

O ACESSO À SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA POR ESTRANGEIROS NÃO RESIDENTES COMO FORMA DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Leonardo Bocchi Costa^{*}

Nathalia da Fonseca Campos^{**}

RESUMO: A presente pesquisa tem como finalidade a análise acerca do acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros não residentes no Brasil, partindo do pressuposto de ser o direito à saúde um direito fundamental, e, a partir disso, concluir que a restrição a esse direito viola diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e, com isso, o Estado Democrático de Direito brasileiro. Para isso, será feita uma abordagem acerca da evolução histórica das políticas públicas de saúde no Brasil, analisando, a partir disso, o direito à saúde como direito fundamental, para que possa ser abordado, consoante os princípios constitucionais e dos direitos humanos, o alcance dos direitos fundamentais brasileiros no que concerne aos estrangeiros não residentes. Este trabalho utilizou como métodos de abordagem os métodos dedutivo e histórico-evolutivo, além de se utilizar de pesquisa indireta bibliográfica, lançando mão de dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro, obras doutrinárias voltadas à disciplina dos direitos humanos, bem como às políticas públicas de saúde brasileiras, sem prejuízo de entendimentos jurisprudenciais coletados a partir da consulta do termo “atendimento hospitalar emergencial a estrangeiros” junto aos sites dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais brasileiros. A partir do estudo, concluiu-se que há inconstitucionalidade flagrante nas arguições orçamentárias para que seja restringido o direito fundamental à saúde aos estrangeiros não-residentes, podendo-se observar o interesse do Estado brasileiro na manutenção da omissão dos Poderes no que diz respeito ao assunto abordado, uma vez existindo conveniência financeira em ter menos pessoas submetidas ao serviço público.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso a atendimento hospitalar por estrangeiros não-residentes; Alcance dos direitos fundamentais; Política migratória brasileira; Políticas públicas de saúde; Universalidade dos direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Evolução histórica das políticas públicas de saúde brasileiras; 3 O direito à saúde como direito fundamental; 3.1 A classificação e a evolução histórica dos direitos fundamentais; 3.2 O direito à saúde como direito social brasileiro; 4 A situação do estrangeiro no ordenamento jurídico brasileiro; 4.1 O acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros não

^{*} Estudante de Direito pela UENP. E-mail: leonardo.bocchi@hotmail.com.

^{**} Estudante de Medicina pela PUC-PR. E-mail: nah-fonseca@hotmail.com.

residentes; 4.2 A abrangência dos direitos fundamentais brasileiros; 5 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde foi uma das principais conquistas idealizadas e concretizadas por meio da Constituição Federal de 1988, que passou a garantir, após décadas de políticas públicas de saúde voltadas a determinados grupos sociais, acesso universal à saúde pública por meio da instauração do Sistema Único de Saúde (SUS).

O SUS nasce a fim de superar definitivamente o caráter seletivo da saúde pública brasileira, fato explicitado, principalmente, quando o acesso à saúde pública era condicionado à posse de carteira de trabalho, durante a ditadura militar. Apesar de guiar-se por princípios intrínsecos aos direitos humanos e fundamentais, é controvérsia jurídica o caráter absoluto do princípio da universalidade inerente ao Sistema Único de Saúde brasileiro.

Isso porque, diante da omissão legislativa, muito se tem discutido acerca da possibilidade de acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros não residentes, já que o direito à saúde é direito fundamental e, a priori, inviabiliza a restrição do acesso ao SUS por essa classe de indivíduos, justamente pelo fato de o único requisito para deter um direito humano ou fundamental ser a condição humana.

Assim, com a falta de regulamentação jurídica, os magistrados se veem na necessidade de lançarem mão do ativismo judicial para que possam garantir o direito dos estrangeiros não residentes enquanto em solo nacional, sem que haja, porém, pacificação jurisprudencial acerca do tema ou qualquer posicionamento por parte dos dois principais órgãos jurisdicionais colegiados do Direito brasileiro.

Diante dos fatos apresentados, a presente pesquisa tem como finalidade demonstrar a impossibilidade jurídica de se limitar o acesso à saúde pública brasileira aos estrangeiros não-residentes, sob pena de violar princípios intrínsecos aos direitos fundamentais, como a universalidade e a dignidade da pessoa humana.

