princípio da igualdade remeteria ao sentido de universalismo dos direitos fundamentais:

É este e somente este, o sentido do universalismo dos direitos fundamentais: a sua equivalência com o princípio da igualdade, que impõem o respeito das diferenças através da garantia dos direitos sociais, opondo-se às opressões e às discriminações dos primeiros e ao desenvolvimento desregulado dos segundos, independentemente das opiniões e da vontade, seja dos oprimidos que dos opressores.¹³³

Assim, poderiam-se estabelecer os direitos fundamentais como a lei dos mais fracos, neles incluído, entre outros, os direitos sociais vitais, que são os direitos à sobrevivência, como alternativa à lei do mais forte social e economicamente que vigorariam na sua ausência.

Os direitos sociais são direitos, cuja garantia equivale à redução das desigualdades econômicas, assegurando os mínimos vitais a todos. Assim, a igualdade corresponderia à dignidade da pessoa. Quase todos os direitos fundamentais estão configurados como direitos das pessoas, desde os direitos de liberdade aos direitos civis, até grande parte dos direitos sociais, nestes incluídos o direito à saúde, sendo direitos do cidadão apenas os direitos políticos e alguns direitos sociais.¹³⁴

Desta maneira, os direitos em que a ausência de tutela gera a violência opressiva dos mais fortes ou a revolta dos mais fracos devem ser defendidos, neste caso os direitos sociais e nele incluído o direito social à saúde, como um direito de sobrevivência dos mais fracos, a sua proteção demanda não apenas prestações positivas do Estado, mas também negativas uma vez que o direito à saúde não diz respeito apenas a proteções sanitárias em caso de enfermidades, mas também o direito de não sofrer prejuízos ou ameaças à saúde decorrentes de contaminações atmosféricas ou adulterações alimentares.

¹³² “Apenas se satisfeitos os direitos sociais – da subsistência à educação, da saúde à informação – os próprios direitos individuais estarão de fato garantidos”. (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia.** p. 397.

¹³³ Id. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** p. 106.

¹³⁴ Id. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** p. 333-334.

A garantia dos direitos sociais por mais que tenha seu custo econômico, com certeza o é menos custosa que a sua ausência ou violação, pois a sua efetivação é condição da democracia social, e pré-condição da democracia política e liberal, e ainda um fator essencial do crescimento econômico e da própria democracia civil.¹³⁵

Um dos maiores problemas relativos a estes direitos sociais resultam das garantias positivas que requerem, as garantias primárias consistentes em deveres positivos absolutos, ou seja, *erga omnes*, e as garantias secundárias que consistem nos remédios previstos para a sua violação, para o não cumprimento, ou pior, para a falta das garantias primárias, estas classes de garantias sofrem carências de elaboração teórica e instrumentação institucional.¹³⁶

Além de estarem vinculados ao princípio da igualdade os direitos sociais vinculam-se também à paz:

Devem ser garantidos como direitos fundamentais todos aqueles direitos vitais para os quais a garantia é condição necessária da paz: o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais à sobrevivência.¹³⁷

Assim o direito social à saúde, além do direito à vida, à integridade e à liberdade pessoal, contra a lei do mais forte, é um direito do qual a garantia depende a paz e a igualdade, não podendo ocorrer a sua violação.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia.** p. 399.

¹³⁶ Id. Ibid. p. 398.

¹³⁷ Id. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** p. 107-108.

3 DIREITO SOCIAL À SAÚDE AOS NÃO NACIONAIS

3.1 O CONCEITO DO DIREITO À SAÚDE E A SUA CONSTRUÇÃO INTERNACIONAL

O direito a saúde é um direito à sobrevivência que conseguiu se firmar no constitucionalismo atual graças ao desenvolvimento das técnicas terapêuticas da medicina e aos progressos da farmacologia ocorrido nos últimos anos, através destes avanços se conseguiu vencer as enfermidades e alargar a vida.

Esta é uma das razões pela qual o direito à saúde aparece apenas nas cartas constitucionais do século passado e teve pouco sentido nas cartas constitucionais do século XIX.

Para Ferrajoli o direito à saúde se trata de um direito tipicamente complexo, afirmando que:

Il diritto allá salute si configura peraltro come un diritto tipicamente molecolare. Esso include da un lato un diritto negativo di immunità, garantito dal divieto di lesioni: che l'aria e l'acqua non vengano inquinate, che non si mettano in commercio cibi adulterati, in breve che non si rechino danni allá salute; dall'atro, esso include um diritto positivo, tipicamente sociale, all'erogazione di prestazioni sanitarie.¹³⁸

Algumas regras sobre a saúde já apareciam na história das instituições humanas muito cedo, remetendo ao Código de Hamurabi e o Código de Manu, quando tratavam da responsabilidade de médicos e curandeiros nas legislações mais antigas; “as ações públicas em matéria sanitária sempre englobaram a regulamentação do saneamento ambiental e da prevenção da propagação de doenças, da fiscalização do exercício profissional e, em certa medida, da gestão dos grandes complexos hospitalares”¹³⁹.

Atualmente o direito à saúde resulta de convicções individuais de que o Estado é o responsável pela saúde, assim como por restaurar, proteger e prevenir seu desvaimento, cumprindo dessa maneira a finalidade.

¹³⁸ “O direito à saúde se configura como um direito tipicamente molecular. Que, por um lado, inclui um direito negativo de imunidade garantido pela proibição de lesões: que o ar e a água não sejam contaminados, que não se comercializem comidas adulteradas, dito brevemente, que não causem danos à saúde; e de outro lado, um direito positivo, tipicamente social ao dispêndio de prestações sanitárias”. (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia.** p. 409.

¹³⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Estado brasileiro e o direito à saúde.** p. 20.

A construção dos mecanismos de controle social, que se verificou a partir do Renascimento, culminou no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁴⁰, de 24 de agosto de 1789, que encabeça a Constituição Francesa de 1791: “Toda sociedade onde a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

O Estado Constitucional deve, portanto garantir direitos, a saúde é introduzida no elenco dos direitos constitucionais em obediência ao clamor das assembleias revolucionárias, e foi a subcomissão da Constituição Francesa de 1791¹⁴¹ que apresentou suas conclusões à primeira assembleia constituinte francesa afirmando o direito à assistência e definindo o Estado responsável pelas obrigações da sociedade. Determinava-se ao Estado o dever de oferecer um serviço público prestador de assistência (inclusive assistência sanitária) a todos, assim os necessitados não teriam mais dependência de caridade humana.¹⁴²

Ocorre que para haver o reconhecimento dos direitos sociais, e conseqüentemente da saúde foi exigida longa maturação: “Em território europeu, já em 1795 a França eliminou aquela possibilidade de igualdade material que em 1848 - data de sua última revolução burguesa – ameaçou renascer das cinzas”¹⁴³.

Acontece que a sociedade industrial do século XIX passa a aliar o conceito de saúde à ausência de doenças, pois há um novo componente, o trabalhador não pode adoecer porque prejudica o processo de acumulação capitalista pelo simples fato de não poder produzir, a doença torna-se um defeito na linha de montagem.

“Uma vez doente (“estragado”), o trabalhador deve ser curado (“consertado”), a fim de que a produção não cesse”, com influência da industrialização na sociedade os trabalhadores e suas forças tinham de ser aproveitados da melhor forma possível e a doença passou a ser tida como um transtorno para as indústrias, a concepção da saúde neste momento é totalmente liberal, significando repor o trabalhador à indústria¹⁴⁴.

Assim o Estado liberal passa a chamar para si esta responsabilidade de exercer políticas sanitárias apenas para evitar a perda de proletários, para não comprometer a produção e o lucro das indústrias.

¹⁴⁰ FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 02.07.2011.

¹⁴¹ FRANÇA. Constituição Francesa de 1791. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 02.07.2011.

¹⁴² DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Estado brasileiro e o direito à saúde**. p. 21.

¹⁴³ Id. Ibid. p. 22.

¹⁴⁴ SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 33.

A saúde florescida dentro deste padrão do individualismo liberal no século XIX foi a saúde curativa, procurando curar as pessoas das doenças e recolocá-las no mercado de trabalho, assim se visava apenas à ausência de enfermidades pela cura e não procurar evitar doenças, seria um aspecto negativo da saúde.

O martírio para o trabalhador era encontrar-se doente, pois fora do labor, via-se impedido de ganhar seu sustento, tornando-se um componente psicológico negativo a seu desfavor, não estava apto a exercer a sua função nas indústrias e precisava urgentemente encontrar a cura.

Foi no século XIX que houve o reforço da intenção de tratar cientificamente a questão sanitária, no ano de 1851 houve a assinatura da Primeira Conferência Internacional Sanitária, a reunião ocorreu e contou com a presença de doze países que se preocupavam com as epidemias de cólera, febre amarela e peste, pois eram estas doenças o motivo de baixa de muitos trabalhadores, pois os abatiam e assim havia a queda da produção industrial, prejudicando o comércio.¹⁴⁵

A intervenção estatal, ocorrida na virada do século XIX para o século XX, é contemporânea das mudanças do modo de produção, oportunidade em que os burgueses compreenderam que a produtividade aumentava se os operários estivessem saudáveis, ou seja, as más condições de vida e de saúde reduziam significativamente a produtividade do trabalho.¹⁴⁶

Como se sabe, foi no início do século XX, através do Estado de Bem-estar Social (Welfare State), que as exigências de saúde, educação, moradia e emprego, informadas pelas ideias socialistas, vieram a se consolidar, ao Estado se incumbiu à promoção da melhoria das condições de vida da população garantindo a todos os indivíduos o direito a um conjunto de bens e serviços que incluíam os direitos à educação, à assistência médica, garantia de renda mínima, etc., todos com garantia do Estado mediante o poder deste de regulamentação sobre a sociedade civil.

Pode-se afirmar que a noção de direito sofreu, de certo modo, evolução semelhante à da saúde, pois já a partir do século dezenove, com a implementação do Estado do Bem-Estar Social, instaurou-se um direito essencialmente diferente daquele advogado pelos burgueses revolucionários: um direito público mais amplo, porém menos coator (direito dos serviços públicos); misturando o público e o privado; desigual (desprezando a igualdade formal em nome da igualdade material); comportando direitos subjetivos ao recebimento de prestações; e cuja eficácia deve ser avaliada (institucionaliza-se a avaliação da administração pública, que permite

¹⁴⁵ SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 34.

¹⁴⁶ WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do Direito à Saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais**. Cascavel: Assoeste, 2011. p. 6-7.

sua fiscalização pelos parlamentos). Com a generalização do intervencionismo do Estado¹⁴⁷, que se serviu do direito para orientar outros sistemas sociais (economia, educação, cultura, etc.) à conformidade com o interesse geral e não às exigências do mercado, prevaleceu a ideia de regulamentar as políticas privadas, assinalando-lhes uma finalidade (época áurea do planejamento). O direito passou a ser, então, bastante detalhado (portarias e circulares destinados ao público externo) e dirigido pela administração pública (as agências independentes, nos Estados Unidos, reúnem o poder legislativo e o executivo). Uma vez que ele se caracteriza como um direito de princípios diretores, exigindo que seus aplicadores realizem uma escolha entre os diversos interesses presentes no caso concreto, pode-se afirmar que o planejamento introduziu no direito uma lógica diametralmente oposta àquela que caracterizava o direito moderno.¹⁴⁸

A tese “preventiva” da saúde, e não mais apenas curativa, começa a tomar forma com a ideia de *Welfare State*, “(...) Ora, a saúde deveria não ser mais apenas um “poder comprar a cura”, mas sim, direito de que “todos tenham acesso à cura” o Estado interventor deveria, pois, proporcionar a saúde aos seus cidadãos mediante serviços básicos de atividade sanitária”¹⁴⁹.

Com base nessa premissa e considerando-se as reivindicações dos trabalhadores, através de movimentos populares, teve início a política social contemporaneamente às primeiras revoluções industriais, a problemática concernente à política social esteve presente nas principais reivindicações trabalhistas destes movimentos populares.

Procura-se prevenir o adoecimento, assim a saúde passa de uma feição individual para coletiva, pois as coletividades apropriam-se de serviços que garantem a salubridade pública na medida que a saúde torna-se um direito coletivo da sociedade.

E, dessa maneira o conceito de saúde vai se transformando, existentes as teses curativas e preventivas:

(...) basicamente a tese curativa (cura de doenças) e a tese preventiva (mediante serviços básicos de atividade sanitária). Em verdade, ambas as teses têm como base a visão de que a saúde é a ausência de doenças (uma visão organicista). O que as difere é o tempo de intervenção: na primeira, o médico e-ou sistema de saúde agem após a doença ter-se instalado no corpo humano; na segunda, após a doença ter-se alojado no corpo enfermo¹⁵⁰.

O denominado Estado Social que se refere a um modelo de Estado que sucede ao Estado liberal, ampliando seu papel de intervenção junto à sociedade, em especial no campo

¹⁴⁷ Esse Estado recebe o rótulo de regulador, pois ele deve definir as regras do jogo e harmoniza os comportamentos dos agentes econômicos e sociais, emprega a persuasão e a informação, que induzem a auto-organização da sociedade.

¹⁴⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 15.

¹⁴⁹ SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 34

¹⁵⁰ Id. Ibid. p. 35.

econômico e na prestação de serviços que atendem às demandas sociais, este Estado surge para poder socorrer as classes mais desfavorecidas, assim a questão social passa a receber novo tratamento, deixa de ser um “caso de polícia” para se tornar caso de políticas públicas sociais.¹⁵¹

Assim, apenas após o fim da primeira guerra mundial e a partir da Constituição mexicana de 1917, bem como com o advento da Constituição alemã (Weimar, 1919) e da Constituição espanhola 1931, que as inovações garantindo os direitos sociais deram sustento aos direitos fundamentais.

Os direitos sociais como fundamentais, são conquistas que devem obrigar o Estado à promoção e a assegurar e melhorar a saúde pública e a assistência social, sob todas as suas formas.

Portanto, foi necessária a guerra de 1918, somada ao movimento revolucionário russo, para que os direitos sociais pudessem voltar ao abrigo das Constituições, então chamadas ultrademocráticas.

As transformações sociais ocorridas no século XX e as grandes guerras do mesmo período fizeram com que fosse repensada a ideia de saúde curativa. Novas ideias vieram se chocar ao individualismo liberal do qual tal ideia “curativa” foi um de seus expoentes, em especial qual, em 1917, ocorre a Revolução Russa, implantando-se uma nova forma de se administrar e pensar uma sociedade – a comunista. Isto interferiu, como já dito, na concepção de saúde, uma vez que esta não pode ser analisada separadamente dos demais compartimentos societários.¹⁵²

Assim, necessário se faz realizar uma abordagem das Constituições que voltaram a abrigar os direitos sociais: Constituição da República Federativa Socialista Soviética Russa, 1918, baseada nos princípios enunciados na declaração de direitos dos povos trabalhadores e explorados, resgata a igualdade essencial dos homens, fonte da declaração francesa de 1789. Ainda, o Reich alemão – Conselho dos Comissários do Povo -, de 12 de novembro de 1918, restabeleceu a proteção ao trabalhador e fixou prazo para promulgação de novas políticas sociais, e em território americano a primeira Constituição que acolhe os direitos do homem resulta também de convulsão social. Por fim, o pacto constitucional mexicano, de 1917, colocando fim à chamada revolução mexicana iniciada no século anterior, que realiza a tarefa de incorporar os direitos sociais na Constituição.¹⁵³

¹⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **O direito à saúde: justiciabilidade não significa fazer (in)justiça com a própria “caneta”**. In: **Boletim da Saúde** / Secretaria da Saúde do Rio Grande do Sul; Escola de Saúde Pública. -v. 24, n. 2, 2010 – Porto Alegre: SES/ESP, 1969. p. 27.

¹⁵² SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 34.

¹⁵³ DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Estado brasileiro e o direito à saúde**. p. 22-23.

Parece que sempre há a vinculação da formalização de direitos às sangrentas revoltas populares e contemporaneamente a catástrofe da segunda grande guerra é que alertou aos Estados da necessidade de reconhecer direitos sociais para todo o povo.

Como afirma Dallari, especificamente em relação da afirmação do direito á saúde nas Constituições:

(...) verifica-se que a Itália, em 1947, “protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante tratamento gratuito aos indigentes” (art. 32). Também Portugal, cuja Constituição de 1976 já passou por duas revisões, mantém a afirmação de que “todos têm direito à proteção da saúde e o deve de a defender e promover” (art. 64). E a Espanha, no texto referendado pelo povo em 6 de dezembro de 1978, “reconhece o direito à proteção da saúde” atribuindo competência aos poderes públicos para “organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas e das prestações e serviços necessários” (art. 43).

Assim, em 1945 com o advento da Carta das Nações Unidas, foi prevista a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), tal previsão permitiu que a saúde fosse um direito de todo o ser humano e não apenas uma preocupação em relação a proteção dos trabalhadores.

A efetiva Constituição da Organização Mundial da Saúde ocorreu em 22 de julho de 1946 na cidade de New York, sendo que, a partir desta data, a proteção à saúde passou a ser considerada como primeiro principio básico para a felicidade, para as relações harmoniosas e para a segurança de todos os povos, a partir do preâmbulo da Constituição da OMS significou a construção de um marco teórico-referencial do conceito de saúde.

A saúde assim foi reconhecida como direito humano e no preâmbulo da Constituição da OMS¹⁵⁴ foi definida como: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença e outros agravos”.

Através desse reconhecimento da saúde seu conceito foi ampliado uma vez que anteriormente a saúde se limitava a seus aspectos curativos e preventivos, visa à promoção da saúde, através da busca do bem-estar físico, mental ou social e não apenas a busca da ausência de doença, foi um conceito avançado para a sua época, pois erigido após a II Guerra Mundial, os países devastados dificilmente teriam condições de proporcionar o completo bem-estar em todas as suas dimensões.

No plano internacional após a segunda grande guerra mundial, a sociedade que sobreviveu a 1944 sentiu a necessidade e forjou um consenso de promover um pacto, como já visto, através da Organização das Nações Unidas surgiu a Declaração Universal dos Direitos

¹⁵⁴ OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** – 1946. USP. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 06.06.2011.

do Homem e fomentou a criação de órgãos de proteção desses direitos considerados essenciais ao homem.

Assim, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas¹⁵⁵, trouxe na primeira parte do seu artigo 25 a seguinte determinação:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si 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 fora de seu controle.

Pode-se afirmar, segundo o moderno entendimento que a saúde não deve ser definida apenas como ausência de doenças ou seus agravos, mas como um processo contínuo de preservação da vida.

A essencialidade do conceito de saúde reside no equilíbrio interno do homem através da promoção de seu bem-estar físico mental e social, essa seria a ideia essencial de saúde, algo indispensável à dignidade humana.

O direito à saúde tem o caráter de um direito ao cuidado, assim é expresso, ainda, em seu preâmbulo, pela Constituição da OMS: “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.”.

Assim, busca-se a unidade do direito à saúde quando se afirma, também no preâmbulo, que “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”, assim deve-se realizar atividades para restaurar a saúde, protegê-la e prevenir para evitar a degradação.

Apesar do avanço que significou para a época o conceito de saúde trazido pela OMS sofreu diversas críticas, por não ser operacional e depender de escalas decisórias que não efetivem suas diretrizes.

Germano Schwartz explica que:

Vários são os fatores que atuam negativamente nesse sentido, sendo que o principal, pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem

¹⁵⁵ ONU, Organização das Nações Unidas. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 25.05.2011.

suficientes para a consecução do pretendido completo bem-estar físico, social e mental.¹⁵⁶

Além desta objeção teórica há, por exemplo, a de que o portador de grave deficiência mental seria impedido de desfrutar o bem-estar psíquico, físico e mental, porém as asserções da Constituição da Organização Mundial da Saúde ainda hoje cumprem importante função hermenêutica no trato do direito à saúde.

Sueli Dallari informa que o conceito de saúde exprimido pela Constituição da OMS, representando uma considerável evolução, dispôs diversos princípios que até hoje contribuem para a construção e compreensão dos direitos e deveres, públicos e privados na matéria saúde. Além de enaltecer o bem-estar o preâmbulo da Constituição trata da saúde como bem coletivo como visualizado nas passagens transcritas: saúde de todos os povos; os resultados alcançados por qualquer Estado como valiosos para todos e: – A desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui um perigo comum.¹⁵⁷

Para a preservação do bem-estar visado para a promoção e preservação da saúde devem concorrer Estados e indivíduos através da cooperação, levando-se em conta as diversas pandemias que surgem em determinados países e depois se expandem, pois são doenças transmissíveis.

O bem-estar das pessoas exigindo aspectos sanitários, ambientais e comunitários demanda não só direitos, mas os deveres, além do exercido pelo Estado, também das pessoas e da sociedade, pois o bem-estar envolver uma perspectiva coletiva.

A saúde como desenvolvimento também é apresentada no preâmbulo da Constituição da OMS: “a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para a mais ampla realização da saúde”. Desta feita a evolução tecnológica e científica também é pressuposto para a preservação, promoção e realização da saúde.

A erradicação de pandemias ocorre em diversos momentos graças à evolução farmacológica e às descobertas científicas, os indivíduos inseridos na sociedade se beneficiam desta evolução científica.

Para o compartilhamento pelo indivíduo destes benefícios que visam à proteção e à recuperação da saúde, existem dilemas que ocorrem a partir, por exemplo, do direito de

¹⁵⁶ SCHWARTZ, Germano. Op. Cit. p. 36.

¹⁵⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 8-9.

universalização do acesso a novas formas de tratamento contraposto com as patentes, que por vezes são vistas como incentivo à pesquisa.¹⁵⁸

Sobre a contribuição da Constituição da OMS para a compreensão da saúde como bem jurídico informam:

A contribuição conceitual trazida pela Constituição da Organização Mundial de Saúde é inegável, servindo de referência à operacionalização de diversas leis em matéria sanitária. Primeiro, porque, ao associar o conceito de saúde ao bem-estar social e psíquico, exprime a ideia do ser humano em relação com o seu meio. Segundo, por que enaltece a saúde como um bem jurídico não só individual, mas também coletivo e, nessa medida, de desenvolvimento, acenando para a necessidade da preservação presente e futura, tanto do indivíduo – tomado isoladamente – como da humanidade.¹⁵⁹

Aquele conceito afirmando a saúde como a ausência de doenças orienta para a compreensão da saúde como sendo um direito subjetivo do indivíduo à assistência integral visando evitar, tratar ou readaptar-recolocar o indivíduo na sociedade. Já o conceito trazido pela OMS e seus desdobramentos apresentam evolução na abordagem da saúde, pois a trata na dimensão individual, coletiva e na de desenvolvimento, pensando também nas futuras gerações.

Com efeito, a saúde além de depender de características individuais, físicas e psicológicas depende ainda de um ambiente social e econômico adequado, assim a saúde além de implicar em aspectos individuais também envolve os aspectos sociais e de desenvolvimento, é através desta integração entre aspectos individuais, sociais e de desenvolvimento que se deve assegurar ao indivíduo o bem fundamental, que é a saúde, proporcionando a ele o bem-estar físico, psíquico e social. Não existe a possibilidade de conceber a saúde senão em uma dimensão coletiva, envolvendo comunidade e Estado não apenas em atividades prestacionais, mas também preventivas de controle sanitário e de zoonoses.

O surgimento de doenças encontra-se ligado mais particularmente a características e fatores individuais, porém existem traços que ligam a saúde a organização social promovida pelo Estado, assim não se poderia falar em responsabilidade pela saúde apenas individual.

É através das doenças transmissíveis que se vislumbra essa faceta, pois as características e fatores sociais, ambientais e econômicos se evidenciam nesta ameaça em que as pessoas por si só pouco conseguem fazer para que possam se proteger, pois há a

¹⁵⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit. p. 10.

¹⁵⁹ Id. Ibid. p. 10.

dependência da intervenção da organização sócio-política e econômica dos Estados no auxílio ao combate e prevenção destas doenças.

Para Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior o conceito de saúde deve decorrer da exigência de sua definição local, com a participação da comunidade envolvida, pois apenas a comunidade local saberia definir seus gastos do orçamento público para decidir os tratamentos ou meios de transporte para doentes que não encontrem a possibilidade terapêutica a disposição no local de origem.¹⁶⁰

Aplicar o direito à saúde no século vinte e um exige que se verifique em cada momento da deliberação e da execução da política sanitária a obediência à Constituição. Tanto preservando o valor saúde nela conceituado, quanto buscando ouvir o povo para definir as ações que concretamente garantirão a saúde naquela situação específica.¹⁶¹

Assim, o direito à saúde no Estado contemporâneo engloba a compreensão do ambiente onde se realizará este direito, deve ser analisado o sentido de saúde que é albergado e necessário em cada comunidade, observando às suas características e dimensões, para promover, proteger e recuperar a saúde das pessoas.

3.2 O DIREITO À SAÚDE: ORGANISMOS TRANSNACIONAIS E RELAÇÕES ENTRE ESTADOS

Na presente vida social a saúde não diz mais respeito apenas a um indivíduo ou a um conjunto de indivíduos, e sim, a um grupo humano ou a toda a humanidade, fenômeno decorrente do processo de internacionalização da vida social, os direitos de titularidade coletiva podem ser representados, por exemplo, pelo direito ao meio-ambiente sadio.

Sueli Dallari afirma que:

A possibilidade de conflito entre os direitos de uma determinada pessoa e os direitos pertencentes ao conjunto da coletividade pode ser imediatamente evidenciada e, talvez, os totalitarismos do século vinte, supostamente privilegiando os direitos de um povo e, nesse nome, ignorando os direitos dos indivíduos, sejam o melhor exemplo de uma das faces da moeda. A outra face pode ser retratada na destruição irreparável dos recursos naturais necessários à sadia qualidade de vida humana decorrente do predomínio do absoluto direito individual à propriedade.¹⁶²

¹⁶⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. p. 15.

¹⁶¹ Id. Ibid. p. 16.

¹⁶² Id. Ibid. p. 17.

A lei que trata dos direitos humanos tem caráter internacional, assim a existência dos direitos pertencentes a toda a humanidade não corresponde à previsão por parte de uns e outros Estados. Pode-se afirmar que o que deu origem as normas internacionais que abrigam os direitos humanos foram as atrocidades cometidas contra a humanidade durante a 2ª Guerra Mundial.

Quando foi criada a Organização das Nações Unidas, ONU, estabeleceu-se a imprescindibilidade da criação de um documento que dispusesse claramente sobre todos os direitos humanos básicos, inclusive os direitos econômicos, sociais e culturais, criando uma comissão de direitos humanos, sendo esta uma das principais medidas da organização que surgia.

Assim, como visto, em dezembro de 1948 foi adotada pela Organização das Nações Unidas, no sistema legal internacional, a declaração universal dos direitos humanos. Através de sua força moral os Estados deveriam se comprometer a cumprir e respeitar os direitos declarados, aumentando a força destes através de um convênio para a sua defesa.

Além da declaração de direitos humanos foram aprovados outros pactos pela Organização das Nações Unidas:

Em 1966 a Assembleia Geral da ONU aprovou dois pactos de direitos humanos: O pacto de direitos civis e políticos e o Pacto de direitos econômicos, sociais e culturais, curiosamente contrariando o estabelecido pela própria Assembleia geral em sua primeira sessão. Com efeito, havia-se decidido, em 1950, que o “desfrute das liberdade civis e políticas e dos direitos econômicos, sociais e culturais são interdependentes” e que “quando um indivíduo é privado de seus direitos econômicos, sociais e culturais, ele não caracteriza uma pessoa humana, que é definida pela Declaração como o ideal do homem livre”.¹⁶³

É importante observar que as convenções são, ainda, o modo mais eficaz para o estabelecimento dos direitos humanos na esfera internacional.

Como já visto, a saúde foi afirmada no art. 25 da declaração de direitos humanos da Organização das Nações Unidas como decorrência do direito a um nível de vida adequado.

Ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁶⁴, adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aborda a saúde em seu artigo 12:

¹⁶³ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. p. 18.

¹⁶⁴ ONU, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 25.08.2011.

Artigo 12 §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. §2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

O conceito de saúde adotados nas declarações e pactos internacionais, como já visto, é o mais amplo possível visando sua promoção, proteção, prevenção e ainda dispendo de ações coletivas para prevenir e tratar epidemias.

Como o direito a saúde é universal se fala em um direito internacional sanitário, assim a sua efetivação se dá dentro do próprio Estado ou sobre ele, o Estado não é mais o único produtor do direito, isto é um fenômeno que se observou após o sistema das Nações Unidas.

Para David Held há uma ordem multilateral relacionada às normas que, desde o surgimento de ordenamentos internacionais em matéria de direitos humanos e a corte internacional penal, se desenvolve, mesmo que com lentidão, para desenvolver um processo legal que reformule a atividade humana e enraizada nas leis, direitos e responsabilidades.¹⁶⁵

Para tentar a solução dos problemas que não podem mais ser resolvidos de forma isolada, há a ultrapassagem de fronteiras decorrente da necessidade global de defender as questões sanitárias, instituindo-se o direito sanitário internacional.

Foi criado um organismo para tratar da questão sanitária global, a Organização Mundial da Saúde que deve auxiliar os Estados na preservação da saúde e ainda evitar surtos epidêmicos que passem a escala nacional ou global, foi no âmbito da OMS que se criou o Regulamento Sanitário Internacional.

Nas Américas a OMS trabalha em conjunto com a Organização Pan-americana de Saúde – OPS que busca cooperar com os Estados aperfeiçoando políticas e serviços públicos de saúde.

Para Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior o conceito de saúde contemporâneo envolve em seu todo “(...) aspectos ligados á organização internacional, seja ela mais diretamente ligada à economia, ou à tecnologia, ou à movimentação das pessoas, ou – ainda –

¹⁶⁵ HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington**. Taurus: Madrid, 2005. p. 157.

à ordem institucional”.¹⁶⁶ Em decorrência disto que a importância dos mecanismos internacionais de proteção da propriedade industrial, e da sua análise, em matéria de produtos de interesse para a saúde vem crescendo.

O exemplo desta análise da propriedade industrial é a chamada Declaração de Doha, de 2001 no âmbito da organização mundial do comércio (declaração sobre o acordo de TRIPS e Saúde Pública; IV Conferência Ministerial da OMS):

Essa declaração versa especificamente sobre a questão das patentes farmacêuticas e sua relação com a saúde pública e aponta a necessidade de implementar e interpretar o acordo TRIPS de maneira condizente e harmônica com a defesa da saúde, de modo a promover o acesso das pessoas aos medicamentos de que necessitam e incentiva a pesquisa e o desenvolvimento de novas drogas. Ela representou a pacificação das divergências entre os chamados países desenvolvidos e os em desenvolvimento, membros da OMS, acerca da interpretação do acordo TRIPS no caso da proteção à saúde pública, principalmente em face da crise da pandemia da AIDS, que afetava drasticamente os países em desenvolvimento.¹⁶⁷

Nesta declaração ocorrida durante a Conferência de Doha se concluiu que existem problemas cuja gravidade ocorre mais em países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento, assim para a efetiva proteção sanitária não basta apenas a previsão, mas também observar a capacidade dos países de produzirem medicamentos genéricos em âmbito nacional.

Assim, toda a discussão quanto aos procedimentos a tomar em matéria de saúde, que é realizada em âmbito internacional, pode influenciar decisivamente no conceito e promoção da saúde a ser implementada no direito de cada Estado.

Há outro exemplo da internacionalização dos aspectos essenciais de regulação da saúde que é a adoção de uma nova revisão do Regulamento Sanitário Internacional, aprovado pela Resolução WHA 58.3 da 58ª Assembleia Mundial da Saúde, em maio de 2005, que entrou em vigor no dia 15 de julho de 2007. Com efeito, no início do século vinte a complexidade social e global apresentada exigia o exame da regulação jurídica das ações de vigilância em saúde no mundo, pois o problema dos riscos globais evidenciava a necessidade da quebra dos limites territoriais como instâncias geográficas de autarquização peculiares aos Estados da modernidade.

A última versão do regulamento internacional que entrou em vigor em 2007 configura a mais profunda revisão do texto, o primeiro Regulamento Internacional fora

¹⁶⁶ DALLARI, Sueli; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. p. 20.

¹⁶⁷ Id. Ibid. p. 20.

adotado em 1951 e com primeira revisão no ano de 1969, sendo posteriormente emendado ou modificado.¹⁶⁸

Entre as principais novidades trouxe a ampliação das doenças de notificação obrigatória, enquanto a revisão anterior, de 1969, determinava a notificação apenas à cólera, peste e febre amarela, o novo regulamento amplia o dever de notificação quando o evento possa constituir uma emergência de saúde pública e de importância internacional.

A atual conjuntura internacional esta marcada pelo contexto de um risco globalizado, que pode desenvolver as velhas e trazer novas pandemias.

O artigo 21 da carta Constitutiva da Organização Mundial da Saúde afirma que:

A Assembleia dispõe de autoridade para adotar Regulamentos sobre quarentena e outros procedimentos destinados a prevenir a propagação internacional de enfermidades; nomenclatura de enfermidades, causa de morte e práticas de saúde pública; normas uniformes sobre o diagnóstico de uso internacional, além da segurança, da pureza, da propaganda e da rotulação de produtos biológicos e farmacêuticos.

E ainda em seu artigo 22 é disciplinado que os Regulamentos entram em vigor nos Estados-Membros após o aviso da sua adoção pela assembleia.

Como se informa:

Assim, diferentemente dos acordos ou convenções da Organização Mundial da Saúde, que, segundo o artigo 19 da Carta, entram em vigor para os Estados-membros quando de sua incorporação às ordens nacionais pelos respectivos processos constitucionais, os Regulamentos dispensam incorporação às ordens jurídicas nacionais.

Note-se, portanto, que os Estados, quando aprovaram e ratificaram a Carta Constitutiva da Organização Mundial da Saúde, já aceitaram sua competência para adotar regulamentos de aplicabilidade imediata. E isso é plenamente justificado por argumentos de natureza técnica.¹⁶⁹

Desta forma questiona Deisy Ventura:

Quem poderia, melhor do que a Assembleia Mundial da Saúde, legislar sobre a prevenção da propagação internacional das doenças, sobre a maneira de proteger-se delas, de dominá-las, e de reagir a elas por meio de ações de saúde pública proporcionais aos riscos que implicam, evitando entraves inúteis à circulação e ao comércio internacionais? (artigo 2º da Carta).¹⁷⁰

¹⁶⁸ DALLARI, Sueli; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. p. 22.

¹⁶⁹ Id. Ibid. p. 22-23.

¹⁷⁰ VENTURA, Deisy. **Rumo às políticas regionais de saúde**. Estudo preliminar sobre a permeabilidade do novo regulamento sanitário internacional nos marcos regulatórios nacional, regional e multilateral. São Paulo: OPAS/OMS/Cepedisa, Janeiro de 2008. p. 10. Disponível em: <http://new.paho.org/hss/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=10434&Itemid=99999999>.

O combate às enfermidades, a formas de realizá-lo, exige que todos os Estados-membros participem das discussões, pois certo é que para suprir todas as diferentes culturas, inclusive jurídicas, estas devem compor as discussões que ocorrem no seio da OMS durante os trabalhos preparatórios do Regulamento.

A Comissão Europeia fez uma relevante Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho, relativa ao Regulamento Sanitário Internacional, em que afirma que a competência para legislar sobre certas matérias englobadas pelo Regulamento Sanitário Internacional não exige os Estados europeus de coordenar o exercício destas atribuições normativas.¹⁷¹

Assim, as normas que forem discutidas internacionalmente e no caso especificamente no Regulamento Sanitário Internacional, podem influir decisivamente no conceito de saúde e direito à saúde que deve ser implementado pelo direito interno dos Estados, que inclusive poderão ter de adequar sua legislação interna de acordo com o Regulamento fazendo a coordenação das ações e dos serviços de vigilância em saúde que permita a atuação eficaz e programe um sistema em saúde capaz de identificar os riscos de doenças e agravos à saúde e procurar combatê-los.

Quanto à influência da globalização da vida social concluem Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Pode-se concluir, portanto, que a globalização da vida social tem impactos constitutivos no conceito de saúde que os Estados Contemporâneos estão obrigados juridicamente a garantir para seus povos. E – importante notar – tais impactos decorrem não apenas das regras de direito adotadas em foros internacionais, cada vez mais incontornáveis, mas também de exigências técnicas, igualmente inafastáveis. É o próprio conceito de saúde que não pode ser compreendido sem o recurso aos direitos de liberdade, de igualdade e de solidariedade entre os povos e as gerações. E isso implica, no mundo actual, a crescente importância das relações internacionais, inclusive para permitir a disciplina nacional do instituto da licença compulsória, a implementação, também nacional, da vigilância em saúde, e o regular envio de material biológico para o exterior para o fim de padronização diagnóstica, por exemplo. Todos esses pontos são elementos essenciais à compreensão jurídica do conceito de saúde no mundo contemporâneo.¹⁷²

Nota-se, com o esboço, que a globalização e a internacionalização do Direito em muito influenciam na adoção de medidas para a manutenção da saúde nos países, as relações internacionais devem ser tomadas visando à promoção da saúde como um direito social à sobrevivência, decorrente do direito à vida, quanto à relação da globalização com o direito à saúde se abordará especificamente no item 3.5.

¹⁷¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. p. 23.

¹⁷² Id. Ibid. p. 29.

3.3 A EVOLUÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Imprescindível também o estudo do direito à saúde e à saúde pública no Brasil, como se deu sua construção/evolução, o que é e como está composto o SUS – Sistema Único de Saúde.

Através do desenvolvimento da legislação sanitária internacional observou-se que a tomada constitucional do Direito à saúde no Brasil restou atrasada, pois como direito fundante do Estado apareceu apenas em 1988.¹⁷³

Sabe-se que o Estado Brasileiro tem organização federativa, assim cada Constituição Estadual poderia abordar as questões de saúde de acordo com as suas peculiaridades, de acordo com o próprio desdobramento previsto na Constituição Federal de 1988 que alçou o direito à saúde como um dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, cada região com suas peculiaridades e necessidades trataram das questões de saúde fazendo com que o conceito de saúde não quedasse uniforme em todo o Brasil.¹⁷⁴

Justamente a partir destas peculiaridades se visualiza a necessidade de análise primeiramente do Direito à saúde e posteriormente do específico caso fronteiriço.

A Constituição de 1988 inovou e reconheceu o Direito à Saúde como um direito fundamental da pessoa humana, porém não se dá aí seu surgimento, o direito a saúde é um direito que veio apresentado anteriormente, mas não como está conquista reconhecida e incorporada constitucionalmente, a construção da saúde pública no Brasil passou por diversas fases abordadas a seguir.

Torna-se necessária uma breve introdução histórica e constitucional do direito à saúde, de como ocorreram as suas primeiras abordagens.

A primeira Constituição brasileira, a do Império de 1824 trouxe inovações em matérias de direitos sociais, apesar de ter forte conteúdo liberal e da herança absolutista sinalizou para os direitos humanos do século XX. Porém, apesar da sinalização para os direitos humanos não se disciplinou especificamente o direito à saúde.

A recente independência do Brasil justifica o fato de não haver norma, regulamento, nem disposição do direito à saúde como princípio, eis que o país iniciava a construção de uma nova sociedade, poucos eram os hospitais e serviços de vigilância sanitária, se não o eram

¹⁷³ SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 43.

¹⁷⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Editora Hucitec, 1995. p. 13.

inexistentes, a saúde na época poderia ser compreendida como uma (des)graça das divindades.¹⁷⁵

A incorporação nas Constituições Brasileiras do direito à saúde se deu de forma lenta, a primeira República ao contrário da Constituição do Império ignorou os direitos sociais, assim evitando também o direito à saúde.

Antes do surgimento do SUS havia um não-sistema de saúde, a chamada República Velha que perdurou no Brasil de 1889 a 1930 e tinha uma concepção liberal de Estado em que este somente interviria nas situações que a iniciativa privada ou o próprio indivíduo não pudesse responder.

Ainda poderia até mesmo afirmar que a Constituição Republicana de 1891 representou um retrocesso com relação aos direitos humanos quando contraposta à Constituição do Império.¹⁷⁶

As epidemias ocorridas ao longo do século XX obrigaram a adoção de medidas sanitárias nas cidades, a realização de campanhas sanitárias e reforma nos órgãos federais marcou a saúde pública brasileira desta época.

Desde a época de 1910 houve um movimento pela mudança na organização sanitária, qual foi liberada por médicos e apoiado por autoridades políticas e de intelectuais, a partir deste movimento, reconheceu-se a importância e foi criado o DNSP – Departamento Nacional de Saúde Pública¹⁷⁷, com estrutura para serviços de saúde pública na área rural de forma permanente.

A Constituição de 1934 representou a intenção da inauguração de um Estado Social brasileiro, houve a inserção nela de preocupações sanitárias, incluiu em seu art. 10, inciso II, a competência concorrente da União e Estados em relação à saúde, responsabilizando-os quanto à matéria.

Especificou ainda adiante em seu artigo 138 que incumbiria à União, aos Estados e Municípios a adoção de medidas legislativas e administrativas para restringir a mortalidade e morbidade infantil, a defesa de higiene social para impedir a propagação de doenças, bem como cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra venenos sociais.