Para que tal objetivo seja atingido, o presente estudo viabilizará a análise da evolução histórica das políticas públicas de saúde brasileiras, buscando explicitar os avanços trazidos pela implementação do SUS – uma vez que traz consigo o acesso universal à saúde e o princípio do atendimento integral.

Além disso, buscar-se-á discutir o direito à saúde como direito fundamental, para que, após elaborar análise acerca da proteção jurídica aos estrangeiros no ordenamento jurídico brasileiro, se possa discutir o alcance da tutela dos direitos fundamentais do ordenamento brasileiro e elaborar conclusões acerca da possibilidade de privar ou restringir constitucionalmente os estrangeiros não residentes de atendimento médico público.

A metodologia utilizada pela presente pesquisa se resume ao levantamento bibliográfico envolvendo materiais doutrinários voltados à disciplina dos direitos humanos e às políticas públicas de saúde brasileiras – com ênfase aos autores Paulo Gonet Branco, Walter Claudius Rothenburg, André de Carvalho Ramos, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior –, dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro que regulamentam a temática analisada, além de entendimentos jurisprudenciais coletados a partir da consulta do termo “atendimento hospitalar emergencial a estrangeiros” junto aos sites de todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais brasileiros.

Os julgamentos foram selecionados a partir de um recorte temporal de 15 anos, contados do ano de 2020, a fim de preservar a atualidade dos entendimentos a serem colhidos. Além disso, os julgados adotados foram escolhidos de acordo com sua adequação à temática abordada, dando-se, portanto, ênfase aos pronunciamentos judiciais que relacionaram o alcance universal dos direitos fundamentais brasileiros ao acesso a atendimento hospitalar emergencial por estrangeiros não-residentes.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE BRASILEIRAS

Para compreender o intuito desta pesquisa, que analisará, entre outras coisas, a importância da conquista da universalização da saúde no Brasil, será necessário compreender o processo evolutivo das políticas de saúde no país, que passaram, ao longo dos anos, por inúmeras alterações em resposta às mudanças nos quadros sociais e econômicos brasileiros.

O início da análise acerca das políticas de saúde brasileiras se dá, nesta pesquisa, com a colonização portuguesa, que teve como principal finalidade ações exploratórias sobre os recursos disponíveis no território. Por conta disso, modelos de atenção à saúde não estavam presentes e sua criação também não fazia parte dos interesses do governo português. Nesse período, as atenções à saúde eram limitadas aos próprios recursos da terra, como ervas e plantas, sendo a arte de curar executada por aqueles dotados de conhecimentos empíricos, os curandeiros (POLIGNANO, 2001).

A necessidade de organização de uma estrutura sanitária surgiu somente com a vinda da família real para o Brasil, para que esta recebesse suporte mínimo em suas instalações na cidade do Rio de Janeiro. Desse período até o ano de 1850, essas atividades de saúde limitavam-se à delegação das atribuições sanitárias às juntas municipais e ao controle dos navios e da saúde dos portos. Isso deixa claro o interesse em garantir uma mínima assistência sanitária e em setores e regiões demarcados pelo governo (POLIGNANO, 2001).

O primeiro Período Republicano brasileiro (República Velha) foi caracterizado pelo governo dos grandes proprietários de terra que representavam os interesses do capitalismo agrário brasileiro. A partir dessa visão, houve uma atenção especial a campanhas sanitárias, com o controle dos portos e das estradas de ferro, espaços de circulação das mercadorias essenciais à estrutura produtiva do governo.

Dentro dessas campanhas, destacam-se as destinadas ao combate da varíola, da febre amarela e da peste bubônica, que marcaram o início do século e as primeiras respostas aos problemas agudos da saúde do país (POSSAS, 1981, p. 184).

Sob a chefia de Rodrigues Alves, Oswaldo Cruz é colocado como solução para a erradicação das epidemias da cidade do Rio, principalmente da febre amarela. Seu plano executivo foi a criação de um exército de milhares de homens que promoviam ações que visavam à erradicação dos vetores da febre.

Somado a isso, houve ainda a criação da lei que promovia a vacinação obrigatória contra a varíola, aumentando a onda de insatisfação popular. Esse impacto da ação gerou uma reação conhecida como Revolta da Vacina, que se mostrava contrária ao modelo campanhista de intervenção – cujo uso da força era o instrumento preferencial para atingir os fins desejados.