¹⁷⁵ SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44.

¹⁷⁶ Id. Ibid.

¹⁷⁷ O DNSP foi criado em 1920 e esteve subordinado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, a adesão dos estados à política do DNSP foi extremamente rápida, a adesão aos acordos para o saneamento rural revelou o sucesso e o caráter pouco voluntário do arranjo, os estados e as elites locais se conscientizaram dos custos e benefícios da interdependência sanitária e da aceitação das políticas federais. In: HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998. p. 184.

Nesta Constituição de 1934, observou-se a influência de políticos e doutrinadores estrangeiros com relação ao tratamento dado à saúde e a presença dos direitos dos trabalhadores.

Esta fórmula adotada de competência concorrente à União e aos Estados apenas foi encontrada novamente na Constituição de 1988, pois a Constituição de 1937 foi outorgada e acabou por silenciar sobre o tema, da mesma forma que a Constituição de 1946.

A obrigação de planejar e legislar sobre saúde aparece nas Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, o direito à assistência médica e sanitária também é afirmada em todas essas Constituições.

Estes textos anteriores à Constituição Federal de 1988 determinaram a competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, e lhe conferiram a legislação exclusiva a respeito de normas gerais de proteção e defesa da saúde, mantendo a necessidade de obediência que garantiria aos trabalhadores assistência sanitária e médica.

Neste período os direitos sociais reconhecidos aos trabalhadores tiveram uma importante garantia, o Presidente da República que atentasse contra o exercício desses direitos cometia crime de responsabilidade.¹⁷⁸

Apenas na Constituição de 1937 não se incluía no rol de crime de responsabilidade cometido pelo presidente os praticados contra os direitos sociais.

Nota-se que a incorporação dos direitos sociais em texto constitucional brasileiro se deu lentamente, não há texto constitucional referindo-se especificamente à saúde como integrante do interesse público “fundante” do pacto nacional anteriormente à publicação da Carta Magna de 1988.

A Lei Maior impôs critérios para que a saúde fosse corretamente determinada em seu texto, sua realização está vinculada às políticas sociais e econômicas e ao acesso não só às ações de recuperação, mas também de proteção e promoção.

3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Foi adotado no artigo 196 da Constituição de 1988 “o conceito que engloba tanto a ausência de doença, quanto o bem-estar, enquanto derivado das políticas públicas que o têm por objetivo, seja apenas a política, seja sua implementação, traduzida na garantia de acesso – universal e igualitário – às ações e serviços com o mesmo objetivo”.¹⁷⁹

¹⁷⁸ DALLARI, Sueli. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. p. 24.

¹⁷⁹ Id. Ibid. p. 30.

Pode-se afirmar que a partir da Constituição de 1988 houve uma grande revolução no sistema de saúde brasileiro, baseada nas propostas da VIII Conferência Nacional de Saúde¹⁸⁰ que ocorreu em 1986.

No final dos anos oitenta se explicitou a força de movimentos populares em um momento da redemocratização política que culminou na introdução da saúde no rol dos direitos sociais.

Havia o cuidado destes movimentos no sentido de que o direito à saúde não ficasse limitado a uma definição genérica que se abstinhasse de definir como e quais as realizações que o Estado cumpriria.

Assim com sentido a preocupação do constituinte em além de prever a saúde como direito fundamental incluir também disposições concentradas em dar-lhe concretude.

O constituinte na Constituição Federal de 1988 determinou o envolvimento dos entes federados para efetivação da saúde em seu artigo 23, inciso II, definiu a abrangência das ações de saúde e no artigo 198, inciso II, fixou a criação de um Sistema Único de Saúde, para dar efetividade ao direito à saúde.¹⁸¹

O ABC do SUS¹⁸² informa que a Constituição passou a tratar da saúde em uma seção com três aspectos principais. Incorpora, primeiramente, o conceito mais abrangente de que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes o meio físico, o meio sócio-econômico e cultura, os fatores biológicos e a oportunidade de acesso aos serviços que visem à promoção proteção e recuperação da saúde.

A Constituição ainda legitima, em segundo lugar, o direito de todos, sem discriminação, as ações de saúde, além de dispor que é responsabilidade do Governo, ou seja, do poder público prover o pleno gozo desse direito, precisar do acesso aos serviços e ações de saúde é a única condição para gozar deles.

¹⁸⁰ Em agosto de 1985 foi instituída a Comissão Organizadora da VIII Conferência Nacional de Saúde, o relatório elaborado pela comissão e aprovado em novembro de 1985, estabeleceu que a VIII Conferência Nacional de Saúde teria como finalidade propor critérios para a reformulação do Sistema Nacional de Saúde junto à Assembleia Nacional Constituinte. Realizada em março de 1986, teve a participação de mais de quatro mil pessoas, com representantes de quase todas as entidades públicas do setor saúde. Sua principal conquista foi a elaboração de um projeto de Reforma Sanitária defendendo a criação de um sistema único de saúde que centralizasse as políticas governamentais para o setor, desvinculadas da Previdência social e, ao mesmo tempo, regionalizasse o gerenciamento da prestação de serviços, privilegiando o setor público e universalizando o atendimento. Por outro lado afirmava-se um conceito ampliado de saúde, como resultante de condicionantes sociais, políticas e econômicas. Disponível em: <http://www.cocsite.coc.fiocruz.br/areas/dad/guia_acervo/arq_pessoal/conferencia_nacional.htm>. Acesso em 19.08.2011.

¹⁸¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 77.

¹⁸² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. **ABC do SUS — Doutrinas e princípios**. Brasília: 1990.

É estabelecido por último o Sistema Único de Saúde, de caráter público, e composto por uma rede de serviços regionalizada, hierarquizada e descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, e sob controle de seus usuários.

A implantação do Sistema Único de Saúde teve como objetivo melhorar a qualidade da atenção dada à saúde no país, proporcionando a todas as pessoas serviços e ações de saúde.

O SUS em conjunto com a previdência e assistência social (artigo 194 da CF de 1988) forma um sistema integrado que objetiva assegurar a dignidade material a todos, possui uma estrutura própria para concretizar o direito à saúde.

A afirmação constitucional em seu artigo 198, *caput*, institui esta ideia de sistema, forma um arranjo destinado à concretização da saúde, prescrevendo que “as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único...”.

Esta afirmação, dentre outros significados, determina que todos os recursos públicos, materiais e humanos, em matéria de saúde integram o sistema único.¹⁸³

A União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios são os financiadores do SUS, e a responsabilidade destes é solidária, não há subordinação de um ente a outro, para o cumprimento dos serviços públicos de saúde que devem ser prestados em favor da população, assim disposto no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, houve a integração automática de todos no SUS, devendo reunir esforços para a realização de suas finalidades e diretrizes.

Ao invés de autonomia entre os entes há uma integração automática de todos eles a um sistema, devendo concorrer com ações e recursos devendo formar um conjunto para realizar os objetivos atribuídos pela Constituição federal para concretização do direito à saúde de forma universal.

3.5 A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO À SAÚDE

Nos dias atuais as comunidades já não podem mais ser tidas como isoladas, não é possível ignorar a globalização, em todas as suas feições, ela gerou uma revolução nos setores da vida e do cotidiano humano.

A oposição nacionalista não consegue conter a globalização, ao mesmo tempo em que se observa a globalização econômica, os países mais ricos e desenvolvidos que pretendem manter suas práticas protecionistas, incentivam e impõem o livre comércio aos países menos desenvolvidos.

¹⁸³ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. p. 77.

Os caminhos dos países estão entrelaçados, isto é um fato que não se pode interromper, o direito à saúde é um grande exemplo destas relações, a saúde engloba a aversão às doenças e contaminações que não encontram fronteiras, principalmente com a facilidade de mobilidade que é observada no mundo, desta forma a temática saúde deve ser tratada pelos Estados em feições inter e intra governamentais.

O que se deve aplicar são ações em todos os âmbitos, trans, inter e nacionais visando à promoção, recuperação e preservação da saúde, isso já é introduzido e provocado pelas organizações internacionais, como a OMS – Organização Mundial da Saúde.

Dalmo de Abreu Dallari liga o surgimento da globalização à dissolução da União Soviética que afirma ter desaparecido por suas contradições e injustiças internas, dando às elites políticas, econômicas e sociais liberdade para acentuar aos seus privilégios tradicionais, assim a ideia de globalização surgiu “implicando a existência de um mundo sem fronteiras, a supremacia das leis do mercado nas relações sociais, a redução dos direitos dos trabalhadores e, para diminuição dos encargos sociais e aumento da área de exploração econômica, a privatização (...).”¹⁸⁴

Já David Held defende que a globalização se refere à ordem, cada vez mais global, com a qual se produziu a expansão dos mercados globais, o que perturbou às políticas, esta expansão possibilitaria a saída dos capitais internos e introduziria a discussão das economias nacionais em toda agenda política. No entanto, a história da globalização não seria de toda econômica, também deve se ater ao grande desenvolvimento da legislação e justiça internacional, que se iniciou com o surgimento das Nações Unidas até chegar à União Europeia, desde a troca das leis de guerra pela promoção dos direitos humanos, e do surgimento das normas de direito ambiental internacional ao implemento da corte penal internacional, desta forma a voz da globalização muda visando à reformulação da atividade humana fundamentada na lei, nos direitos e nas responsabilidades.¹⁸⁵

A globalização se trata de um fenômeno renovado no final do século XX e início do atual, o direito à saúde deve ser analisado como um projeto de toda a sociedade em um momento em que o Estado apresenta sua situação nova¹⁸⁶, através de um processo de desterritorialização e reconfiguração das fronteiras “modernas”.

¹⁸⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ética Sanitária**. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). Brasil. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Coletânea de textos. Vol. 01. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 63.

¹⁸⁵ HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington**. p. 15-16.

¹⁸⁶ Como Estado Democrático, mesmo rompendo, desconstruindo e reconstruindo seus espaços e estratégias de atuação.

A respeito da globalização Diogo de Figueiredo Moreira Neto vai informar que esta atinge profundamente o Estado e influencia fortemente suas mutações, “(...) como um amadurecer de *novos aspectos juspolíticos finalísticos do humanismo*, em que se destaca a emergência de uma nova identidade da *sociedade* (...)”¹⁸⁷.

De acordo com José Luiz Bolzan de Moraes a globalização pode impor um padrão único e totalizante de condutas, interrogando tanto o Direito quanto a Democracia enquanto mecanismos e vias de acesso e concretização dos Direitos Humanos, mas por outro lado, a globalização pode ser um projeto civilizatório que conjuga perspectiva universal, em escala mundial e se concretiza no plano local a partir de padrões compartilhados de justo e de interações variadas entre os diversos âmbitos onde se desenrolam as relações sociais contemporâneas.¹⁸⁸

Estar-se-ia diante de uma nova perspectiva para construção de uma sociedade justa e solidária, sob o viés de uma interação cosmopolita em um ambiente que Ulrich Beck chama sociedade de riscos.

Assim, o risco se torna cada vez mais a causa e meio de reconfigurar a sociedade. Como expõe Ulrich Beck em recente ensaio “No início do século XXI vemos a sociedade moderna com olhos diversos – e este nascimento de um “olhar cosmopolita” faz parte do inesperado, do qual deriva uma sociedade mundial do risco ainda indeterminada. De ora em diante, nada do que acontece é somente um evento local”.¹⁸⁹

Poder-se-ia construir uma sociedade solidária desde uma lógica humanitária, um pensamento universal democrático que, ao mesmo tempo em que se pretende “global” não visa à diluição das diferenças, harmonizando e não unificando posições.

Para Mireille Delmas-Marty, deve-se operar com a distinção globalização da economia/universalização dos direitos humanos, enquanto o termo mundialização manteria uma neutralidade “que jamais perderá, caso não se resigne rapidamente ao primado da economia sobre os direitos do homem”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. p. 61.

¹⁸⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **GLOBALIZAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO. Notas para reflexão!** Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v39n2/art03_bolzan.pdf>. Acesso em: 20.10.2010.

¹⁸⁹ BECK, Ulrich. **Conditio humana. Il rischio nell'età globale**. Tradução de Benno Dischinger. Disponível em: <http://www.jornalrebate.com.br/site/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2809>. Acesso em: 14.10.2010.

¹⁹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 8-9.

O projeto do Estado de Direito incorpora conteúdos novos – liberdades, igualdades e solidariedades, ele supõe garantias, prestações ou transformações, e não pode ocorrer o esfacelamento das condições necessárias e suficientes para a sua concretização priorizando-se a economia em detrimento de um direito fundamental.

Afirma-se que justamente a globalização e o crescimento da interdependência e das comunicações fazem possível a perspectiva de um constitucionalismo mundial principalmente para a tutela dos direitos humanos, neles incluídos os direitos sociais vitais e, assim, o direito à saúde.¹⁹¹

Além do que, através dos impactos da globalização, riscos de desintegração dos Estados, os direitos rumam à internacionalização através da transcendência de limites e entraves e de limites das unidades estatais.

Observe-se que se o segundo pós-guerra fomentou a criação de proteção internacional de direitos humanos, também incentivou a criação de organizações visando a cooperação e integração econômica, há a marca da internacionalização dos direitos humanos e a criação dos blocos internacionais através da cooperação e integração entre os Estados por meio da celebração de tratados internacionais.

Para a releitura da nacionalidade para a efetivação do direito à saúde que se defende, com o exemplo fronteiriço temos a região de Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná, e assim cumpre analisar brevemente a integração econômica latino-americana, destacando-se o Mercosul, uma vez que a cidade faz fronteira com mais dois países integrantes do bloco – o Paraguai e a Argentina.

Este processo do Mercosul insere-se no processo atual de cooperação e integração entre Estados, e foi instituído pelo Tratado de Assunção em 1991 pretendendo a Constituição de um mercado comum entre, inicialmente, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai.

O propósito básico deste Mercado Comum seria ampliar as dimensões dos mercados dos países envolvidos através de uma integração, sempre visando o desenvolvimento destes agregados à justiça social.¹⁹²

A respeito, as Constituições dos países do Mercosul como marco jurídico da transição democrática nestes países alçaram e fortaleceram os direitos humanos, ao consagrarem o respeito a estes direitos como paradigma propugnado à ordem internacional, fala-se da abertura que este princípio democrático provoca, das ordens jurídicas nacionais ao

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoria Del neoconstitucionalismo Ensayos escogidos**. p. 89.

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. **Globalização econômica, integração regional e direitos humanos**. In: Revista Interesse Público, n. 13, 2002. p. 53.

sistema internacional dos direitos humanos, ainda, através da mudança na concepção da soberania nacional e a não-intervenção, provocando uma relativização destes postulados. Estas Constituições além da proteção aos direitos humanos inserem cláusulas que visam à integração regional econômica, refletindo a abertura do Direito Constitucional às normas internacionais. Este processo poderia ser chamado de internacionalização do Direito Constitucional, através da constitucionalização do Direito Internacional.¹⁹³

Com a internacionalização dos direitos humanos as Constituições devem respeitar seus parâmetros internacionais mínimos visando à proteção dos direitos sociais vitais, neles incluído o direito à saúde, esta proteção é pressuposto mínimo dos constitucionalismos, não havendo possibilidade do sistema ir contrariamente aos direitos humanos.

Inicialmente o Mercosul e a União Europeia surgiram para proporcionar uma maior integração e cooperação econômica, ocorre que gradativamente ampliaram suas agendas de integração, incluindo a consolidação da democracia e a proteção e efetivação dos direitos humanos como objetivo comum.

A defesa da democracia no âmbito do Mercosul restou clara quando em 1999 se instalou uma crise política no Paraguai e houve a invocação da cláusula democrática do Mercosul, firmando-se o entendimento de que eventual golpe militar poderia levar à expulsão do Paraguai do Mercosul, esta cláusula democrática foi inserida ao Tratado de Assunção através do protocolo de Ushuaia de 1998, impondo que toda alteração da ordem democrática constituiria obstáculo ao processo de integração. Assim, a integração dos países tem como exigência de requisito essencial a democracia vigente como forma de governo.¹⁹⁴

Inexiste no Mercosul uma carta de direitos fundamentais, porém a própria integração é pautada na proteção destes direitos, entre eles os direitos sociais vitais.

A globalização poderia impor “restrições” à capacidade regulatória dos entes estatais, promovendo uma “colonização” da legalidade/legitimidade do direito pelo eficácia/eficiência da economia, mas também poderia ser percebida desde uma perspectiva de integração entre Estados, até então desconhecidos ou pouco desenvolvidos.

Ainda, aborda-se que sob a égide da globalização o agigantamento do poder privado faria sombra ao poder Estatal, na sua incapacidade em reagir ou controlar as decisões, o

¹⁹³ “(...) Se, de um lado, o constitucionalismo contemporâneo passa a albergar, cada vez mais, cláusulas constitucionais abertas, que permitem a interação da ordem local com a ordem internacional, por outro lado, a ordem internacional torna-se cada vez mais consolidada, mediante um elevado grau de positividade; ao normativa, particularmente no campo dos direitos humanos. (...)”. PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 56-57.

¹⁹⁴ Id. Ibid. p. 55.

Estado teria de se adaptar aos interesses e vontades do capital transnacionalizado, onde, substitui-se a política pelo mercado, como instância privilegiada de regulação social.

Por outro lado, informa David Held que algumas grandes empresas se dão conta de que a situação do mercado pode mudar com rapidez, por isso parte delas investe no estrangeiro, em países pobres, gerando mais empregos e levando até eles mais tecnologias e capacitação. Assim, isto pode ser uma grande vantagem para estes países e não significar apenas a perda de seu poder e controle.¹⁹⁵

Com o reconhecimento crescente dos direitos humanos e, particularmente, com a emergência do direito internacional dos direitos humanos, os laços entre o direito interno e o direito internacional passaram a ser revisitados. Tal debate também pode repercutir no direito constitucional, em particular, como cenário através do qual se constroem as relações entre o interno e o externo, o direito nacional e o direito internacional.

Isto aponta para aquilo que está se nomeando constitucionalismo global. Entretanto, as características destes são insuficientes para superar a fórmula clássica do constitucionalismo nacional. Como informa Canotilho:

O poder constituinte dos estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, estar hoje vinculado por *princípios e regras* de direito internacional peremptório (...) em *parâmetro de validade* das próprias Constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional.¹⁹⁶

A relação entre a globalização da economia e a internacionalização do direito e o direito à saúde reside na defesa deste em âmbito global e não mais local, como direitos sociais vitais e fundamentais.

Como afirma Alfonso de Julios-Campuzano:

Os direitos não podem ser o fruto das conquistas mercantis no *ring* da economia, porque este é um combate sem regras, assimétrico, desigual e iníquo. A força normativa dos direitos não pode ficar condicionada a uma vitória trucada, que condena à miséria três quartos da população mundial. A globalização apresenta assim um desafio que não podemos iludir: seguir entendendo os direitos humanos como subprodutos políticos-culturais objeto de apropriação ou, pelo contrário, abandonar os esquemas de uma realização parcial e fragmentária, condensada no modelo estatal-nacional, para dar passo a uma concepção omnicomprensiva dos direitos humanos que contemple os problemas em sua radical complexidade, como algo que concerne a toda humanidade.¹⁹⁷

¹⁹⁵ HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington**. p. 31.

¹⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2. ed. Coimbra: Almedina. p. 1219.

¹⁹⁷ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 131.

Os problemas e desafios globais não se resolvem mais com a atuação de apenas um Estado-nação, deve-se recorrer a atuações coletivas e cooperativas, algo que as nações no mundo não aplicam como deveriam para tratar a estas questões, a efetivação do direito à saúde deve ser promovida por todos os Estados sem distinção, deve haver colaboração e cooperação internacional e transnacional.

Para Dalmo de Abreu Dallari uma forma de lutar contra as reações anti-humanitárias decorrentes da globalização seria analisar o direito à saúde visando à ética nas relações. “(...) Para que a saúde de todos os seres humanos esteja entre as prioridades na utilização dos recursos disponíveis, bem como para que os avanços da ciência e da tecnologia, quando verdadeiros, tenham como parâmetro de validade o benefício da pessoa humana”.¹⁹⁸

Assim, vislumbra-se que não importa o quanto a globalização econômica avance, em que estágio se proponha, deve sempre haver o respeito e efetivação do direito fundamental à saúde de todas as pessoas.

A sociedade constituída por diferenças deve, assim mesmo, estar fundamentada nos direitos fundamentais para que haja a sua consolidação, mesmo presentes as imprevisões da realidade globalizada.

3.6 O REDIMENSIONAMENTO DOS ELEMENTOS DO ESTADO COM O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO-NAÇÃO

A globalização econômica implica em uma radical mudança no perfil do Estado contemporâneo, particularmente em seu caráter soberano, o que reflete sobre a sua capacidade de auto-organização.