Ainda que o modelo executado para o problema tenha apresentado inúmeras falhas, há registros que demonstram resultados benéficos, como a erradicação da febre amarela e a aquisição de controle das epidemias, utilizando de registros demográficos, diagnósticos laboratoriais e produção de produtos profiláticos (POLIGNANO, 2001).

O processo de industrialização brasileiro se caracterizou pela presença de imigrantes na mão de obra industrial. A modernização, por si só, já pressionava os empresários para uma garantia de serviços de saúde aos empregados, uma vez que a produção e, conseqüentemente, o lucro dependiam do rendimento desses. Somado a isso, o proletariado imigrante, já apresentado a ideias anarquistas e aos movimentos operários, conduziu os brasileiros às

interrogações sobre seus direitos trabalhistas, como férias, jornada de trabalho definida e aposentadoria, ausentes nas garantias.

Esse movimento resultou em algumas conquistas sociais e deu impulso para a criação da Lei Elói Chaves, considerada marco inicial da Previdência Social no Brasil e caracterizada como uma tentativa de acalmar as agitações populares por parte do governo. Através desta Lei foram instituídas as Caixas de Aposentadoria e Pensão, que tinha em seu artigo 9º as seguintes concessões:

1º- socorros médicos em caso de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo teto e sob a mesma economia; 2º- medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração; 3º- aposentadoria; 4º- pensão para seus herdeiros em caso de morte. E ainda, no artigo 27, obrigava as CAPs a arcar com a assistência aos acidentados no trabalho (POLIGNANO, 2001).

Caminhando para a Era Vargas, instaurado com a Revolução de 1930, é possível observar uma ampliação dos direitos do trabalhador, principalmente após a apresentação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). As antigas CAPs, no Estado Novo, foram unificadas em IAPs, que organizavam os trabalhadores em categorias profissionais e tinham benefícios estabelecidos pelo artigo 46, além da aposentadoria e pensão para membros da família, a assistência médico-hospitalar e socorros farmacêuticos, como cita Polignano (2001).

A chegada dos anos 50 trouxe consigo uma urbanização ainda maior e, como consequência, uma população melhor assalariada e aspirando maior oferecimento de serviços de saúde pelos Institutos. Esse fenômeno impulsionou a contratação de serviços de terceiros para suprir a demanda dos previdenciários, iniciando um complexo médico-hospitalar que caracterizará a saúde do Brasil entre os períodos.

Em 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social concluiu a união dos Institutos, criando uma instituição governamental, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), e instituindo uma contribuição tríplice (empregado, empregador e União), da qual o Estado nunca participou efetivamente. O impasse criado entre a exigência dos trabalhadores e a incapacidade do governo de executá-las agravou a situação intransigente da saúde do país, estimulando, em 1964, a concretização do golpe militar, caracterizado pela forte centralização de poderes no executivo federal (ANDRADE et al., 2017, p. 51).

O regime autoritário seguido participou da implantação do INPS, aglutinando todos os trabalhadores de carteira assinada na mesma organização, o que fez somar as contribuições e

capacitar o governo para atender toda essa população. Nessa época, é visível a atribuição do direito à saúde apenas àqueles que possuíam carteira assinada, restando à população desprezada os serviços filantrópicos ou particulares, ilustrando o caráter excludente do sistema.

O modelo de saúde da época era curativo, individual, assistencialista e especializado, com visão para o lucro (ANDRADE et al., 2017, p. 53). Para o fornecimento dos serviços, a medida escolhida continuou sendo o setor privado, com convênios médicos e hospitalares multiplicados que culminaram na criação do INAMPS, Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, dotado do papel de coordenar a assistência médica e o complexo sistema médico-hospitalar criado.

Essa extensão dos fornecimentos, somada aos desvios de verbas previdenciárias a outros setores, criou um colapso econômico no setor da previdência, que foi seguido por uma crise política e econômica no país.

O resultado foi que, nessa época, por volta dos anos 1970, discussões sobre reformas na saúde ganharam corpo e o Movimento Sanitário apontou na sociedade. Posteriormente conhecido como Movimento pela Reforma Sanitária, este acompanhou os movimentos contra a ditadura e impulsionou mudanças pelo governo.

O fim da ditadura militar deu contribuição para novos movimentos na área da saúde, como a criação do CONASS e CONASEMS - associação de secretários da saúde a nível estadual e municipal – e a intensa participação popular na VIII Conferência Nacional de Saúde, que deu alicerce à Reforma Sanitária e para a criação do SUDS, no período anterior à Constituição de 1988. Os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde marcaram o início da descentralização do sistema de saúde, com repasse de verbas para estados e municípios.

Seus principais feitos foram a concentração de poder nas secretarias estaduais e o início do desmonte do INAMPS. A aludida VIII Conferência Nacional de Saúde colocou em discussão, perante uma massa de usuários, a situação da saúde no país e formulou o Projeto de Reforma Sanitária, o que conduziu o país à formação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987. Andrade et al. elevam a VIII Conferência a um patamar especial ao discorrer sobre sua influência à Constituição de 1988:

[...] O fato é que boa parte das teses e conclusões da 8ª Conferência Nacional de Saúde faz parte do texto final aprovado na Constituição Federal Brasileira. Ali está desde o mais elementar, porém emblemático, estabelecimento de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, passando pela definição de que “as ações e

serviços de saúde são de relevância pública”, e indo até o mais importante, que foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). (ANDRADE et al., 2017, p. 58).

Os princípios norteadores da Reforma foram colocados pela Comissão da mesma como sendo participação, equidade, descentralização, integralidade e universalização, que acompanharam o SUS como seus princípios. A Constituição de 1988 ficou conhecida como “Constituição Cidadã” e apresenta, em seu artigo 196, a máxima nascida na VIII Conferência e marco histórico da saúde do Brasil, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Também em seu artigo 198 o documento dispõe da definição do SUS a partir da ideia de que “as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único” e ainda acrescenta suas correspondentes diretrizes, sendo a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Apesar de ser previsto constitucionalmente, por meio da Carta Magna de 1988, a regulamentação do Sistema Único de Saúde ocorreu apenas em 1990 com a criação das Leis Orgânicas da Saúde: Lei nº 8.080 e Lei nº 8.142. De acordo com o texto da Constituição, a Lei nº 8.080 “dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços competentes” (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.142 aborda “a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e das outras providências” (BRASIL, 1990b).

Esta prevê o SUS equipado por instâncias colegiadas, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, que estarão presentes em cada esfera do governo, sendo a Conferência o espaço de debate, formulação e avaliação das políticas de saúde e o Conselho um formulador de estratégias e controlador da execução das políticas de saúde, analisando e aprovando o plano de saúde e o relatório gestão, além de informar a sociedade sobre sua atuação. Ele é composto por usuários, profissionais de saúde e gestores, com o segmento dos usuários paritário aos demais.

O seguimento da história permitiu que fossem acrescentados novos aspectos para somar à gestão do SUS um cumprimento efetivo de seus ideais. Exemplos estão em métodos que pudessem ampliar a descentralização e cooperar para a articulação dos centros gestores; regimentos financeiros para o repasse de verbas, além de outros que, de certa forma, levaram à composição atual do sistema.

Assim, sumariamente, o Sistema Único de Saúde é o dirigente do acesso universal a saúde, juntamente com a integralidade e a equidade dos serviços, e sua implantação representou a evolução das políticas de saúde do país, que antes eram limitadas a partes exclusivas da população, ainda com serviços incompletos oferecidos.

Ademais, a ascensão dessa saúde permitiu que fossem excluídos os limitantes para o acesso da mesma, como renda, distância e emprego, uma vez que os princípios que norteiam o SUS e as legislações que o sustentam garantem a saúde como um direito de todos, a ser garantido pelo Estado.

3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são direitos materialmente constitucionais (PIOVESAN, 2013, p. 115) que têm como vocação a “proteção da dignidade humana em todas as dimensões” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 151), isto é, são direitos protegidos constitucionalmente radicados no princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se “no qualificativo *fundamentais* a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive [...]” (SILVA, 2005, p. 178, grifo do autor).

Os direitos fundamentais têm como uma de suas principais características a universalidade, uma vez que são destinados ao ser humano enquanto gênero e inerentes à condição humana, impossibilitando qualquer tipo de discriminação (gênero, cor, nacionalidade), sob pena de negar-se a própria essência de tais direitos.