Para David Held, a globalização não implica no fim do Estado-nação, mas sim a sua reformulação ou reconfiguração:

*Con esto no queremos decir que la globalización no haya alterado la naturaleza y la forma del poder político; sin duda lo ha hecho. Sin embargo, no se há limitado a erosionar o socavar el poder de los estados sino que lo há reformulado y reconfigurado. Esto nos lleva a um panorama político mucho más complejo que el que propugna que la globalización supone la muerte del Estado moderno.*¹⁹⁹

¹⁹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ética Sanitária**. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). Brasil. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. p. 64.

¹⁹⁹ “Com isso não queremos dizer que a globalização não tenha alterado a natureza e a forma do poder político; sem dúvida o fez. No entanto, não se limitou a corroer ou minar o poder dos estados, mas o reformulou e reconfigurou. Isto nos leva a um panorama político muito mais complexo que aquele que propõe que a

Essa soberania compulsoriamente partilhada aponta para a flexibilização do constitucionalismo, podendo em uma perspectiva otimista falar sobre uma transformação do caráter soberano dos Estados Nacionais, passando estes a operarem sob o signo da cooperação.

Assim José Luis Bolzan de Moraes vai informar que se observa a incompatibilidade das noções clássicas de democracia e de cidadania com uma desterritorialização que é provocada pela globalização. E ainda que, se deve observar a cidadania e a democracia além do tradicional espaço nacional da modernidade e do Estado-nação e expandi-las para o espaço supranacional, seja através das relações privadas, seja das relações interestatais. Assim, defende a necessidade da transformação do conceito/instituto da cidadania para alçá-la a um âmbito mundial.²⁰⁰

O enfraquecimento do Estado-nação causa modificação no perfil da cidadania e da soberania, além dos impactos nas Constituições e democracias.

Como observado anteriormente pelo fenômeno da globalização, a integração entre os Estados se torna mais visada tentando se afastar de isolamentos, esta é a razão pela qual os fenômenos de integração europeia e latino-americana não cessam e assim a soberania passa a ter outra feição.

Vicente de Paulo Barreto informa que:

Trata-se, assim, da constatação de que a soberania, como concebida pela tradição clássica do pensamento político e jurídico encontra-se questionado por uma rede de novos desafios. Surgem os desafios encontrados na área da ecologia, da complexidade tecnológica crescente do desenvolvimento e de suas conseqüências sociais, do aprofundamento do fosso entre nações ricas e pobres, das correntes migratórias, internas aos próprios países e entre países, diante dos quais as respostas convencionais encontradas no Estado e no Direito clássico tem sido insuficientes.²⁰¹

A saúde como um direito a ser efetivado o deve ser com respostas dos Estados nacionais, bem como com o desenvolvimento dos direitos humanos em âmbito internacional e através de fenômenos como a integração.

globalização supõe a morte do Estado moderno.” (tradução própria). HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington**. p. 29.

²⁰⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. op. cit. p. 97-98.

²⁰¹ BARRETO, Vicente de Paulo. **Direitos Humanos, Democracia e Globalização**. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. **20 Anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 268-269.

Afirma-se que a soberania clássica do Estado apresentou diversas alterações, pois a soberania e a autonomia da nação agora estão inseridas em um marco jurídico e de governança mais amplo. Já não se pode mais observar a soberania como um poder efetivo e livre de amarras, mas um Estado legítimo deve se submeter à democracia e aos direitos humanos.²⁰²

Os Estados cada vez mais devem se submeter às normas de direito internacionais e, ainda, às instâncias jurídicas internacionais como o Tribunal Penal Internacional. Também ratificando os tratados sobre direitos humanos os Estados se submetem à ONU, que pode investigar a violação destes.

Com arrazoa David Held:

*Dentro del conjunto de la comunidad internacional, las leyes que afectan a la guerra, los sistemas armamentísticos, los crímenes de guerra, los derechos humanos y el medio ambiente, entre otras áreas, han transformado y delimitado el orden de los estados, enraizando los sistemas políticos nacionales en nuevas formas y estratos de responsabilidad y gobernanza (que van desde ordenamientos concretos, como el Tratado de No Proliferación Nuclear, a marcos de regulación más amplios, fijados por la Carta de las Naciones Unidas y una gama de organismos especializados).*²⁰³

Assim, vê-se que a comunidade internacional acaba por transformar e delimitar a ordem dos Estados, incumbindo a estes novas formas de responsabilidade e governança, de maneira que os limites entre os Estados, as nações e as sociedades já não têm mais o mesmo valor que possuíam diante da soberania clássica, podem ser julgados em virtude destes padrões gerais, universais.

Afirma-se que os governantes das democracias devem implantar políticas públicas, de segurança, de comércio, de tecnologia, de assistencial social – abrangendo a assistência à saúde, porque acreditam que isto lhes foi ordenado e tem razão em suas suposições.²⁰⁴

As ordens surgem do âmbito internacional, através de leis e declarações e ainda podem surgir dos blocos a que os países fazem parte.

Para David Held:

²⁰² HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington.** p. 177.

²⁰³ “Dentro da comunidade internacional como um todo, as leis que dizem respeito a guerra, aos sistemas de armas, aos crimes de guerra, aos direitos humanos e ao meio ambiente, entre outras áreas, tem transformado e delimitado a ordem do Estado, enraizando os sistemas políticos nacionais em novas formas e camadas de responsabilidade e governança (que vão desde sistemas específicos, tais como o Tratado de Não proliferação nuclear, até estruturas mais amplas de regulamentação, instituídos pela Carta das Nações Unidas e uma série de organismos especializados).” (tradução própria). Id. Ibid. p. 179-180.

²⁰⁴ Id. Ibid. p. 181.

*Aunque la democracia sigue estando enraizada en una concepción territorial fija y delimitada de lo que es la comunidad política, las fuerzas regionales y mundiales de la actualidad obstaculizan cualquier correspondencia sencilla entre territorio nacional, soberanía, espacio político y comunidad política democrática. Esas fuerzas hacen que el poder y los recursos fluyan a través, por encima y alrededor de los límites nacionales, y que escapen al control de los mecanismos democráticos de la nación.*²⁰⁵

Essa fluência, de poder e recursos além dos limites nacionais, levantam a questão de quais processos econômicos devem ser regulados, quem deve responder por eles e em que nível, é evidente que os governos em cidades, Estados ou organismos, continuarão sendo arbitrários a não ser que atuem através de processos democráticos.

Pode-se encontrar uma grande dificuldade em colocar em prática e aplicar os direitos democráticos e humanos, assim como o conjunto do direito internacional, as faltas de oportunidades vitais da população mundial podem advir dos problemas culturais, religiosos e políticos de determinadas regiões e isto contribui para que as pretensões universais em matéria de direitos humanos e seus impactos se vejam limitadas.²⁰⁶

Há um esgotamento onde as bases dos Estados Nacionais, berço do constitucionalismo, esvaem-se abrindo caminho para um pluralismo jurídico que pode ser chamado de desconstitucionalizante.

Em seu lugar, insere-se uma ordem sem limites geográficos e conteúdos flexíveis, sem espaços próprios pré-determinados, dando lugar a pactos estruturantes organizadores e ordenadores do ser-estar no mundo internacional.

Afirma David Held:

*Hoy en día, el intento de desarrollar el derecho internacional, de fomentar la capacidad de las instituciones internacionales para mantener e imponer la paz y de levantar puentes entre la globalización económica y las prioridades de justicia social no solo se ve amenazado por los peligros planteados por grandes redes terroristas, sino por reacciones profundamente desencaminadas que éstos han suscitado y a las que ha dado una forma especial la nueva agenda de seguridad de los neoconservadores estadounidenses y la doctrina de seguridad nacional de la actual administración norteamericana (publicada en septiembre de 2002), con su énfasis en la necesidad de un enfoque unipolar y unilateral, y en la utilización preventiva de la fuerza.*²⁰⁷

²⁰⁵ “Enquanto a democracia continua enraizada em uma concepção territorial fixa e limitada do que é a comunidade política, as forças regionais e globais de hoje impedem qualquer correspondência simples entre território nacional, soberania, espaço político e comunidade política democrática. Essas forças fazem com que o poder e os recursos fluam através, sobre e em torno das fronteiras nacionais e fora do controle do mecanismo democrático da nação”. (tradução própria). HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington.** p. 182.

²⁰⁶ Id. Ibid. p. 183-184.

²⁰⁷ “Em nossos dias a tentativa de desenvolver o direito internacional, para construir a capacidade das instituições internacionais para manter e impor a paz e construir pontes entre a globalização econômica e as prioridades da justiça social não estão ameaças apenas pelos riscos planejados das grandes redes de

Pode-se dizer, portanto, que com relação ao terrorismo que se observa atualmente estes são sim uma ameaça à justiça social, mas não são a única, sendo que a atual doutrina de segurança dos Estados Unidos rompe com as premissas fundamentais da ordem mundial, visando impor a sua concepção de riscos, avaliando ameaças e pretendendo impor a sua justiça em todo o mundo.

Para David Held, um dos passos para solucionar estas questões na discussão mundial, seria vincular os aspectos da segurança com os direitos humanos previstos na legislação internacional.²⁰⁸ O direito internacional, então, a partir de 1945 passou a se impor uma vez que a soberania já não se manifesta unicamente como poder efetivo, mas se define cada vez mais em função da manutenção de todos os valores democráticos e da proteção dos direitos humanos.

Deve haver um acordo com o império da lei e a proteção dos civis quaisquer que sejam a sua nacionalidade ou o lugar em que vivam. Ocorre que o papel da Constituição dos Estados não pode ser considerado como acabado, mesmo que passe por uma reformulação profunda produto de uma realidade nova, o seu prestígio teórico deve ser repisado para que se possa inscrever uma referência linguística de justiça na incerteza cotidiana, seja em que espaço isto ocorra, nacional, transnacional ou internacional.²⁰⁹

As Constituições sempre foram os reflexos da ocorrência do poder soberano dos Estados Nacionais dotados de um território e de um povo sobre e para os quais se constituíam e organizavam em um documento legislativo supremo as formas e os conteúdos da vida política e social da comunidade.

Quando desaparecido, transformado ou minimizado o poder característico do Estado Moderno - a soberania -, o constitucionalismo teria que se dirigir para outro ambiente, como foi exposto no item passado, falando-se inclusive em uma internacionalização do Direito Constitucional ou uma constitucionalização do Direito Internacional, assim como as normas e regulamentos internacionais em matéria de direito sanitário.

reações terroristas, senão por reações profundamente equivocadas que estes riscos tem levantado e que apresentou um formato especial da nova agenda de segurança dos neoconservadores norteamericados e a doutrina de segurança nacional da atual administração americana (publicado em Setembro de 2002) com sua ênfase sobre a necessidade de um uso unipolar, unilateral e preventivo da força". (tradução própria). HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington**. p. 187.

²⁰⁸ Id. Ibid. p. 189.

²⁰⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Globalização, Direitos Humanos e Constituição. Notas para reflexão!** Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v39n2/art03_bolzan.pdf>. Acesso em: 20.10.2010.

Para Ferrajoli, essa crise do Estado, é uma crise com consequências imprevisíveis, mas de época, devendo a cultura jurídica e política pautar-se no direito, superando sim o Estado nacional por meio de uma reconstrução do direito internacional, “fundamentado não mais sobre a soberania dos Estados, mas desta vez sobre as autonomias dos povos”²¹⁰.

Ocorre que os direitos humanos e a tentativa de dar-se efetividade aos mesmos esbarram nos mais diferentes empecilhos, seja de ordem prático-política: governos autoritários; de ordem teórico-jurídica: convivência de ordens jurídicas diversas; ou de ordem econômica: propostas neoliberais orientadas por um projeto econômico globalizado, onde a orientação da política e do jurídico se dá sob a égide de um discurso calcado na ideia de eficácia, flexibilização, desregulação.

Isto direciona o debate constitucional para um novo aspecto de um constitucionalismo desvinculado dos Estados Nação, ou de um supraconstitucionalismo alicerçado em bases comunitárias e com capacidade regulatória superposta àquelas dos Estados Parte dos blocos comunitários.

Para David Held “*En concreto, la transformación de la soberanía y la gobernanza se basa en valores y principios que apuntan más allá del estatismo y el nacionalismo. Son valores y principios cosmopolitas, desplegados para circunscribir y delimitar el rostro inaceptable de la soberanía estatal*”.²¹¹

Poder-se-ia observar a regionalização/comunitarização como um processo a abrir caminho para um constitucionalismo e uma política planetários.

Para Canotilho:

A globalização das comunicações e informações e a expansão mundial de unidades organizativas internacionais, privadas ou públicas, deslocam o papel obsidiante do ‘ator estatal’, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política econômica cada vez mais estruturante (...). O dogma do Direito Constitucional centrado no Estado e na soberania estatal tende a fragilizar-se. A internacionalização e a ‘marcosualização’ tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as Constituições são relegadas para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’. Mesmo que as Constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios e aduar-se no plano político e no plano normativo aos esquemas regulativos das novas associações abertas de Estados nacionais abertos.²¹²

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. p. 52.

²¹¹ “Em particular, a transformação da soberania e do governo é baseado nos valores e princípios que apontam além do estatismo e do nacionalismo. São valores cosmopolitas e princípios, implantados para limitar e definir a face inaceitável da soberania do Estado”. (tradução própria). HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington**. p. 203.

²¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1217.

Apenas as Constituições estatais já não são suficientes para equilibrar a existência dos valores de solidariedade social, de política democrática e as eficiências do mercado. Assim, David Held defende uma socialdemocracia global, que pretenderia levantar um projeto de democracia social, sem deixar de incorporar os avanços após o holocausto, com o objetivo de adquirir alguns valores e interpretações da socialdemocracia, aplicando estes a nova constelação econômica e política global.²¹³

Essa desvinculação do paradigma do Estado também é defendida por Ferrajoli, pela reconstrução do direito internacional, afirmando, no entanto que o paradigma deve sempre ser constitucional:

O paradigma, em todo caso, não pode ser senão aquele do Estado constitucional de direito, que nos foi consignado pela experiência das democracias modernas: ou seja, o da sujeição à lei dos organismos da ONU, de sua reforma em sentido democrático e representativo, enfim, da instauração de garantias idôneas que visem a tornar efetivos os princípios da paz e os direitos fundamentais, tanto dos indivíduos quanto dos povos, em seu relacionamento com os Estados.²¹⁴

Inclusive, David Held apresenta um projeto com direção para a mudança, com claros pontos orientadores, para um novo pacto mundial de socialdemocracia global, apresentando como objetivos institucionais o império da lei, igualdade política, democracia, justiça social mundial, solidariedade e comunidades sociais, eficiência econômica e equilíbrio ecológico ambiental.

Com medidas em longo prazo na área de governo para democratizar o governo nacional e supra-estatal, com uma cidadania ‘multinível’, um convênio constitucional mundial explorando as normas e mandatos dos novos organismos democráticos mundiais, novos mecanismos fiscais internacionais; e medidas na área do direito com o estabelecimento de um tribunal internacional que cuide das questões de direitos humanos, apoiado com uma sólida rede de instâncias judiciais regionais e a consolidação de pautas laborais, de proteção social e meio-ambientais no *modus operandi* corporativo.²¹⁵

Como aborda o doutrinador pretende instituir uma cidadania ‘multinível’, a cidadania como um dos elementos, do Estado, que também sofreu alteração.

Para Pérez Luño a concepção de cidadania ilustrou os processos revolucionários burgueses, que determinaram a consagração desta categoria jurídico-política nos Estados de

²¹³ HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington.** p. 205.

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno.** p. 52.

²¹⁵ HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington.** p. 208-209.

Direito liberais, a cidadania foi um instrumento básico de emancipação política e jurídica dos quais gozaram os cidadãos, por outro lado, supôs uma prática discriminatória na titularidade e no exercício de sua condição.²¹⁶

A abordagem da cidadania foi retratada também no item 2.7 do presente estudo, onde se retratou a visão de Thomas Marshall através de Ferrajoli, que para Pérez Luño foi decisiva em abrir o amplo debate da revisão e crítica do conceito liberal de cidadania, sua tese foi fator relevante na atual conjuntura de controvérsia e crise do modelo teórico da cidadania.²¹⁷

O conceito moderno de cidadania esteve ligado ao de nacionalidade, no Estado liberal de direito ser cidadão equivalia a ser nacional do Estado.

Nas sociedades atuais e complexas com diversas culturas e nacionalidades, a equiparação de nacional a cidadão está ultrapassada. Assim, como o exercício da cidadania atualmente é muito mais complexo que em épocas anteriores, sendo uma das razões para a necessária revisão de seu conceito, há uma insuficiência no conceito de cidadania.

José Luiz Bolzan de Moraes, com relação à cidadania para concretização de direitos humanos, defende que:

Importante pensarmos uma *ciudadania cosmopolita* que vá além da simples extensão do conjunto de direitos civis, políticos e sociais e suas respectivas garantias para a seara internacional, *mas* que se constitua em deveres éticos para com os outros para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais, culturais, etc.²¹⁸

Mas a revisão crítica que se desenvolve com relação ao conceito de cidadania, quando a vincula a uma cidadania social e a fragmentação da ideia da cidadania, desemboca em posturas que reivindicam a própria abolição do conceito.

Esta “abolição” é a visão que se defende, abordada no item 2.7 do estudo, porém o que é defendido é a não necessidade da cidadania para a efetivação dos direitos humanos, bem como a releitura da nacionalidade para a efetivação dos direitos sociais vitais, nele incluído o direito à saúde.

Pérez Luño informa que a teoria de Luigi Ferrajoli é a que se destaca com relação à crítica da atual noção de cidadania. Destaca-se a sua inequívoca proposta de superação da

²¹⁶ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Ciberciudadanía@ o ciudadaní@.com**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. p. 30.

²¹⁷ Id. Ibid. p. 32.

²¹⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. p. 98-99.

ideia de cidadania, considerando-a não apenas inadequada do ponto de vista da teoria jurídica, mas imputando à noção a responsabilidade por práticas políticas indesejáveis.²¹⁹

Entre as práticas políticas indesejáveis decorrentes da vinculação da cidadania, destacam-se as práticas discriminatórias quando na história já fora concedida a cidadania apenas aos homens, restringindo os direitos das mulheres.

A visão de Thomas Marshall criticada por Ferrajoli apresentava uma visão de cidadania que englobava os direitos civis e políticos, assim como os direitos sociais, portanto Ferrajoli defende uma teoria que impugna a cidadania para evitar até mesmo uma confusão e ampliação desmedida dos direitos de cidadania.²²⁰

Desde a declaração, da Revolução Francesa, dos direitos do homem e do cidadão, há uma diferenciação entre pessoa e cidadão, havendo os direitos de personalidade, de todas as pessoas, e os direitos do cidadão, exclusivos destes.

Quanto às tendências supranacionais e a necessidade de substituir os direitos de cidadania por direitos de personalidade, pela própria erosão da soberania estatal clássica, afirma-se:

*La propia erosión de la soberanía estatal, motivada por las tendencias supranacionales del presente, así como la exigencia de la dignidad e igualdad de todos los hombres que garanticen no sólo sus derechos individuales, sino también los de naturaleza económica y social, determinan la necesidad de substituir los derechos de ciudadanía por los derechos de la personalidad.*²²¹

Arzaola Pérez Luño que os direitos de cidadania hoje devem ser substituídos por direito de personalidade uma vez que decorrente do próprio processo de erosão da soberania estatal, resultante das tendências supranacionais, necessário se fazem direitos dos homens – todos eles, e não apenas os direitos do cidadão. Nos dias atuais não é possível falar em direitos sociais de cidadania para que não se caia em um discurso discriminatório. Nas sociedades democráticas há um problema atual, grave e urgente que diz respeito a tratar dos fluxos migratórios, dando uma resposta justa ao crescente fluxo que observam nas suas fronteiras, mas a cidadania é utilizada como um meio para negar direitos e liberdade a imigrantes e a asilados. É a partir disso que Luigi Ferrajoli propõe a superação cidadania, a

²¹⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Cibercidadanía@ o ciudadaní@.com*. p. 43.

²²⁰ Id. Ibid.