Apesar de serem materialmente constitucionais, os direitos fundamentais não são, no Brasil, matéria exclusivamente integrante da Carta Maior, uma vez que esta goza, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, de cláusula de abertura, admitindo direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais ou do próprio sistema jurídico interno.

Assim, a Constituição Federal se compromete com a inexauribilidade dos direitos fundamentais, uma vez que se opõe veementemente à taxatividade desses direitos quando também considera os direitos fundamentais decorrentes de abertura externa e interna.

Dessa forma, apesar de serem sempre materialmente constitucionais, os direitos fundamentais não são, de forma obrigatória, no Brasil, formalmente constitucionais, como decidiu o STF ao determinar hierarquia supralegal aos tratados internacionais que versam

sobre direitos humanos. Por serem, em regra, positivados constitucionalmente, os direitos fundamentais gozam de proteção constitucional, como leciona Walter Claudius Rothenburg:

[...] Essa positividade ocorre no âmbito das normas de maior hierarquia (superioridade), principalmente as constitucionais (de onde a constitucionalização dos direitos fundamentais), e também normas de direito internacional (supraconstitucionalização). [...] Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais devem ser contemplados por um regime jurídico qualificado, que [...] confere-lhes [...] um procedimento dificultado de reforma [...] e toma-os como parâmetros para fins de controle de constitucionalidade. (ROTHENBURG, 2014, p. 17).

A Carta Magna brasileira contempla os direitos fundamentais, como explicitado por Rothenburg, com um regime jurídico diferenciado – além, é claro, do gozo da hierarquia constitucional – ao elevá-los à condição de cláusula pétrea (mesmo quando não formalmente constitucional), isto é, ao determiná-los como parte do rol de cláusulas constitucionais imutáveis.

Assim, nenhuma emenda constitucional tendente ou que vise a abolir os direitos fundamentais será objeto de deliberação – cabendo ressaltar a expressão utilizada na Constituição, uma vez que veta até mesmo o processo deliberativo parlamentar, e não apenas a votação.

Cabe observar que os direitos fundamentais se diferenciam dos direitos humanos justamente por serem positivados internamente nas Constituições de seus respectivos ordenamentos jurídicos (ROTHENBURG, 2014, p. 54) e, por isso, limitados no tempo e no espaço, enquanto os direitos humanos invocam fundamentação jusnaturalista, segundo a qual tais direitos existem além das normas jurídicas positivadas, sendo, portanto, um direito comum a todos os povos.

Apesar disso, os direitos humanos e os fundamentais são fundamentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sendo os primeiros disciplinados por normas de Direito Internacional, por meio dos tratados internacionais de direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo grande preocupação com a garantia dos direitos humanos pelo Estado brasileiro, visto que este acabara de desvincular-se de uma ditadura militar que violava constantemente os direitos ligados, principalmente, às liberdades individuais da população.

Tal preocupação exteriorizou-se na Carta Magna por meio dos inúmeros direitos, princípios e garantias fundamentais previstos em seus artigos – cabe pontuar a forte influência

exercida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU –, transformando o Estado brasileiro, até então recém desvinculado do regime ditatorial, em Estado democrático de direito, sendo este fundamentado, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

3.1 A classificação e a evolução histórica dos direitos fundamentais

Outra característica intrínseca aos direitos fundamentais é a sua historicidade, ou seja, o fato de se terem feito necessários avanços e eventos históricos para que essa categoria de direitos fosse garantida aos seres humanos, explicitando o fato de essas garantias não terem surgido espontaneamente, do nada.

Os direitos fundamentais, por classificação histórica, podem ser divididos em três dimensões, cada uma influenciada por correntes filosóficas diferentes, em momentos históricos diferentes, visando a proteger respectivamente um bem jurídico fundamental preponderante.

Cabe pontuar, porém, que tais dimensões são cumulativas e complementares, não sendo, de forma alguma, excludentes entre si, isto é, uma dimensão de direitos fundamentais não substitui a outra, mas, em vez disso, complementa a proteção à dignidade humana. A classificação em dimensões, naturalmente, não afeta o caráter indivisível dos direitos fundamentais, possibilitando apenas melhor compreensão acerca das dimensões humanas tuteladas por tais direitos.

Dessa forma, os principais bens jurídicos fundamentais tutelados pelos direitos fundamentais são, em ordem cronológica, a liberdade (direitos fundamentais de primeira dimensão), a igualdade (direitos fundamentais de segunda dimensão) e a solidariedade ou fraternidade (direitos fundamentais de terceira dimensão).