²²¹ “A própria erosão da soberania estatal, motivada pelas tendências supranacionais do presente, assim como a exigência da dignidade e da igualdade de todos os homens que garantam não apenas seus direitos individuais, mas também os de natureza econômica e social, determinam a necessidade de substituir os direitos de cidadania pelos direitos de personalidade”. (tradução própria). Id. Ibid. p. 44.

desnacionalização dos direitos fundamentais e a desestatização das nacionalidades, tendo consciência da crise da velha noção de cidadania que deve ser abolida.²²²

Ocorre que, Pérez Luño não concorda com Ferrajoli quanto a negar o conceito da cidadania, ele adverte que nem sempre as instituições correspondem ao perfil exato da sua definição explicativa ficaria a sua definição como um elemento normativo e orientador. Como cada Estado trata de forma diferente e com modalidade diversas o conceito de cidadania, negar este ou tentar aboli-lo parece, para Pérez Luño, um método inadequado de resolver as questões jurídicas e políticas que estão conectadas detrás à noção da cidadania.

Mas acredita ainda, que mais confuso parece a substituição semântica deste termo 'cidadania' por outros que, uma vez formulados, tem que fazer frente às mesmas questões levantadas por aquele. Defende que a via mais aceitável seria aceitar a noção de cidadania, como um conceito jurídico-político que existe nos presentes ordenamentos jurídico, assim para ele a tarefa consiste na disciplina jurídica da cidadania assumir os encargos das exigências políticas dos presentes tempos, para atualizar e reabilitar o termo, o que seria diferente de pretender aboli-lo.²²³

Porém, Ferrajoli não nega o conceito de cidadania em si, mas faz uma crítica a este enquanto age como fonte de discriminação com os não-cidadãos, pois os direitos humanos partem de uma universalidade e conectar-los à cidadania seria agir privilegiando alguns em detrimento de outros.

Assim, os direitos fundamentais devem ser vistos, excetuando os direitos políticos e alguns direitos sociais, da forma que são atribuídos pelo direito positivo, estatal ou internacional, a todas as pessoas e não apenas aos cidadãos.

Então a cidadania, e até mesmo a nacionalidade, deve estar destinada a desaparecer enquanto são garantidos direito fundamentais à pessoa, como no caso do direito à saúde, que é um direito das pessoas independentemente de sua cidadania ou nacionalidade, é um direito social vital, profundamente conectado ao direito à vida.

A cidadania deve ser negada quando se condiciona a totalidade dos direitos fundamentais a ela, a cidadania não poder ser compreendida enquanto pressuposto de todos os direitos fundamentais.²²⁴

Ferrajoli defende sim uma superação da cidadania, a longo prazo, quando as interdependências, processos de integração e pressões migratórias levarem a uma antinomia

²²² LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Cibercidadanía@ o ciudadaní@.com**. p. 44.

²²³ Id. Ibid. p. 47.

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 41.

entre igualdade e cidadania e entre o universalismo dos direitos e os limites estatais, dar-se-á a superação da cidadania pela definitiva des-nacionalização dos direitos fundamentais e pela desestatização das nacionalidades.

Mas afirma que seria possível prevenir estes resultados, através de respostas imediatas, levando-se em conta a crise irreversível das antigas categorias da cidadania e da soberania, onde a cidadania muitas vezes tem apenas uma validade discriminatória, quando colocada como pressuposto de todos os direitos fundamentais (civis, políticos, sociais).²²⁵

Assim, no atual contexto, afirma que “a cidadania, se internamente representa a base da igualdade, externamente age como privilégio e como fonte de discriminação contra os não-cidadãos”²²⁶.

Ainda, quanto à nação e a nacionalidade explica o contexto em que surgiu:

As ideias de “nação” e de “nacionalidade”, não menos do que a noção de “Estado”, são também uma invenção ocidental: nascidas da Revolução Francesa, serviram para fornecer no século XIX, um embasamento “natural” aos Estados europeus e pra legitimar sua soberania como “nacional” e/ou “popular”. Hoje, essas mesmas ideias estão se voltando contra os Estados: concebidos e legitimados como instrumentos de pacificação interna e de unificação nacional, eles, enfim, revelam ser não apenas as principais ameaças à paz externa, como também fontes de perigo para a paz interna e fatores permanentes de desagregação e conflito.²²⁷

Critica-se, portanto a ideia de nação e nacionalidade, uma vez que, atualmente, poderiam significar uma ameaça à pacificação externa, mas também poderiam atuar como uma fonte de perigo para a paz interna, gerando conflito, desagregação e discriminações. Pois, como já visto, introduziram-se os direitos fundamentais em ordenamentos internos e internacionalmente, quais em sua maioria não têm a sua titularidade conectada a nações, nacionalidades ou cidadanias, como é o caso do direito social vital à saúde.

3.7 A RELEITURA DA NACIONALIDADE NA FRONTEIRA: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DOS CASOS FRONTEIRIÇOS

Certo é que a cidadania, como já visto, não pode ser concebida em sua feição tradicional, desvinculando-se da cidadania a que se acostumou, cabendo falar inclusive em uma nova cidadania de dimensão global, pensando-se nesta refundação para possibilitar os

²²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 43.

²²⁶ Id. **A soberania no mundo moderno**. p. 35.

²²⁷ Id. *Ibid.* p. 50.

direitos humanos – quando se parte da premissa de que a sua efetivação se sustenta na necessidade da cidadania.

Como estudado, vinculando-nos a definição formal dos direitos fundamentais, o direito à saúde como direito humano independe da cidadania para a sua efetivação, justamente decorrente de seu caráter universal, sequer depende da nacionalidade. Em realidade, o que se defende é de fato a desnecessidade de vinculação a qualquer categoria, bastando ser pessoa para ser efetivado o direito à saúde.

Observa-se que o direito à saúde foi alçado a direito fundamental na Constituição de 1988, dispondo-o como um direito universal, não podem haver entraves para a sua não efetivação.

A Constituição Federal, como visto, expressamente em seu Art.196 dispõe que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, ou seja, a Carta Magna é clara e disciplina de acordo com a fundamentalidade do direito à saúde, cuja titularidade é de toda pessoa humana. Não se pode compreender o “todo” disciplinado como todos os cidadãos brasileiros e não todas as pessoas, nacionais ou não nacionais. Questiona-se se o estrangeiro fronteiriço não seria pessoa como qualquer nacional residente no país.

Assim sobre o direito à saúde disposto na Constituição Brasileira, em seu Art. 196 afirma-se que:

Verifica-se pela dicção do preceito que a saúde é um direito garantido a todos, independente de raça, sexo, credo, origem e outros possíveis discrimenes fáticos ou jurídicos, sendo um dever do Estado, compreendido como Poder Público, independente de seu fracionamento federativo ou organizacional.²²⁸

A negativa de atendimento ao estrangeiro também pode gerar problema de ordem ilícita, além da não assistência que por si já é uma afronta a um direito internacionalmente consagrado, pode instigar o não nacional que precisa do atendimento a criar formas ilegais de obter acesso ao sistema de saúde, falsificando o cartão do SUS ou utilizando documentos falsos que comprovem a residência no Brasil.

Nas regiões fronteiriças observa-se, com maior ênfase, o debate a respeito de dar ou não efetividade ao direito à saúde de um não-nacional que se dirigindo ou estando no Brasil pretende ver efetivado seu direito à saúde, seja por falta de condições de seu Estado de origem em proporcionar um sistema público de saúde com qualidade, seja estando a especialidade médica necessitada mais cerca na cidade brasileira vizinha, do que em qualquer cidade em seu país.

²²⁸ NUNES, António José Avelã; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 78.

O fluxo de pessoas através das fronteiras do MERCOSUL e dos demais países que são limítrofes ao Brasil, buscando serviços de saúde, ocorre em diversas cidades, entre elas em Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná, inclusive há um projeto do Ministério da Saúde denominado Sistema Integrado de Saúde das Fronteiras – SIS-Fronteira²²⁹, que foi instituído pela Portaria GM/MS nº. 1.120, de 06 de julho de 2005, visando levantar a situação das cidades fronteiriças.

Este projeto teve por escopo diagnosticar a região fronteiriça, para criar uma política diferenciada nestas regiões possibilitando um melhor serviço de saúde, informa-se que:

Essa mobilidade vem ocasionando dificuldades para os gestores municipais na região fronteiriça, bem como para as autoridades dos países limítrofes com o Brasil. Fez-se necessário um diagnóstico de toda a região fronteiriça, a fim de subsidiar a construção de uma política diferenciada para essa região, de forma a minimizar os problemas enfrentados pelos gestores locais e favorecer a implantação de um sistema de saúde pública equânime, integral e universal.²³⁰

O projeto do SIS-fronteira foi instituído para que seja possível o diagnóstico nas cidades gêmeas para além dos limites da fronteira geopolítica, visando acordos e ações bilaterais ou multilaterais entre os países fronteiriços. A implantação deste projeto visa possibilitar a integração em matéria de saúde, que em decorrência do aporte financeiro buscaria estratégias multilaterais.²³¹

Em diagnóstico das cidades paranaenses situadas em áreas fronteiriças para o projeto do SIS-fronteira, através de pesquisa de campo, foi analisada a questão do acesso à saúde por não nacionais, afirmando a existência de impasse ético e humanitário:

Existe uma significativa preocupação diante do impasse ético e humanitário no atendimento de brasileiros residentes no exterior, levantada na pesquisa qualitativa do projeto SIS-Fronteiras no Paraná:

[...] difícil você colocar uma linha de separação, porque na realidade um morador do Paraguai quando ele se depara com um problema, com um agravo ou qualquer outro problema de saúde ele vem pra cá, e o município aqui mais próximo, que tem uma condição ainda melhor, é o nosso, então ele acaba vindo pra cá... (7GRT).

Então falta resolver um problema de saúde de fronteira [...] definir com essa população essa falta de limite que não deve existir mesmo [...] porque eu acho que considera-se aqui hoje uma grande região sanitária não como a região de limites entre os países, e sim uma grande região sanitária que deve ser encarada pelo

²²⁹ O Projeto tem por objetivo contribuir para a organização e o fortalecimento dos sistemas locais de saúde nos 121 municípios fronteiriços brasileiros, bem como promover a integração de ações e serviços de saúde na região de fronteira.

²³⁰ REZENDE, Vanessa Murta; BRANCO, Marisa Lucena; ARAUJO, Alessandra Santos. **Projeto SIS Fronteira**. In: Maria de Lourdes de Souza; Luiz Alberto Peregrino Ferreira; Vanessa Murta Rezende; Marisa Lucena Branco. (org.). **A saúde e a inclusão social nas fronteiras**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 156.

²³¹ Id. Ibid. p. 162.

Ministério da Saúde com uma estratégia comum, porém falta regulamentação para isso (7FZT).²³²

O projeto SIS-fronteira contribui para a meta 7.3.2 do programa do Ministério da Saúde “PROGRAMA MAIS SAÚDE – Direito de Todos – 2008-2011” no intuito da cooperação internacional, esta meta tem por objetivo melhorar os serviços de saúde nos Municípios de fronteira, e ainda no programa “mais saúde” destaca-se a medida 7.3 que visa “Inserir o programa de saúde para a fronteira (SIS-Fronteira) na perspectiva de fortalecimento da integração da América do Sul”.²³³

Especificamente em Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná, foi intentada uma ação civil pública pelo Ministério Público Federal, em 2006, visando à efetivação do direito à saúde aos não nacionais. Foz do Iguaçu retrata bem o exemplo privilegiado dos não nacionais que utilizam o Sistema Único de Saúde no Brasil, encontra-se em uma tríplice fronteira, fazendo divisa com o Paraguai e a Argentina.

Foz do Iguaçu, onde se observa o exemplo privilegiado, está localizada no extremo oeste do Estado do Paraná, tendo uma população estimada de 279.620 habitantes. A cidade também é conhecida como a Tríplice Fronteira por se encontrar com dois países, com a cidade de Puerto Iguazú na Argentina e a cidade de Ciudad del Este no Paraguai. Em 1965 com a inauguração da Ponte Internacional da Amizade (Brasil – Paraguai), Foz do Iguaçu intensificou seu comércio, acelerando assim o desenvolvimento da cidade, principalmente com Cidade do Leste (que na época era a cidade paraguaia Puerto Presidente Strossner).²³⁴

Além do que a Ponte Internacional da Amizade possibilita maior facilidade de trânsito entre os países e através da Usina Hidrelétrica de Itaipu (construída no Brasil e Paraguai) foi incentivada uma maior integração e transação, e ainda há o fomento da integração através do turismo de compras entre os países, especialmente entre Cidade do Leste e Foz do Iguaçu.

Notadamente, a questão relacionada ao atendimento de estrangeiros em Foz do Iguaçu é objeto de inúmeras discussões, seja por conta dos valores repassados pelo SUS ao Município, questão que, como já informado, não se abordará no presente, seja por conta da

²³² CARVALHO, Denise Siqueira de; (et. all). **Caracterização dos municípios e de seus sistemas locais de saúde na região de fronteira do Paraná**. In: Maria de Lourdes de Souza; Luiz Alberto Peregrino Ferreira; Vanessa Murta Rezende; Marisa Lucena Branco. (org.). **A saúde e a inclusão social nas fronteiras**. p. 166.

²³³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. **Mais saúde : direito de todos : 2008-2011**. 3. ed. rev. – Brasília: Ministério da Saúde, 2010. p. 116.

²³⁴ FOZ DO IGUAÇU. Site da prefeitura municipal de Foz do Iguaçu. Disponível em: <http://www.pmf.pr.gov.br/Portal2/home/historia.asp>. Acesso em 20.09.2011.

vinculação do direito à saúde apenas à nacionalidade brasileira, pretendendo-se desvinculá-la dos não nacionais.

Referida ação civil pública foi intentada após a negativa do Secretário Municipal de Saúde do Município de Foz do Iguaçu em atender à demanda da população fronteiriça, baseado na falta de regulação para o atendimento dos estrangeiros no Brasil, porém a falta de previsão específica quanto às normas e regras aplicáveis nas fronteiras não impede a efetivação do direito à saúde considerando-se que se trata de um direito fundamental.

O Conselho Municipal de Saúde a seu critério, questionou atender à demanda ou não em Foz do Iguaçu, e em 2006 após deliberação foi decidido não atender mais aos estrangeiros diante de questões financeiras, pois os recursos repassados ao Município, fundo a fundo, pelo Ministério da Saúde tinha por base o número de habitantes do Município, olvidando-se, assim, da fundamentalidade do direito e do homem como pessoa titular do referido direito humano e não como nacional ou cidadão do país. Ainda que tal determinação fosse temporária decidiram atender apenas ao cidadão brasileiro, residente no Brasil, e atender momentaneamente aos *brasiguaios*²³⁵ apenas em situações de urgência e emergência, olvidando-se totalmente dos não nacionais.²³⁶

Assim, sob o número 2006.70.02.007108-9/PR²³⁷ tramitou perante a Primeira Vara Cível Federal de Foz do Iguaçu a ação civil pública intentada no mesmo ano pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado do Paraná e do Município de Foz do Iguaçu. A ação civil pública teve por objetivo, em síntese, o atendimento aos brasileiros residentes no Paraguai, conhecidos como *brasiguaios*, e o atendimento dos estrangeiros em trânsito pelo Brasil, inclusive em situações de emergência como partos iminentes, com o ressarcimento do SUS ao Município pelos atendimentos prestados. Devendo, a União e o Estado, incluir no cálculo a ser repassado à Foz do Iguaçu o atendimento prestado aos *brasiguaios* e aos estrangeiros.

O Ministério Público Federal fez um relato sobre a situação em que se encontram os *brasiguaios* no Paraguai (brasileiros que migraram ao país vizinho), discorrendo que muitos deles se encontram em situação ilegal no país e tem dificuldade na obtenção de documentação; assim ante a ausência do cumprimento pelo Paraguai dos encargos mínimos em matéria de saúde, concentrando a maioria dos serviços públicos em sua capital, Assunção,

²³⁵ Brasiguaios como brasileiros, pequenos agricultores, que foram residir no Paraguai a partir de 1970, oriundos principalmente do estado do Paraná.

²³⁶ FOZ DO IGUAÇU. Conselho Municipal de Saúde. REUNIÃO ORDINÁRIA – 13/07/06. ATA Nº 349. p. 19-20.

²³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Ação Civil Pública n. 2006.70.02.007108-9/PR**. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 20.09.2011.

e a falta de estrutura em Cidade do Leste, que é a cidade paraguaia que se encontra com Foz do Iguaçu, faz a demanda dos paraguaios que necessitam da prestação da saúde se dirigirem ao Brasil.

Além de informar na ação acerca do “Cartão SUS” ser um meio de barrar o atendimento aos estrangeiros ou aos *brasiguaios*, que não podem comprovar a residência neste país, a responsabilidade solidária da União, do Estado e do Município e a necessária divisão dos recursos do SUS de acordo com a população que é atendida em cada Município.

A União contestando o feito alegou que a viabilidade das políticas públicas cabem ao administrador, assim seria impossível ao Judiciário determinar a implantação das políticas públicas, que a ausência de recolhimento de impostos pelo estrangeiro impossibilitaria o atendimento deles pelo SUS e o deslocamento deles ao Município seria exclusivamente para utilizar o aparato de saúde, que os *brasiguaios* recebem atendimento em casos de emergência, que a medida é desarrazoada, pois para entrar em qualquer país europeu se exige do turista um seguro saúde e que na medida do possível o SUS vem atendendo aos *brasiguaios* da mesma forma que os brasileiros.

O Estado do Paraná alegou que não há existência de prova de que há reciprocidade entre Brasil e Paraguai em ações e serviços de saúde, há ofensa ao princípio da diversidade de financiamento no caso da extensão aos *brasiguaios* sem residência no Brasil, que o atendimento de estrangeiros deve pautar-se na emergência ou urgência em que há grave risco à vida ou à saúde e cabe apenas ao Executivo a gestão e verificação do fornecimento de serviços de saúde.

Já o Município de Foz do Iguaçu sustentou que não tem possibilidades de arcar com o atendimento dos *brasiguaios* sem a ajuda dos demais entes da Federação, que o atendimento aos *brasiguaios* importaria tratamento desigual aos brasileiros residentes no país que contribuem por meio de recolhimento de tributos e que o tratamento postulado na ação civil pública demandaria planejamento pessoal e econômico.

Os autos conclusos para sentença em suas razões ativeram-se à decisão que deferiu parcialmente os efeitos da tutela, conforme fls. 07-08 da sentença proferida nos autos 2006.70.02.007108-9/PR.²³⁸

No tocante à nacionalidade e sua releitura cumpre analisar os fundamentos arrazoados a cerca dos *brasiguaios* e estrangeiros, na decisão discorre-se que a situação de *brasiguaios* e paraguaios não é recente, datando de mais de três décadas, pois a ausência de

²³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Ação Civil Pública n. 2006.70.02.007108-9/PR**. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 20.09.2011.

garantia do direito à saúde pelo Paraguai é latente. Destaca que mesmo que admitida a obrigação solidária entre os entes da federação no atendimento requerido a todos os *brasiguaios* e estrangeiros deveria haver uma reestruturação de todo o sistema de saúde do Município brasileiro.

Afirmou ainda, a existência de dificuldade em quantificar e identificar a demanda e que já estavam sendo adotadas ações pelas rés visando melhorar o atendimento prestado a todos, assim a tutela, nos moldes pleiteados, não poderia ser deferida.

Destá forma, acolheu a tutela para que não se restrinja a fruição do direito à saúde aos brasileiros, mesmo que residentes na cidade vizinha, em outro país, e afirmou que, *por ora*, não se poderia aplicar o mesmo raciocínio aos estrangeiros (*brasiguaios* ou não), devendo o Município prestar o atendimento a eles pelo SUS apenas em caráter de urgência e emergência. Assim, em geral, não visualizaria alteração substancial no atendimento prestado pelo SUS, pois os *brasiguaios* (incluindo brasileiros e paraguaios) já eram atendidos da mesma forma dispensada aos brasileiros e os estrangeiros em geral (não-brasiguaios) receberiam atendimento pelo SUS em casos de emergência e urgência.

A sentença, com base na tutela concedida, julgou parcialmente procedente a ação determinando que fosse prestado o atendimento pelo SUS aos brasileiros, independente do Cartão do SUS ou comprovante de residência no Município, e aos que não comprovem a nacionalidade brasileira (*brasiguaios* ou estrangeiros) o atendimento deveria ocorrer apenas nos casos de emergência e urgência.

Da sentença narrada houve Reexame Necessário também sob o n. 2006.70.02.007108-9/PR, qual confirmou a sentença analisada, e do qual transcreve-se a ementa da decisão:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MPF. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. UNIÃO. ESTADO. MUNICÍPIO. INTERESSE PROCESSUAL. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação visa à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedente desta Corte. O fornecimento de tratamentos à saúde por meio SUS transcende à pessoa do indivíduo, revelando interesse da coletividade como um todo. 2. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. 3. Embora seja questionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar sejam estas implementadas sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a integridade de direitos sociais com estatura constitucional. 4. Não há falar em ausência de causa de pedir, pois o Ministério Público Federal não pleiteou apenas atendimento de urgência, e sim tratamento integral e gratuito pelo SUS aos brasileiros residentes no Paraguai, além de

atendimento de saúde dos estrangeiros que compareçam aos postos e hospitais do Sistema em situação de emergência. 5. O atendimento pelo SUS a todos os brasileiros que comprovem essa qualidade, independentemente de apresentação do cartão do SUS, e, nos casos de emergência ou urgência, àqueles que não comprovem nacionalidade brasileira (estrangeiros e brasiguaios) caracteriza o pleno atendimento à norma constitucional garantidora do direito fundamental à saúde, passível de controle pelo Poder Judiciário.²³⁹

Cumpra analisar, portanto, a decisão a respeito da Apelação/Reexame Necessário, verificando os pontos em que avançaram e as questões em que deixaram de avançar, quando o proposto no presente estudo era responder à questão de que se o direito à saúde, como um direito humano e como um direito fundamental, poderia ser limitado pela nacionalidade ou cidadania, e se poderia ocorrer a diferenciação entre nacionais e não nacionais.

A decisão demonstra um avanço em determinar o atendimento dos não nacionais em casos de emergência e urgência, porém ao mesmo tempo em que avança limita a efetividade do direito à saúde, decisões discricionárias podem se pautar nos requisitos para atendimento, quando o correto seria ampliar o atendimento aos estrangeiros, não apenas em casos de urgência e emergência.

Diante da previsão constitucional alçando a saúde como direito de todos, Fernando Facury Scaff afirma que as políticas públicas no âmbito do direito à saúde devem ter por objetivo não apenas o tratamento, mas também objetivar a redução do risco, promovendo o estado de saúde de todos arrazoando que “E mais, devem ter por escopo o acesso de todos, de modo universal e igualitário, a estas ações e a estes serviços”²⁴⁰.

São a estes termos, portanto, que o poder público está obrigado no Brasil, de permitir acesso universal e igualitário às ações e serviços em matéria de saúde.

Em que pese haver a delimitação de territórios e fronteiras vislumbra-se que as dimensões já não são as mesmas observadas no século XIX, há uma forte tendência de integração entre os países, com o intuito de diminuir fronteiras e barreiras. Em Foz do Iguaçu, exemplo privilegiado, se observa a facilidade de transpor as fronteiras, a locomoção de um país a outro e as interações comerciais.

Pois bem, diante de uma necessidade quando está em jogo o direito social vital, para uma pessoa que reside em Cidade do Leste, Paraguai, o mais próximo seria se dirigir até Foz

²³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação/ Reexame Necessário n. 2006.70.02.007108-9/PR**, Juiz Federal Relator Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre: 09 de dezembro de 2009. Publicado em 07 de Janeiro de 2010. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 20.09.2011.

²⁴⁰ NUNES, Antônio José Avelã; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. p. 79.

do Iguaçu, que é uma cidade-gêmea²⁴¹, do que ir até a capital do Paraguai, Assunção, onde estaria centralizada grande parte das políticas públicas paraguaias para o tratamento em matéria de saúde.

Notam-se que as questões de nacionalidades e fronteiras devem ser perpassadas quando se objetiva a efetividade do direito à saúde, já não há dúvidas quanto à procura, por pessoas oriundas do Paraguai ou Argentina, por acesso aos serviços de saúde em Foz do Iguaçu.

Informa Antônio Horácio Toro Ocampo que:

Devido ao processo de globalização e das correntes de integração, vemos uma situação de mudança nas fronteiras, ao se incrementar a mobilização de pessoas e de intercâmbios de bens e serviços.

As cidades fronteiriças, de alguma maneira, integram-se de forma natural e criam uma espécie de terceiro espaço, no qual se gera uma nova sociedade, com valores e traços culturais, étnicos, linguagens peculiares e próprios dessa localidade, apresentando uma identidade diferente do restante do país.

Estes espaços fronteiriços se convertem em uma oportunidade para que as autoridades nacionais e, especialmente, as locais possam desenvolver espaços saudáveis e gerar programas de saúde de forma integrada e transfronteiriça, convertendo a saúde como um pilar da solidariedade entre nações, atraindo recursos pontuais às realidades e necessidades fronteiriças, favorecendo o bem-estar familiar e comunitário.²⁴²

Observa-se que a integração que se dá em regiões fronteiriças ocorrem de forma natural, com características próprias da localidade e a saúde deve ser desenvolvida como base para a solidariedade entre os países.

Além da prestação em matéria de saúde, também em forma de cooperação e integração devem atuar os países promovendo respostas integradas às doenças que ameaçam a população, há condições de saúde similares pela proximidade entre os Estados e a população que por eles transita.

A cooperação fronteiriça em saúde é vista como um conjunto de iniciativas compartilhadas entre países limítrofes em seus territórios contíguos como base para

²⁴¹ “Cidades-gêmeas correspondem à situação de municípios lindeiros que apresentam uma conurbação ou semi-conurbação com localidade do país vizinho, conformando a *zona de fronteira* (área geográfica que inclui as *faixas de fronteira* brasileira e do país estrangeiro). (...) Nessas localidades é possível observar melhor tanto simetrias como assimetrias de sistemas de saúde, bem como estratégias de enfrentamento das demandas e iniciativas de cooperação entre autoridades locais brasileiras e estrangeiras, uma vez que há maior tradição de intercâmbio, dada maior intensidade de fluxos e trânsitos nestas fronteiras e, potencialmente maiores pressões de demanda por acesso a serviços de saúde”. ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA. **Fiocruz**. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/saudefronteiras/estudos_de_caso.php?secao=4>. Acesso em: 10.10.2011

²⁴² OCAMPO, Antônio Horácio Toro. **A saúde nas fronteiras: “uma proposta de bem-estar e desenvolvimento”**. In: Maria de Lourdes de Souza; Luiz Alberto Peregrino Ferreira; Vanessa Murta Rezende; Marisa Lucena Branco. (org.). **A saúde e a inclusão social nas fronteiras**. p. 151.

desenvolvimento futuro desses espaços demográficos e populacionais, buscando aproveitamento de todas e cada uma das estruturas e potencialidades sanitárias e de saúde existentes ou a serem requeridas a favor da população.²⁴³

É neste sentido da cooperação, portanto, que devem atuar as cidades, aproveitando da estrutura fornecida, bem como buscando melhorar as potencialidades em saúde favoravelmente à população.

A recorrente dúvida em dar ou não efetividade ao direito à saúde do não nacional deve ser superada, pois há a necessidade de efetivação do direito social, o direito fundamental à saúde não pode ser um luxo apenas para os nacionais ou residentes no Brasil, tendo em vista a proximidade que une as cidades, não pode ser uma utopia para as pessoas de outras nacionalidades por conta da exigência de desenvolvimento da economia.

O dever dos Estados, cuja realização satisfaz sua razão social são os estabelecidos por seus estatutos, ou seja, suas Constituições, assim nas democracias constitucionais são objetivos do Estado a garantia da paz e os direitos vitais constitucionalmente estabelecidos²⁴⁴ – como foi o direito à saúde estabelecido no Brasil.

Ainda, deve ser observado o disposto no parágrafo único do artigo 4º da Constituição Federal: “Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”²⁴⁵.

Esta busca pela integração deve atender assim à intenção da formação de uma comunidade latino-americana de nações, questiona-se assim como se pretenderia negar o direito à saúde a uma pessoa apenas por não pertencer ao território nacional, certo é que o Sistema Único de Saúde no Brasil não prevê uma contraprestação por parte da pessoa que se beneficia do atendimento, assim não são apenas os contribuintes brasileiros que poderiam ter acesso à saúde.

As prestações sociais devem sempre seguir no sentido de implementar os direitos sociais constitucionalmente previstos, visando a diluição das enormes desigualdades criadas pelas suas violações e não cumprimentos.

Luigi Ferrajoli afirma que a garantia dos direitos à alimentação básica e à saúde, que são direitos aos mínimos vitais – acesso à água, aos fármacos essenciais, ao alimento, ou ao

²⁴³ OCAMPO, Antônio Horácio Toro. **A saúde nas fronteiras: “uma proposta de bem-estar e desenvolvimento”**. In: Maria de Lourdes de Souza; Luiz Alberto Peregrino Ferreira; Vanessa Murta Rezende; Marisa Lucena Branco. (org.). **A saúde e a inclusão social nas fronteiras**. p. 151.

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia**. p. 68.

²⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

menos a uma renda de subsistência – é o pressuposto não apenas da sobrevivência individual, mas também do desenvolvimento econômico do conjunto da sociedade²⁴⁶ – e indaga-se por qual motivo não seria também o pressuposto do desenvolvimento de toda a região trinacional, a região de Foz do Iguaçu, que se destaca por ser um centro turístico tanto pela beleza natural, como por sua localização privilegiada na divisa com os dois países – Argentina e Paraguai, a cidade deve, assim, primar pela manutenção e promoção dos direitos fundamentais das pessoas que fazem parte da região, muitas das quais contando com locais de residência e de trabalho em países distintos.

É o exemplo privilegiado da efetiva e necessária integração entre os países, seja em decorrência do mundo globalizado que influenciou na revisitação dos conceitos como soberania e cidadania, seja para promover a efetivação do direito fundamental à saúde, que pelo conceito formal de direitos fundamentais deve ser efetivado a todos enquanto pessoas e não apenas enquanto cidadãos ou nacionais de determinados países.

Os direitos fundamentais surgiram para que fossem cumpridos e foi o que se buscou quando do ajuizamento da Ação Civil Pública ao início citada, pois pretendia a efetivação do direito à saúde aos brasiguaios e estrangeiros.

E a decisão que julgou a Ação Civil Pública intentada sugeriu um avanço quando permitiu o acesso à saúde aos não nacionais em casos de urgência e emergência, mas por outro lado também foi limitada, vinculando a estes casos o atendimento, situações que até mesmo podem ser objeto de discricionariedades, pautadas na não configuração da “urgência” ou da “emergência”.

Ocorre que, como ensina Lenio Luiz Streck, “É dever dos juízes e tribunais aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, além de estarem obrigados a “colmatarem” lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a jurisdição cível, abrangendo de forma horizontal, as normas de direito privado”.²⁴⁷

E ainda afirma acerca da força normativa do direito que:

Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m.²⁴⁸

²⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia.** p. 70.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 153.

²⁴⁸ Id. Ibid. p. 156.

Ou seja, a decisão deveria ter aplicado à lei, permitindo aos estrangeiros o acesso ao direito fundamental, uma vez que não há titularidade formal atribuída pela Constituição Federal ao direito à saúde, mas como analisado a titularidade deste direito é de todos, enquanto pessoas.

Não pode haver contradição, no plano teórico, do universalismo dos direitos que foram sancionados não apenas nas cartas internacionais, mas também dentro da Constituição Brasileira, que configura grande parte dos direitos sociais como direitos já não do cidadão ou do nacional, mas da pessoa, atribuindo como direito de todos e dever do Estado.

Como afirma Ferrajoli com respeito a ideia da cidadania:

*(...) l'idea ad essa intimamente conessa della cittadinanza quale presupposto di diritti, Che come si è visto nel capitolo IX contraddice ora, oltre all'universalismo di quei diritti Che Le stesse costituzioni statali attribuiscono a tutti in quanto persone, Il pieno universalismo di tutti i diritti fondamentali nell'ordinamento Internazionale. Questi diritti, infatti, sono in questo conferiti, dalle varie dichiarazioni e convenzioni, agli esseri umani in quanto tali, da esse perciò configurati come soggetti di diritto Internazionale, ossia come cittadini non più solo del loro Stato ma anche di comunità sovranazionali (...).*²⁴⁹

Então o direito à saúde, estabelecido como um direito universal, não apenas nas Constituições, mas também nas cartas internacionais se estendem a todas as pessoas, configurando-as como um sujeito de direito internacional e assim não mais como cidadão do próprio Estado, mas de comunidades supranacionais.

No capítulo II da Constituição Federal, em seu artigo 6º, como já observado é disposto o direito à saúde como direito social, sem se manifestar acerca da titularidade do direito, enquanto que no artigo 196 é definida como um direito de todos e como um dever do Estado. Não se pode permitir uma interpretação que reduza o conceito de “todos” aos nacionais e estrangeiros residentes no país, pois a interpretação da Constituição deve partir da prevalência dos direitos fundamentais, e sendo um direito humano o conceito de “todos” abrange todos enquanto pessoa, sem permitir outra interpretação.

Além do que deve haver a garantia do direito à saúde aos não nacionais da mesma forma que aos brasileiros, de modo que se alcance o objetivo fundamental alçado na

²⁴⁹ (...) É a ideia de cidadania como um pré-requisito dos direitos, intimamente ligada àquela, que como vimos no capítulo IX contradiz agora não só a universalidade dos direitos que as próprias constituições estatais atribuem a todos enquanto pessoas, senão também o universalismo completo de todos os direitos fundamentais no ordenamento internacional. Estes direitos são de fato investidos nas diversas declarações e convenções como direitos aos seres humanos enquanto tais, então, como cidadão já não apenas de seu Estado, mas também de comunidades supranacionais (...). (tradução própria). FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia.** p. 491.

Constituição Brasileira no artigo 3º inciso I para “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e no inciso IV “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”. De modo que realizar a interpretação restritiva, além de negar vigência aos artigos acima citados, também nega vigência ao inciso III do artigo 1º onde consta como fundamento da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” e ainda à prevalência dos Direitos Humanos como um de seus princípios fundamentais no artigo 4º inciso II ²⁵⁰.

A demanda por atendimento pelo SUS do não nacional pode ter se intensificado pelo fluxo decorrente da globalização e pela integração através do MERCOSUL, como discorrido no início do presente item.

Cumprir destacar a contribuição de Ferrajoli que arrazoar que:

De fato, se uma universalização efetiva dos direitos fundamentais – tal como a que proviria, pro exemplo, da abertura de nossas fronteiras – pode hoje parecer irrealista, ainda mais ilusória e irrealista é a ideia de que a violação daqueles direitos em quatro quintos do planeta possa coexistir por muito tempo com a utopia conservadora do fechamento da “fortaleza Europa”, sem que se coloque em risco (como adverte o preâmbulo da própria Declaração universal de 1948) a paz a nossa própria segurança. ²⁵¹

De maneira que, a soberania, a cidadania e os direitos fundamentais devam ser observados com os olhos da revisitação, decorrente dos processos de globalização e integração e não mais restritos aos velhos conceitos de Estado-nação, pois por mais incompreensível que seja a pretensão de efetivação do direito à saúde ao não nacional do Estado brasileiro, ainda mais incompreensível e irrealista é permitir a violação do direito fundamental quando se está em jogo a vida humana, através do não atendimento e da não promoção de ações e serviços em matéria de saúde.

²⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. p. 62.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para possibilitar a releitura da nacionalidade para efetivação do direito à saúde no presente estudo pretendeu-se compreender, inicialmente, o direito à saúde como direito fundamental e como direito humano, com base na definição formal de direitos fundamentais apresentada por Luigi Ferrajoli.

Assim primeiramente, trabalhou-se a evolução dos direitos fundamentais, desde suas raízes, passando por concepções de diferentes juristas, apontando ainda o critério distintivo, entre direitos fundamentais e direitos humanos, utilizado para afirmar o diferente grau de concreção das categorias de direito.

Observou-se que existem semelhanças e diferenças entre direitos humanos e fundamentais e as características destes foram trazidas sob a perspectiva de diversos doutrinadores.

Ainda, em consequência da evolução histórica identificou-se a concretização dos elementos que constituíam o Estado moderno, como território, povo e poder, confiando ao Estado função de unificação nacional, concepção esta que na atualidade está sendo revisitada, em decorrência da globalização e integração entre os países.

Identificou-se que o conceito do Estado estaria ligado à noção de dominação e do conceito de soberania através da união e indissolubilidade de seus elementos jurídicos: território, povo e poder. Porém, que a soberania nos dias atuais não poder ser considerada tão útil para reconhecer o poder do Estado, nem mesmo o poder do povo, uma vez que são poderes exercidos com limitações, vinculados aos direitos fundamentais, às ordens de direito interno e externo.

As respostas para a soberania não podem mais ser as clássicas, ante os fenômenos de integração, que ocorre além do sistema de normas internacionais, pela unificação dos países e a transferência para sedes supra-estatais ou extra-estatais, a soberania sofre perda pela unificação, pela fusão de Estados.

A vinculação do poder aos direitos fundamentais ocorreu com a introdução destes nas Constituições, e a legitimidade do Estado de Direito é pautado no respeito dos direitos fundamentais das pessoas. Há uma série de direitos e princípios que vinculam os poderes públicos e privados.

Estando todo poder público submetido às leis, todos os poderes do Estado devem estar a serviço dos direitos fundamentais, mediante a incorporação limitativa que não permite lesionar direitos de liberdade e a obrigação positiva de satisfazer os direitos sociais, e ainda, o

pacto constitucional quando aborda a convivência civil regra que não se deve decidir sobre tudo, nem mesmo por maioria, pois nenhuma maioria poderia decidir pela supressão ou decidir pela não proteção de uma minoria ou de apenas uma pessoa, assim em nenhuma democracia o poder do povo poderia ser ilimitado.

E constatou-se que foi através da instituição da ONU e das cartas internacionais de direitos humanos que, inicialmente, quebrou-se com o princípio da soberania absoluta dos Estados.

Deve haver, portanto, a garantia de todos os direitos vitais, promovendo uma convivência pacífica, pois nem mesmo a democracia ou o poder do povo podem ser ilimitados, sob pena de até mesmo o regime da democracia transformar-se em um regime absoluto e totalitário.

Pois bem, esta foi uma das grandes inovações introduzidas pelo Estado de Direito, a positivação dos direitos naturais na Constituição, passando o Estado de um poder absoluto para poder limitado e condicionado, obrigando tanto ao Estado e ao cidadão, sujeitos assim com a soberania reciprocamente limitadas.

Em seguida, após a identificação de que a constitucionalização rígida de princípios e legalidades condicionou o Estado Constitucional de Direito à estrita legalidade, pelos vínculos dos direitos fundamentais, iniciou-se o estudo acerca dos direitos fundamentais e direitos humanos na definição teórica e puramente formal ou estrutural de Ferrajoli.

A partir da definição formal, constatou-se que os direitos fundamentais são aqueles direitos subjetivos, de prestação positiva ou negativa, pertencentes a todos os seres humanos, enquanto dotados de determinado “status”, são os direitos que estão vinculados universalmente à todos, enquanto pessoas, cidadãos ou pessoas capazes de agir, sendo indisponíveis e inalienáveis.

Esta definição não foi definida com base em um específico ordenamento concreto, mas como direitos fundamentais aqueles atribuídos pelo ordenamento jurídico a todas as pessoas, independente de nacionalidade, a todos os cidadãos ou a todos os capazes de agir. Assim a igualdade jurídica seria alcançada mesmo nesta definição, através do caráter universal dos sujeitos que são os titulares desses direitos, estes direitos são indisponíveis e os titulares inalteráveis, portanto, havendo limite a todos os poderes, públicos ou privados.

Pois bem, nesta definição formal a igualdade humana é delimitada com a cidadania ou a capacidade de agir, surgindo a divisão entre direitos de personalidade, todas as pessoas, e direitos de cidadania, somente o cidadão, e entre direitos primários, de todos, e direitos secundários, somente das pessoas capazes de agir.

Constatou-se assim, as quatro classes de direitos decorrente destes cruzamentos de distinções: os direitos humanos, públicos, civis e políticos.

Partiu-se assim, de que os direitos humanos são os direitos fundamentais vitais, universais, de liberdade positiva e negativa pertencendo a todos, enquanto pessoas, não havendo a necessidade de nacionalidade, cidadania ou capacidade de agir. Assim, o direito à saúde é um direito vital e, portanto humano, além de fundamental.

Também foi trazida a importância então de identificar os direitos humanos como os direitos primários, como direito de todos os seres humanos, como o direito à vida e a integridade da pessoa, a liberdade pessoal, a liberdade de consciência e de manifestação do pensamento, o direito à saúde e também o direito à instrução.

Cumpriu ainda ressaltar a diferença entre os direitos e suas garantias, a necessária distinção entre direito subjetivo e os deveres correspondentes às garantias primárias e secundárias. Pois, no sistema de direito positivo é um fato possível que possa existir um direito subjetivo que esteja estipulado em normas positivas e uma lacuna para obrigá-lo, existindo a obrigação de preenchê-la pelo legislador.

Porém, mesmo pela falta de garantia seria incompreensível negar a existência dos direitos, sendo certa a inexistência das suas garantias, por falta de normas estipuladas pelo legislador. Reconhece-se que os direitos existem, se estão normativamente estabelecidos, assim como as garantias apenas serão reconhecidas se encontrarem-se normativamente estabelecidas. E isto valeria tanto para o direito estatal como para o direito internacional, os direitos existem tanto quanto estão positivados.