A evolução histórica concreta – isto é, sem levar em consideração demonstrações rasas e excepcionais de respeito à dignidade humana por Estados Antigos (onde vigorava a escravidão) e feudais (onde reinou a servidão) – desses direitos se inicia ainda durante a Idade Média, com um prelúdio de garantia pelo Estado de direitos fundamentais com a Magna Carta de João Sem Terra, na Inglaterra.

Entretanto, é somente no final da Idade Média e início da Idade Moderna que se têm circunstâncias históricas propícias à efetiva tutela estatal aos direitos fundamentais, isso porque o sistema político que vigorava na Europa naquela época era o Antigo Regime,

caracterizado pela monarquia absolutista, com poderes plenos e ilimitados ao monarca, sem, portanto, qualquer reserva às liberdades do povo.

Por isso, nesse momento histórico, surge o Iluminismo – movimento racionalista que questionava o Antigo Regime como um todo – e, com ele, sua faceta política: o liberalismo. A ideologia liberal tinha como algumas das suas principais pautas a tripartição e a limitação do poder político, sendo movimento congênito ao Constitucionalismo (ambos influenciados pelo Iluminismo), que pregava a limitação do poder político e a configuração do Estado por meio de uma Constituição.

Os dois movimentos, por questionarem e se oporem ao Antigo Regime e à concentração do poder político, conquistam, então, grande influência intelectual na Europa, fato que culminou na Revolução Francesa, marco histórico à garantia estatal aos direitos fundamentais.

Isso porque esse evento histórico teve como consequência a derrubada do Antigo Regime na França, bem como a elaboração de uma Constituição francesa, que trazia consigo a configuração do Estado e a limitação do poder do governante, além da incorporação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento francês que visava a garantir direitos comuns a todos os seres humanos, fato que se concretizou com sua incorporação à Constituição.

Assim, a Constituição Francesa foi o marco histórico de concretização de garantia pelo Estado aos direitos fundamentais na Europa (isso porque acontecera antes, em 1776, a Revolução Americana, que demonstrara grande evolução nesse quesito) e tornou-se responsável pela disseminação de seus ideais revolucionários através de todo continente europeu.

Os direitos garantidos pela Constituição Francesa de 1791 são eminentemente ligados à liberdade, demonstrando forte influência exercida pelo liberalismo, por meio da concepção filosófica do jusnaturalismo (ROTHENBURG, 2014, p. 65). Dessa forma, o titular dos direitos fundamentais de primeira dimensão é o homem sob uma perspectiva individual, figurando no polo passivo dessa relação jurídica, via de regra, o Estado.

Com isso, o Estado tem a obrigação de garantir os direitos de primeira dimensão por meio de comportamento predominantemente *negativo*, isto é, de abstenção, não violando injustamente as liberdades dos indivíduos.

Assim sendo, os direitos fundamentais de primeira dimensão representam a gênese da proteção efetiva da dignidade humana pelo Estado, abrindo espaço para que tal tutela fosse expandida através dos séculos para que o amparo estatal à dignidade humana fosse pleno.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão iniciam seu caminho histórico a partir do século XIX, com o advento da teoria marxista. Esses direitos são ligados diretamente à ideia de igualdade e englobam direitos econômicos, sociais e culturais, exigindo, para que sejam garantidos, uma *prestação* do Estado em vez de *abstenção*.

Dessa forma, o Estado deixa de ter somente o dever de não violar, para ser-lhe imposto o dever de *garantir* positivamente direitos fundamentais. Isto é, o comportamento estatal em relação a esses direitos deixa de ser preponderantemente negativo para tornar-se, também, positivo a fim de intervir na sociedade para que certos direitos fundamentais sejam garantidos.

Os direitos sociais e, via de regra, os direitos fundamentais de segunda dimensão são direitos que demandam, além de prestação estatal, alocação de recursos para que sejam concretizados, residindo nesse fato a maior diferença entre os direitos de liberdade e os de igualdade.

E exatamente por esse motivo, por questões ideológicas, os direitos fundamentais de segunda dimensão recebem constantemente, no Direito internacional e em diversos países, regime diferenciado em relação aos direitos de liberdade, sendo muitas vezes encarados com maus olhos por diversos Estados. Entretanto, em face do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, tal tratamento diferenciado vem sendo progressivamente desconstruído pela doutrina, como discorre Flávia Piovesan:

Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão. (PIOVESAN, 2017, p. 183).

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão começam a ganhar importância após o final da Segunda Guerra Mundial, quando houve perseguições raciais, étnicas e ideológicas,

além de milhões de mortes em campo de guerra. As proporções alcançadas pela guerra geraram uma necessidade de serem garantidos como direitos fundamentais aqueles ligados à solidariedade e à fraternidade, para que nenhum evento daquela magnitude voltasse a ocorrer.

Por isso, os direitos fundamentais de terceira dimensão, também conhecidos como direitos transindividuais, são aqueles ligados diretamente à ideia de solidariedade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 158), podendo-se usar como exemplo dessa categoria o direito à paz no mundo, à preservação do meio ambiente etc.

3.2 O direito à saúde como direito social brasileiro

A conquista do direito universal à saúde foi fruto de extensa evolução histórica, uma vez que apenas certos segmentos sociais gozavam de tutela à saúde como um direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, explicitando o histórico caráter seletivo do direito à saúde no Brasil.

A concretização dessa conquista ocorre conjuntamente a várias outras inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, conquista esta realizada por meio da previsão constitucional ao Sistema Único de Saúde – preconizado pelo artigo 198 da Carta Magna –, consistindo tal sistema “em política pública de saúde, pela qual o Estado promove o direito à saúde de modo universal e igualitário em todo o território nacional” (RAMOS, 2014, p. 611).

Cabe pontuar que o direito à saúde não consiste simplesmente no tratamento de eventuais doenças que venham a acometer a população, concernindo, de forma igual, à prevenção de enfermidades (englobando o acesso a vacinas, por exemplo, como um dos meios de garantia ao direito à saúde), bem como ao acesso universal a esse direito:

O direito à saúde assegura a promoção do bem-estar físico, mental e social de um indivíduo, impondo ao Estado a oferta de serviços públicos a todos para prevenir ou eliminar doenças e outros gravames. O direito à saúde possui faceta individual e difusa, pois há o direito difuso de todos de viver em um ambiente sadio, sem o risco de epidemias ou outros malefícios à saúde. Por isso, determina a Constituição de 1988 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação [...]. (RAMOS, 2014, p. 611)

Mostra-se pertinente a esta pesquisa pontuar o fato de o direito à saúde ser, expressamente, radicado na dignidade da pessoa humana, como demonstra a Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080, em seu artigo segundo: “art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser

humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990a).

Ao afirmar que a saúde é um direito fundamental do ser humano, faz-se clara a intenção do legislador no que tange ao princípio constitucional legitimador do direito abordado: o direito à saúde radica-se no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, não o fosse, o legislador faria menção à nacionalidade brasileira, interligando imediatamente o direito supracitado à condição de cidadania brasileira, hipótese esta que não se observa na lei em análise.

Corroborando esse argumento, a lei supracitada incorpora, em seu artigo 7º, o princípio da universalidade (princípio este inerente aos direitos humanos) determinando a universalidade do acesso à saúde pública brasileira (TAVARES, 2012, p. 855).

Assim, em suma, o direito universal à saúde passa a ter garantia constitucional na Constituição Federal de 1988, tendo sua legitimidade no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e trazendo consigo, de forma indivisível à sua existência, a instauração do Sistema Único de Saúde – sistema público de saúde regulamentado pela Lei nº 8.080/90 e guiado expressamente pelo princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência (BRASIL, 1990a), fato que, teoricamente, deveria dificultar a restrição ao acesso à saúde pública brasileira, independentemente de qualquer condição individual.

4 A POPULAÇÃO INDÍGENA E O COMBATE À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL

A política migratória brasileira sofreu mudanças eminentes recentemente com a aprovação da Lei de Imigração, nº 13445/2017, sinalizando forte guinada jurídica em direção à observância do princípio da dignidade da pessoa humana e à abertura de fronteiras do país aos imigrantes, na contramão de políticas migratórias e movimentos xenófobos em ascensão principalmente na Europa e nos Estados Unidos (NOVO, 2018).