Os direitos sociais assim foram instituídos e as suas garantias podem ocorrer em forma de prestações gratuitas, obrigatórias e automáticas: como a assistência sanitária gratuita. E ainda, tiveram suas formas de tutela jurisdicionais ampliadas, podendo o direito à saúde ser judicializado. Ainda, foi analisado que nada impediria a introdução de garantia nos direitos internacionais, como, por exemplo, impondo a regulação de ajudas econômicas e intervenções humanitárias, como garantias para os países mais pobres.

E sabendo que a satisfação dos direitos sociais é custosa, tem obstáculos de natureza política e os desafios da não satisfação lançados a ordem democrática também são políticos, consistentes na luta pelos direitos e pelas garantias.

Desta forma, foi imperioso discorrer a respeito da democracia, em sua dimensão substancial, que determina a aplicação dos direitos fundamentais, sejam eles os de liberdade e sociais ou os políticos e civis. A conotação substancial da democracia é a colocada pelos

direitos fundamentais ao Estado, é justamente esta conotação que relativiza a regra que de que por maioria, direta ou indireta, se decidiria sobre tudo.

As garantias, assim, são as características estruturais e substancias da democracia, são elas que expressam o efeito dos direitos fundamentais sobre o poder do Estado, a regra geral da maioria apenas servirá quando não estiver limitada substancialmente e democraticamente. Neste sentido substancial a democracia não representa apenas a vontade da maioria, mas os interesses e necessidades vitais de todos.

Neste contexto, discorreu-se que quem decide está subordinado aos princípios da democracia social, através do qual se define sobre que não é lícito decidir e o que não é lícito deixar de decidir. Há a regra constitucional, portanto, que impede não apenas que os direitos sociais não sejam atingidos, mas também impõe a obrigação de promover a efetivação destes direitos.

Assim a democracia e o Estado social devem corresponder a um Estado liberal mínimo minimizando as restrições à liberdade das pessoas, mas também a um Estado social máximo que deve primar pela máxima efetivação dos direitos fundamentais. E é neste contexto que se permite ao tribunal uma postura intervencionista, fazendo com que as políticas se fundem nos direitos fundamentais e não na onipotência da maioria.

Quando se pretende garantir um interesse ou uma atitude como fundamental se deve retirar o poder de decidir sobre estes da maioria e também do mercado, de maneira que nenhum contrato possa dispor da vida ou da saúde. Portanto, no âmbito do paradigma da democracia constitucional o livre mercado, o princípio da soberania popular e a regra da maioria, estão subordinados aos direitos fundamentais e ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito deixar de decidir.

Relatou-se também a relação entre direitos fundamentais e cidadania, enquanto que no direito à saúde a cidadania está desvinculada da titularidade deste direito. A cidadania apenas vai ser pré-requisito de titularidade dos direitos políticos e de alguns direitos sociais, enquanto que os demais direitos fundamentais estão vinculados a todos, enquanto pessoas. E é disto que decorre a independência da nacionalidade para efetivar o direito fundamental à saúde, enquanto este é um direito humano, de titularidade de todas as pessoas e não de todos os cidadãos. Os direitos de cidadania são apenas uma subclasse dos direitos fundamentais.

Afirmou-se que após as cartas e convenções internacionais de direitos humanos, estes deixaram de ser fundamentais apenas no interior dos Estados, para se tornarem direitos de toda a humanidade.

Quanto à titularidade dos direitos fundamentais, são concedidos de acordo com o status de pessoa, cidadão e capaz de agir. Assim, como visto, os direitos humanos são aqueles de titularidade de todas as pessoas, como o direito à vida, à integridade da pessoa humana, as liberdades pessoais e de manifestação e, principalmente, o direito à saúde, objeto deste estudo. Já os direitos públicos são concedidos a todos enquanto cidadãos, como exemplo o direito de reunião e associação e o direito de previdência. Ainda, os direitos civis são concedidos a todos enquanto pessoas capazes de agir, como o direito negocial, o direito de liberdade contratual, o direito de agir em juízo, e resumindo, todos os direitos potestativos em que se manifesta a autonomia privada e nos quais se funda o mercado. E os direitos políticos que são, enfim, aqueles direitos de todos os cidadãos capazes de agir, como os direitos de voto e eleitorado.

Esta tipologia formulada por Ferrajoli tem um valor teórico independente dos diversos ordenamentos jurídicos existentes, assim em cada ordenamento jurídico são fundamentais aqueles atribuídos universalmente às pessoas, enquanto pessoas, cidadãos ou capazes de agir. E após a capacidade de agir ter sido estendida a quase todas as pessoas, a desigualdade reside atualmente na cidadania, que com base no pertencimento nacional ou territorial representa limitação à igualdade jurídica.

Ainda, dentro dos direitos humanos há a divisão quanto à estrutura destes direitos, havendo os direitos de liberdade e os direitos sociais, abrangendo os direitos humanos a quase todos os direitos sociais, assim os direitos sociais, em sua maioria, pertencem a todas as pessoas. A democracia social se funda nestes direitos sociais de sobrevivência, que decorrem do direito à vida e são os direitos à subsistência, à saúde, à educação, ao trabalho e a previdência, são os direitos à sobrevivência como alternativa ao mais forte social e economicamente

Por mais custoso que seja a efetivação do direito social à saúde, mais custosa seria a sua violação ou ausência, pois é um fator essencial do crescimento econômico, portanto deve haver a sua garantia primária e também a sua garantia secundária.

Cumpriu ainda analisar o conceito do direito à saúde e a sua construção internacional, onde abordou-se que o direito à saúde por um lado é um direito negativo de imunidade que se garante pela proibição de lesões e por outro, é um direito positivo, que se configura a partir de prestações do Estado. Foi a subcomissão da Constituição Francesa de 1791 que afirmou o direito à assistência e o Estado como responsável pelas obrigações da sociedade.

O conceito de saúde no século XIX é aquele da ausência de doença, a doença do trabalhador é um defeito na linha de montagem, foi uma saúde curativa, visando recolocar o

trabalhador na linha de montagem, o Estado liberal passa a chamar para si a responsabilidade das políticas sanitárias para que proletários não fossem perdidos. A intervenção estatal na virada do século XIX para o século XX decorreu da compreensão de que a produtividade aumenta se os operários estão saudáveis.

Foi no início do século XX, pelo Estado de bem-estar social, que as exigências de saúde se consolidaram, o Estado se incumbiu da melhoria das condições de vida, como não apenas o poder de comprar a cura, mas sim com o direito de todos terem acesso à saúde, visando além da cura uma prevenção da doença. Ainda, o Estado Social surge para o Estado socorrer às classes menos favorecidas. Foi após o fim da Primeira Guerra Mundial e da Constituição Mexicana de 1917 que os direitos sociais deram sustento aos direitos fundamentais.

O direito à saúde como direito de todos os seres humanos e não apenas dos trabalhadores ocorreu com o advento da Carta das Nações Unidas e a criação da Organização Mundial da Saúde. E foi na Constituição da OMS que se reconheceu à saúde como completo bem-estar físico, mental e social.

Atualmente, ante a complexidade global e social, viu-se a emergência de um direito internacional sanitário, e as discussões quanto aos procedimentos a tomar em matéria de saúde, realizadas em âmbito internacional, devem ser implementadas em cada Estado. Todos os Estados membros devem participar das discussões no âmbito da OMS visando o combate às enfermidades.

Além da abordagem da evolução do direito à saúde internacionalmente e das relações entre os Estados, cumpriu analisar a evolução da saúde pública também no Brasil.

A constitucionalização do direito à saúde no Brasil, se observado o desenvolvimento da legislação sanitária internacional, restou atrasada, pois foi apenas na Constituição Federal de 1988 que o direito à saúde foi alçado como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o direito à saúde já havia sido apresentado anteriormente, através de uma construção da saúde pública que passou por diversas fases, mas não como esta conquista constitucional.

Foram as epidemias ocorridas no século XX que obrigaram a adoção de medidas sanitárias e campanhas nas cidades brasileiras. Na Constituição de 1934 houve a preocupação sanitária, atribuindo competência concorrente entre a União e Estados em matéria de saúde, nesta Constituição se observou a influência de doutrinadores estrangeiros e a presença de direitos dos trabalhadores.

A obrigação de planejar e legislar sobre a saúde e o direito de assistência médica e sanitária é afirmada nas Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, porém a especificação da

saúde como interesse público fundante do pacto nacional realmente ocorreu apenas na Constituição de 1988.

Discorreu-se a respeito da preocupação na Carta Magna de 1988 em não prever apenas o direito à saúde como direito fundamental, mas incluir disposições concentradas em concretizar o direito. De modo que no artigo 198, inciso II, foi determinada a criação de um Sistema Único de Saúde, para efetivar o direito à saúde.

A União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios são os financiadores do SUS e devem agir de forma integrada, em conjunto para realizar os objetivos atribuídos pela Constituição Federal, concretizando o direito à saúde de forma universal.

Constatou-se ainda que apesar de toda a previsão nacional sobre a saúde, nos dias atuais, não pode mais ser tida como isolada, não se pode ignorar a globalização, os caminhos dos países estão entrelaçados e a saúde engloba a aversão às doenças que não encontram fronteiras, deve ser tratada inter e intra governamentalmente.

A globalização pode ser vista tanto da perspectiva econômica, com expansão dos mercados globais, mas também com o desenvolvimento da legislação e justiça internacional e como projeto civilizatório com perspectiva universal, permitindo a construção de uma sociedade justa e solidária. Assim, por este processo de globalização e interdependência se tornaria possível uma perspectiva de internacionalização visando principalmente à tutela dos direitos humanos, neles incluídos os direitos sociais vitais e, conseqüentemente, o direito à saúde. O direito à saúde deve ser promovido por todos os Estados, sem distinção, devendo haver cooperação e colaboração internacional, mesmo que presentes as imprevisões da realidade globalizada.

Notou-se que o redimensionamento dos elementos do Estado teve uma grande influência também da globalização, que implica em uma reformulação ou reconfiguração do Estado-nação, que através de uma perspectiva otimista, cumpre falar em uma transformação do caráter soberano dos Estados que passam a atuar em cooperação.

Além da mudança no caráter soberano do Estado há uma nova concepção também do instituto da cidadania. Os Estados, cada vez mais, devem se submeter às normas de direitos internacionais, que podem surgir também dos blocos de integração dos quais fazem parte.

O direito internacional surge quando a soberania não se manifesta mais como único poder efetivo, mas se define em função dos valores democráticos e da proteção dos direitos fundamentais. Há uma desvinculação do constitucionalismo estatal, indo em direção a um constitucionalismo internacional ou alicerçado em bases comunitárias de integração entre os Estados.

Há uma necessidade de desvinculação do paradigma do Estado, mas sempre visando à garantia da paz e dos direitos fundamentais. Através dessas novas formulações o instituto da cidadania também sobre alterações, devendo ser ultrapassada o conceito de cidadania ligado ao de nacionalidade.

Através da abordagem de diferentes doutrinadores, notou-se que o conceito da cidadania passa por uma revisitação onde se pretende ampliá-lo havendo a defesa de cidadanias ‘multiníveis’ ou cosmopolitas, sempre visando à seara internacional.

Há a defesa de manter o instituto da cidadania, de modo não ser o mais aceitado negá-lo, pretendendo aceitar a noção da cidadania como um conceito jurídico-político que está presente nos atuais ordenamentos, mas que a disciplina jurídica da cidadania deva, como tarefa, assumir as exigências políticas dos presentes tempos, atualizando e reabilitando o termo, mas não negando-o.

Mas a crítica à cidadania parte de quando o instituto age como uma fonte de discriminação com os não-cidadãos, decorrente da universalidade dos direitos humanos, que conectados à cidadania privilegiariam alguns em detrimento de outros.

Vislumbrou-se que a cidadania, assim, deve ser negada quando condicionante da totalidade dos direitos fundamentais, ela não pode servir como pressuposto de todos os direitos fundamentais nos Estados nacionais; pois muitos destes direitos, como o direito fundamental à saúde não tem a sua titularidade conectada a nações, nacionalidades ou cidadanias, devendo ser efetivado a todos enquanto pessoas.

Observou-se assim que a definição teórica formal de direitos fundamentais permite a releitura da nacionalidade para efetivar o direito fundamental à saúde. O direito à saúde, como um direito humano, independe da cidadania ou capacidade de agir para a sua efetivação, decorrente de seu caráter universal, sequer depende da nacionalidade, observando-se, ainda, o caráter inalienável e indisponível dos interesses substanciais no qual este direito consiste.

Como proposta a releitura da nacionalidade teve como exemplo privilegiado o caso fronteiro, especificamente na cidade de Foz do Iguaçu, Paraná, tríplice fronteira, objeto de inúmeras discussões inclusive com ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, que foi adotada para ilustrar o exemplo, abordando-a no tocante à nacionalidade.

No Estado brasileiro o direito à saúde foi alçando a direito fundamental na Constituição Federal de 1988, e expressamente dispôs que era um direito de todos e um dever do Estado, de acordo com a sua fundamentalidade assim, é um direito cuja titularidade é de toda pessoa humana.

Portanto, a saúde é um direito que se estende e se garante a todos. Ocorre que nas regiões fronteiriças o debate a respeito de dar ou não efetividade ao direito à saúde de um não-nacional toma força, pois no cotidiano se observa o fluxo de pessoas entre um país e outro e é onde se observa também pessoas de outras nacionalidades dirigindo-se até o Brasil pretendendo ver seu direito à saúde efetivado.

Constatou-se que o fluxo de pessoas buscando serviços de saúde não é uma peculiaridade apenas em Foz do Iguaçu, havendo um projeto do Ministério da Saúde, denominado SIS-fronteira, que visa fazer o diagnóstico das cidades fronteiriças no Brasil, possibilitando um melhor serviço de saúde nos Municípios de fronteira e ainda visando inserir o programa de saúde para a fronteira (SIS-fronteira) na perspectiva de fortalecimento da integração da América do Sul.

A ação civil pública abordada, n. 2006.70.02.007108-9/PR, tramitou perante a Primeira Vara Cível Federal de Foz do Iguaçu e foi intentada após a negativa do Município atender a demanda da população fronteiriça, baseada na falta de regulação para o atendimento dos estrangeiros no Brasil, ocorre que, como constatado, o direito à saúde sendo um direito fundamental deve ser efetivado a todos, independente de outras normas e regras aplicáveis nas fronteiras.

Sob a perspectiva da integração até mesmo as fronteiras devem estar destinadas a desaparecer, a fundamentalidade do direito à saúde supõe a sua efetivação a todas as pessoas humanas, nacionais ou não.

A ação civil pública assim teve por objetivo, em síntese, o atendimento de brasileiros residentes no Paraguai, conhecidos como brasiguaios, e o atendimento dos estrangeiros em trânsito no Brasil, com o ressarcimento do SUS ao Município pelos atendimentos prestados, na decisão, confirmada em Apelação/Reexame Necessário no tocante à nacionalidade determinou o atendimento pelo SUS de todos os brasileiros, independente do cartão do SUS, e, em emergência e urgência, o atendimento dos que não comprovem a nacionalidade brasileira.

Notou-se que a decisão avançou quando determinou o atendimento dos não nacionais, porém vincular o atendimento à emergência e a urgência caracteriza uma limitação à efetivação do direito à saúde, quando o correto, por ser um direito humano, além de fundamental, seria ampliar o atendimento dos estrangeiros, não apenas em casos de urgência e emergência.

Quando a discussão está vinculada a efetivar ou não o direito à saúde por questões de nacionalidade e fronteiras, as limitações devem ser perpassadas, seja pelas dimensões

diferenciadas de cidadania, nacionalidade, soberanias e fronteiras, decorrente do processo de globalização e da forte tendência de integração entre os países, seja pela fundamentalidade do direito à saúde.

Há uma integração de forma natural em Foz do Iguaçu, com valores e traços culturais diferenciados, deve haver uma intenção das autoridades em desenvolver o direito à saúde, com base na integração e na solidariedade, há uma proximidade que une os povos, portanto o direito à saúde não pode ser negado a uma pessoa por esta não pertencer ao território nacional brasileiro.

A garantia do direito à saúde não é pressuposto apenas individual, mas também do desenvolvimento da sociedade da tríplice fronteira. A região de Foz do Iguaçu atrai, além de pelas belezas naturais, também pela localização privilegiado encontrando-se com o Paraguai e com a Argentina, assim deve haver uma efetiva e necessária integração dos países, primando sempre pelos direitos fundamentais.

A Constituição Federal não atribuiu titularidade ao direito à saúde, mas como visto é um direito fundamental vinculado a todos, enquanto pessoas, há uma universalidade instituída não apenas na Constituição, mas também nas cartas internacionais.

Por fim, pode-se afirmar que, mais incompreensível que pretender a efetivação do direito à saúde a um não nacional é permitir a violação do direito fundamental pelo não atendimento da pessoa com base em nacionalidades, daí decorre a necessária releitura da nacionalidade para efetivação do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente de Paulo. **Direitos Humanos, Democracia e Globalização**. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. **20 Anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política**. São Leopoldo: Oikos, 2009.

BECK, Ulrich. **Conditio humana. Il rischio nell'età globale**. Tradução de Benno Dischinger. Disponível em: <http://www.jornalorebate.com.br/site/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2809>. Acesso em: 14.10.2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. **Mais saúde: direito de todos: 2008-2011**. 3. ed. rev. – Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. **ABC do SUS — Doutrinas e princípios**. Brasília: 1990.

_____. Tribunal Regional Federal 4º Região. **Ação Civil Pública n. 2006.70.02.007108-9/PR**. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 20.09.2011.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação/ Reexame Necessário n. 2006.70.02.007108-9/PR**, Juiz Federal Relator Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre: 09 de dezembro de 2009. Publicado em 07 de Janeiro de 2010. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 20.09.2011.

CABO, Antonio de; PISARELLO, Geraldo. **Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. **Cidadania e direitos humanos: a contribuição garantista**. Disponível em: <http://www.andhep.org.br/downloads/trabalhosVencontro/gt1/gt01p02.pdf>. Acesso em: 20.01.2011.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista**. Campinas: Millenium, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Apresentação**. In: FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Apresentação. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONELL, Miguel. **Luigi Ferrajoli Teórico Del derecho y de La democracia**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

CARVALHO, Denise Siqueira de; (et. all). **Caracterização dos municípios e de seus sistemas locais de saúde na região de fronteira do Paraná**. In: Maria de Lourdes de Souza; Luiz Alberto Peregrino Ferreira; Vanessa Murta Rezende; Marisa Lucena Branco. (org.). **A saúde e a inclusão social nas fronteiras**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ética Sanitária**. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). Brasil. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Coletânea de textos. Vol. 01. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Estado brasileiro e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA. **Fiocruz**. Disponível em: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/saudefronteiras/estudos_de_caso.php?secao=4. Acesso em: 10.10.2011

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. **Derecho y razón. Teoria Del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

_____. **Derechos fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

_____. **Derechos y garantías. La ley Del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Principia iuris Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia**. Roma-Bari (Italy): Editori Laterza, 2007.

_____. **Sobre los derechos fundamentales.** In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría Del neoconstitucionalismo Ensayos escogidos.** Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FORLATIO, Laura Picchio. **A cidadania plúrima como reflexo da competição entre sistemas-estados: a experiência europeia.** In: DAL RI JUNIOR, ARNO; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Cidadania e Nacionalidade efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais.** Ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

FOZ DO IGUAÇU. Conselho Municipal de Saúde. REUNIÃO ORDINÁRIA – 13/07/06. **ATA Nº 349.**

_____. Site da prefeitura municipal de Foz do Iguaçu. Disponível em: <http://www.pmfi.pr.gov.br/Portal2/home/historia.asp>. Acesso em: 20.09.2011.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791.** Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 02.07.2011.

_____. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** Disponível em: http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 02.07.2011

HELD, David. **Un pacto global. La alternativa social democrata al consenso de Washington.** Taurus: Madrid, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo, Martin Claret, 2009.

HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil.** São Paulo: Hucitec, 1998.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado.** México: FCE, 2000.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua.** Porto Alegre: L&PM, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LIMBERGER, Têmis. **Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente.** In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Ciberciudadanía@ o ciudadaní@.com.** Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **GLOBALIZAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO. Notas para reflexão!** Disponível em: http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v39n2/art03_bolzan.pdf. Acesso em: 20.11.2010.

_____. **O direito à saúde: justiciabilidade não significa fazer (in)justiça com a própria “caneta”**. In: Boletim da Saúde / Secretaria da Saúde do Rio Grande do Sul; Escola de Saúde Pública. -v. 24, n. 2, 2010 – Porto Alegre: SES/ESP, 1969.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, António José Avelã; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

OCAMPO, Antônio Horácio Toro. **A saúde nas fronteiras: “uma proposta de bem-estar e desenvolvimento”**. In: Maria de Lourdes de Souza; Luiz Alberto Peregrino Ferreira; Vanessa Murta Rezende; Marisa Lucena Branco. (org.). **A saúde e a inclusão social nas fronteiras**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

OLIVEIRA, Odete Maria. **A era da globalização e a emergente cidadania mundial**. In: DAL RI JUNIOR, ARNO; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Cidadania e Nacionalidade efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais**. Ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 06.06.2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 25.05.2011.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%20C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 25.08.2011.

PIOVESAN, Flávia. **Globalização econômica, integração regional e direitos humanos**. In: Revista Interesse Público, n. 13, 2002.

REZENDE, Vanessa Murta; BRANCO, Marisa Lucena; ARAUJO, Alessandra Santos. **Projeto SIS Fronteira**. In: Maria de Lourdes de Souza; Luiz Alberto Peregrino Ferreira; Vanessa Murta Rezende; Marisa Lucena Branco. (org.). **A saúde e a inclusão social nas fronteiras**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobos. **Cidadania**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do Direito à Saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais**. Cascavel: Assoeste, 2011.

ANEXO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2006.70.02.007108-9/PR

D.E.

Publicado em 07/01/2010

RELATOR : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
 APELANTE : UNIÃO FEDERAL
 ADVOGADO : Procuradoria-Regional da União
 APELANTE : ESTADO DO PARANA
 PROCURADOR : Flavio Rosendo dos Santos
 APELANTE : MUNICIPIO DE FOZ DO IGUAÇU/PR
 ADVOGADO : Luiz Carlos de Carvalho
 APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 01A VF E JEF CIVEL DE FOZ DO IGUAÇU

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MPF. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. UNIÃO. ESTADO. MUNICÍPIO. INTERESSE PROCESSUAL.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação visa à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedente desta Corte. O fornecimento de tratamentos à saúde por meio do SUS transcende à pessoa do indivíduo, revelando interesse da coletividade como um todo.
2. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.
3. Embora seja inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar sejam estas implementadas sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a integridade de direitos sociais com estatura constitucional.
4. Não há falar em ausência de causa de pedir, pois o Ministério Público Federal não pleiteou apenas atendimento de urgência, e sim tratamento integral e gratuito pelo SUS aos brasileiros residentes no Paraguai, além de atendimento de saúde dos estrangeiros que compareçam aos postos e hospitais do Sistema em situação de emergência.
5. O atendimento pelo SUS a todos os brasileiros que comprovem essa qualidade, independentemente de apresentação de cartão do SUS, e, nos casos de emergência ou urgência, àqueles que não comprovem nacionalidade brasileira (estrangeiros e brasiguaios) caracteriza o pleno atendimento à norma constitucional garantidora do direito fundamental à saúde, passível de controle pelo Poder Judiciário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de dezembro de 2009.

Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, Relator**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4ª Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3148962v2** e, se solicitado, do código CRC **6CA3ABBD**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SERGIO RENATO TEJADA GARCIA:2182

Nº de Série do Certificado: 443597E4

Data e Hora: 09/12/2009 14:47:50

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2006.70.02.007108-9/PR

RELATOR : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA

APELANTE : UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO : Procuradoria-Regional da União

APELANTE : ESTADO DO PARANA

PROCURADOR : Flavio Rosendo dos Santos

APELANTE : MUNICIPIO DE FOZ DO IGUAÇU/PR

ADVOGADO : Luiz Carlos de Carvalho

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 01A VF E JEF CIVEL DE FOZ DO IGUAÇU

RELATÓRIO

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União, o Estado do Paraná e o Município de Foz do Iguaçu, objetivando que seja viabilizado o atendimento nos postos de saúde da cidade de Foz do Iguaçu dos brasileiros residentes no Paraguai, independentemente de comprovação de endereço no referido município, e dos estrangeiros que compareçam aos postos e hospitais do sistema único de saúde em situação de emergência, incluindo os casos de partos iminentes, bem como a condenação para incluir no cálculo da parcela a ser entregue ao sistema em Foz do Iguaçu os atendimentos realizados aos "brasiguaios" e aos estrangeiros nesse sentido.

Instruído o feito, sobreveio sentença (fls. 350-5) julgando parcialmente procedente o pedido, para determinar que o plano que o plano de ação traçado conjuntamente pelos réus continue sendo executado, até integral cumprimento, para que seja prestado o atendimento aos brasileiros e estrangeiros pelo SUS da seguinte forma: **a)** aos brasileiros que comprovem esta qualidade, independentemente da apresentação do Cartão SUS ou comprovação de residência neste Município - de forma integral, devendo as despesas decorrentes do atendimento dos não-municípes ser custeadas/ressarcidas conforme o tipo de tratamento/exame/consulta nos termos da Lei 8.080/90 e legislação complementar, que trata da divisão de competências no âmbito do SUS; **b)** aos que não comprovem a nacionalidade brasileira (brasiguaios/estrangeiros), somente nos casos de emergência e/ou urgência, consoante legislação pertinente.

A União Federal apela (fls. 357-80), alegando, preliminarmente, a falta de interesse processual por inadequação da via eleita. Assevera que o pedido vertido na exordial atenta contra vários princípios constitucionais, além de não haver direito subjetivo, oponível contra o Poder Público, com o fito de contra ele demandar medida ou ação dependente de prévia deliberação política do Poder Executivo e de pendente de previsão orçamentária. No mérito, sustenta que a pretensão afronta diretamente o disposto no art. 2º da CF/88, que consagra a regra da independência dos poderes. Aduz que para implementação de programas de saúde que atendam aos "brasiguaios", e até os paraguaios que se encontrem em estado de emergência, faz-se necessária previsão orçamentária e tempo para que não se retire verbas de outras áreas não menos importantes. Refere, ainda, analisando a situação dos estrangeiros, que não há como o SUS suportar os gastos promovidos por aqueles que não contribuem para o Sistema. Requer a reforma integral do julgado.

O Estado Paraná e o Município de Foz do Iguaçu também recorrem (fls. 404-11 e 417-21). O primeiro arguiu a ilegitimidade do MPF para a causa, bem como a sua ilegitimidade passiva. Alega, outrossim, a falta de interesse processual, tendo em vista que o SUS já presta atendimento integral aos brasileiros residentes no Paraguai e aos paraguaios residentes em Foz do Iguaçu. O segundo sustenta a falta de interesse processual, porque já vem cumprindo o requerido na inicial. No mais, entende que cabe à lei estabelecer políticas públicas de saúde e determinar o custeio das despesas com os "brasiguaios" e estrangeiros. Ambos pugnam pela improcedência da ação.

Apresentadas contrarrazões aos recursos, vieram os autos a este Tribunal.

O *parquet* federal opina pela manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

A sentença, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Sérgio Luis Ruivo Marques, muito bem abordou a lide, merecendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos, os quais adoto como razão de decidir, *verbis*:

"(...)

2. Fundamentação

Preliminares

2.1 Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal

Sustenta o Estado do Paraná que o Ministério Público Federal não têm legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses de estrangeiros e brasileiros não residentes no Brasil.

Sem razão o requerido. O Ministério Público Federal possui legitimidade extraordinária para ajuizar a presente ação na defesa dos interesses dos estrangeiros e brasileiros não residentes no país. Trata-se de direitos individuais homogêneos, que embora possam ser buscados individualmente pelos seus titulares, também o podem pelo MPF.

Lembro que, no presente caso, ao contrário do que sustenta o Estado do Paraná, a lide versa sobre direitos sociais e indisponíveis (acesso à saúde), sendo conferida ao Ministério Público Federal a legitimidade para sua defesa, nos termos do art. 127 da Constituição Federal:

"O ministério público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

Também a Lei Complementar 75/1993, em seu artigo 6º, VII, alínea 'c', atribui ao Ministério Público da União a promoção de ação civil pública para a proteção de interesses individuais indisponíveis.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do STJ:

RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PESSOA IDOSA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Este Tribunal Superior possui entendimento pacífico no sentido de que o ministério público é parte legítima para propor ação civil pública, com o objetivo de tutelar direitos individuais indisponíveis.

2. O direito à vida e à saúde são direitos individuais indisponíveis, motivo pelo qual o ministério público é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos de uso contínuo para pessoas idosas. (q.v., verbi gratia, EREsp 718.393/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 15.10.2007).

3. Recurso especial não provido

(STJ, 2ª Turma, RESP 927818/RS, Relator Juiz Convocado CARLOS FERNANDO, MATIAS, decisão unânime, DJ 17/04/2008).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento das Turmas de Direito público no sentido de que o ministério público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.9.2006.

2. No mesmo sentido, os recentes precedentes desta Corte Superior: EREsp 466.861/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 7.5.2007; REsp 920.217/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.6.2007; REsp 852.935/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 4.10.2006; REsp 823.079/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.10.2006; REsp 856.194/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 22.9.2006; REsp 700.853/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21.9.2006; REsp 822.712/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.4.2006.

3. Embargos de divergência providos.

(STJ, 1ª Seção, ERESP 737958/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 15/10/2007, p. 219).

2.2 Inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse processual

O Estado do Paraná suscita a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, alegando que é vedado ao Judiciário interferir na esfera discricionária afeta ao Executivo, e a União afirma a ocorrência de falta de interesse processual por inadequação da via eleita, alegando que por meio de ação civil pública não se deve determinar à Administração Pública a implementação de um ato concreto.

Afasto, porém, a alegação de inépcia da petição inicial, considerando que a presente ação visa suprir a inércia do Poder público em relação a fato concreto (ausência de tratamento à saúde de estrangeiros e brasileiros não residentes no país).

É extrema de dúvidas que os direitos à saúde, à vida e à integridade física devem ser qualificados como direitos indisponíveis, por sua grande relevância social. No caso destes autos, o fornecimento de tratamentos à saúde por meio do SUS transcende à pessoa do indivíduo, revelando interesse da coletividade como um todo.

Como já ressaltai, a Lei Complementar 75/1993, em seu artigo 6º, VII, alínea 'c', atribui ao Ministério Público da União a promoção de ação civil pública para a proteção de interesses individuais indisponíveis.

Ademais, os cidadãos a quem se destina a tutela jurisdicional da presente ação civil pública encontra-se em situações de hipossuficiência econômica e jurídica, o que reforça a necessidade da atuação do Parquet.

Quanto à alegação da União e do Estado do Paraná de que não seria cabível em ação civil pública determinar à Administração Pública a implementação de um ato concreto afeto à

esfera das políticas públicas, ressalto que embora seja inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição Federal, sejam estas implementadas sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a integridade de direitos sociais com estatura constitucional. Trata-se da questão pertinente à "reserva do possível" cuja prestação jamais deve ser negada pelo Estado.

2.3 Incompetência do juízo e ilegitimidade passiva da União

Alega a União a incompetência da Justiça Federal, sustentando que a execução material das atividades de saúde cabe ao Estado do Paraná e ao Município de Foz do Iguaçu, o que demanda também o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva.

No entanto, a jurisprudência pátria tem orientado, com fulcro no artigo 196 da Constituição Federal, que nas causas envolvendo o acesso à saúde dos cidadãos por meio do Sistema Único de saúde - SUS, os entes federados União, Estados, Municípios e Distrito Federal, são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de atendimento à saúde aos cidadãos desprovidos de recursos financeiros, garantindo o franco acesso ao Sistema necessário ao atendimento para a cura de enfermidades, em especial, as mais graves.

Corroboram o presente raciocínio o dispositivo 198 da Carta Magna, que preceitua que o Sistema Único de Saúde é composto pelos três entes federativos.

Não se descuida que o SUS prescreva, de forma mais direta, atribuições ao Estado e ao Município, porém, a unicidade do sistema impõe a solidariedade das três esferas no dever jurídico de garantir a saúde, o que legitima a manutenção da União no pólo passivo da relação processual e o julgamento do feito na Justiça Federal.

Saliento que o posicionamento adotado harmoniza-se com a linha de pensamento exposta pelo colendo STF no julgamento do RE nº 19592/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, sobre fornecimento de medicamentos, que concluiu pela responsabilidade linear da União, dos Estados e dos Municípios, consoante o resumo a seguir:

*"(...) SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. - Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios."
(...).*

Assim, afastam as preliminares.

2.4 Ausência de causa de pedir

Afirma a União que no âmbito do SUS jamais foi negado atendimento médico de urgência aos brasileiros e estrangeiros não residentes no país.

No entanto, o Ministério Público Federal não pleiteou apenas atendimento de urgência, e sim tratamento integral e gratuito pelo SUS aos brasileiros residentes no Paraguai, além de

atendimento de saúde dos estrangeiros que compareçam aos postos e hospitais do Sistema em situação de emergência.

Na inicial foram expostos os fundamentos de fato e de direito que embasaram o pedido, sendo indevido o argumento de ausência de causa de pedir do Parquet Federal.

2.5 Mérito

Analisando o feito, observo que não houve qualquer modificação da situação fática, desde o deferimento parcial da antecipação dos efeitos da tutela por meio da decisão das fls. 251-254.

Assim, tendo em vista a ausência de qualquer elemento novo no curso processual, transcrevo a referida decisão, de lavra da Juíza Federal Substituta Camila Plentz Konrath, como razões de decidir desta sentença:

Num juízo de cognição sumária, não vislumbro a existência de qualquer das causas de extinção do feito sem resolução do mérito ventiladas, de forma que passo a analisar o cabimento da medida liminar pleiteada, deixando para apreciar as questões preliminares suscitadas por oportunidade da prolação de sentença.

Como se pode concluir pelo extenso relato do feito, os pedidos deduzidos na inicial são amplos e com repercussão profunda sobre a comunidade, em especial, no delicadíssimo setor da saúde.

Feita essa observação, entendo ainda oportuno traçar um breve contexto regional para esclarecer os diversos pontos que envolvem a questão:

Foz do Iguaçu está localizada na fronteira com dois países - Paraguai e Argentina; há mais de 300.000 "brasiguaios" residindo no Paraguai, na região da fronteira com Ciudad Del Este. Pelo termo brasiguaios, designa-se tanto brasileiros (com a nacionalidade reconhecida) bem como filhos de brasileiros nascidos naquele país, que não ostentam tal qualidade. Os traços característicos são o local de residência: Paraguai e sua origem - brasileira.

Embora não ideal, o Município de Foz do Iguaçu possui um sistema de saúde atrelado ao SUS organizado na medida do possível, que vem atendendo, além dos brasiguaios [residentes no Paraguai (sem distingui-los entre estrangeiros e nacionais)] os paraguaios da região fronteira. Tudo isso é fato conhecido na região, inclusive, como bem lembrado pela União, o de que são locados veículos naquele país para trazerem seus nacionais a este município para aqui serem atendidos.

Como também foi ressaltado e comprovado documentalmente pelas rés, o SUS está atendendo brasiguaios e estrangeiros não residentes em casos de emergência e/ou urgência. Mais: os brasiguaios, independentemente de comprovação da nacionalidade brasileira, estão recebendo praticamente o mesmo atendimento dispensado aos nacionais.

Revelando a preocupação de toda a comunidade, foram realizadas audiências públicas, reuniões no Consulado do Brasil no Paraguai, reuniões com representantes do Autor, das rés e daquele Consulado, no sentido de buscar soluções para a questão, sobretudo dos brasiguaios. Particularmente, mesmo antes da distribuição desta ação, compareci a alguns

desses encontros, considerando o interesse do problema à comunidade em geral. Depois de recebida a inicial, embora tenha deixado de participar de tais encontros, pude verificar, pelos documentos e relatos constantes neste feito, que a preocupação do Município e da União persiste, sendo tomadas medidas concretas no sentido de prestar o melhor e mais amplo atendimento possível aos brasiguaios e estrangeiros, sem comprometer a prestação de serviços aos brasileiros.

Embora a questão colocada, por tratar de assunto que é tão caro a todos, reclame soluções urgentes, lembro que, em se tratando de reformular toda a estrutura existente - já que o número de atendimentos mais do que dobraria acaso acolhido o pedido do autor - não há como esquecer-se das implicações no plano fático que têm.

É dizer, de nada adianta o julgador determinar ações imediatas, que demandem recursos humanos e financeiros inexistentes ou não previstos no orçamento, para cujo atendimento o administrador público terá que desfalcar outra área da saúde igualmente importante. Neste momento, deve-se lembrar que escolher as políticas públicas prioritárias é papel dos governantes, pois há necessidades ilimitadas diante de recursos limitados. Nesse sentido a atuação do juiz, ao determinar a execução de políticas públicas para assegurar direitos previstos constitucionalmente, está limitada pela "reserva do possível" como amplamente reconhecido no Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, certamente não se pode deixar de garantir direitos fundamentais sob tal argumento de forma genérica ou generalizada. Assim, em todo o caso, estamos todos (Judiciário e Executivo) limitados por princípios de proporcionalidade, razoabilidade, ou, como se diria leigamente, bom-senso. Neste sopesar, como dito, o juiz não se restringe ao abstrato, mas deve levar em conta a repercussão de seus atos no âmbito social, sobretudo quando sabe que será contundente.

No caso concreto, há que se ressaltar que a situação dos brasiguaios e paraguaios, que vêm a esta cidade buscar atendimento médico, não é nada recente, datando, no mínimo de mais de três décadas atrás, já que o Paraguai nunca lhes garantiu qualquer direito. Ademais, como dito, mesmo que se admitisse ser obrigação solidária dos entes políticos prestar o atendimento da forma requerida, reestruturar todo o sistema de saúde do Município - incluindo recursos humanos e financeiros - não é tarefa que se execute de uma hora para outra, sem prejudicar outras áreas da saúde igualmente importantes.

Ainda, a dificuldade em quantificar e identificar esta demanda antes de o SISFRONTEIRAS apontar uma conclusão - veja-se que somente se tem uma estimativa do número de brasiguaios, não se sabendo, nem se estimando quantos desses são brasileiros e quantos são paraguaios -; e o fato de estarem sendo - concretamente - adotadas ações pelas rés no sentido de melhorar o atendimento que vem sendo prestado a todos (com o comprovado repasse de recursos especialmente para este fim) indicam que não estão presentes os pressupostos para a antecipação dos efeitos da tutela, nos moldes pleiteados.

É que, num juízo de cognição sumária, entendo não se possa restringir a fruição do direito à saúde aos brasileiros, ainda que residam em cidade vizinha, noutro País. De outro lado, o mesmo raciocínio, ao menos por ora, parece não ser o melhor em relação aos estrangeiros, sejam eles "brasiguaios" ou não; devendo o Município, por enquanto e em relação a eles, prestar o atendimento pelo SUS apenas em casos urgentes ou emergenciais, como determina a legislação aplicável ao caso.

Como se vê, não haverá, por força desta decisão, alteração substancial na forma de atendimento oferecido pelo SUS, no âmbito deste Município, aos brasileiros e estrangeiros, já que os brasiguaios (incluindo brasileiros e paraguaios) têm tido acesso ao mesmo tratamento dispensado aos brasileiros, e os estrangeiros em geral (não-brasiguaios) têm recebido atendimento pelo SUS em casos de emergência e urgência.

3. Dispositivo

Posto isso, julgo parcialmente procedente o pedido, a fim determinar que o plano de ação traçado conjuntamente pelos réus continue sendo executado, até integral cumprimento, para que seja prestado o atendimento aos brasileiros e estrangeiros pelo sistema SUS da seguinte forma:

a) aos brasileiros que comprovem esta qualidade, independentemente da apresentação do Cartão SUS ou comprovação de residência neste Município - de forma integral, devendo as despesas decorrentes do atendimento dos não-municípios ser custeadas/ressarcidas conforme o tipo de tratamento/exame/consulta nos termos da Lei 8.080/90 e legislação complementar, que trata da divisão de competências no âmbito do SUS;

b) aos que não comprovem a nacionalidade brasileira (brasiguaios/estrangeiros), somente nos casos de emergência e/ou urgência, consoante legislação pertinente.

Sem custas. Incabível a condenação em honorários.

Sentença sujeita a reexame necessário.(...)"

Por fim, os próprios fundamentos desta decisão, bem como a análise da legislação pertinente à espécie, já são suficientes para o prequestionamento da matéria junto às Instâncias Superiores.

Ante o exposto, voto no sentido de **negar provimento às apelações e à remessa oficial.**

Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, Relator**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4a Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3148961v2** e, se solicitado, do código CRC **8A8E2BE7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SERGIO RENATO TEJADA GARCIA:2182

Nº de Série do Certificado: 443597E4

Data e Hora: 09/12/2009 14:47:47