A mudança na política migratória brasileira por meio dessa lei significou eloquente mudança na situação jurídica dos estrangeiros perante o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a lei regulamentadora da política migratória brasileira até então vigente era o chamado Estatuto do Estrangeiro (lei nº 6.815/80), com relevantes tendências xenófobas e autoritárias para com o estrangeiro.

Faz-se mister à compreensão da abordagem principal desta pesquisa a análise acerca das inovações trazidas pela nova Lei de Imigração brasileira, uma vez que esta, além de buscar desconstruir os princípios consagrados no Estatuto do Estrangeiro, vinha, em sua ideia originária, a fim de cessar a insegurança jurídica trazida pela omissão legislativa acerca do acesso a direitos fundamentais brasileiros por estrangeiros não residentes, conforme se demonstrará no decorrer deste capítulo.

A revogada lei brasileira de imigração trazia consigo, expressamente e principalmente nos três primeiros artigos, o direito de imigração cerceado pelo “interesse nacional” (BRASIL, 1980). Isto é, o estrangeiro só poderia migrar ao território brasileiro se essa conduta não contrariasse o interesse nacional, além da segurança nacional, organização institucional etc.

Não é preciso muita reflexão para concluir que a política migratória mascarava uma tendência xenófoba em sua gênese, uma vez observado o caráter absolutamente abstrato das condições de imigração, com ênfase ao interesse nacional, fato que facilitaria em demasia a negação ao direito de imigração dos estrangeiros e também a sua deportação ou expulsão, ainda mais pelo fato de o país passar por um período ditatorial à época da elaboração do Estatuto.

Na contramão do Estatuto do Estrangeiro, a nova Lei de Imigração traz consigo a observância aos princípios dos direitos humanos, como explicita seu artigo 3º – “art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (BRASIL, 2017a) –, bem como o repúdio a tendências trazidas pelo então Estatuto em vigor, como a criminalização da migração e as práticas de expulsões e deportações coletivas (NOVO, 2018).

Além de buscar humanizar o tratamento do Estado brasileiro para com o migrante, a lei 13.445 tinha como uma de suas finalidades originárias o fim do imbrólio jurídico gerado pela omissão legislativa acerca do alcance de direitos sociais aos imigrantes não residentes em território brasileiro. Para isso, determinava em seu artigo 1º, I: “I - migrante: pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida;” (BRASIL, 2017a).

Para fins dessa lei, tal definição seria indispensável para que todo o seu conteúdo fosse compreendido, uma vez que o termo em questão (migrante) se encontra espalhado por vários artigos da lei, inclusive em seu artigo 4º, que tem como fim equiparar o migrante ao

cidadão brasileiro no que tange ao acesso a direitos fundamentais, inclusive o acesso à saúde pública:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: [...] VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória. (BRASIL, 2017a).

Assim, em sua ideia original, a Lei de Imigração traria consigo a confirmação legislativa de que o princípio da universalidade deve ser aplicado ao direito à saúde, a fim de garantir a todos os migrantes o acesso à saúde pública brasileira, englobando nesse gênero, inclusive, os residentes fronteiriços e os apátridas.

Entretanto, o artigo 1º, I sofreu veto presidencial e, com isso, não se fez possível a pacificação plena acerca do assunto, mas tão somente no que tange aos residentes fronteiriços, uma vez que os artigos 23 e 24 esclarecem a situação jurídica dessa classe de indivíduos, delegando aos municípios o poder de conceder autorização aos fronteiriços para realização de atos da vida civil em território brasileiro, para que, só então, tal lei garanta aos residentes fronteiriços, mediante a obtenção dessa autorização, o gozo de direitos e garantias consagrados pela Lei de Imigração, como o próprio direito à saúde (BRASIL, 2017a).

Todavia, no que concerne aos apátridas e aos visitantes, por exemplo, persiste a controvérsia jurídica acerca do acesso à saúde pública brasileira, uma vez que, ao relatar o motivo do veto, o Presidente Michel Temer expressa claramente sua finalidade de negação à igualdade de direitos (entre esses, o direito à saúde) entre cidadãos brasileiros e estrangeiros não residentes ao declarar que o dispositivo vetado “estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória” (BRASIL, 2017b).

Com isso, um único veto mostrou-se capaz de prejudicar uma das fundamentais finalidades da Lei de Imigração, sendo esta, após o veto ao dispositivo supracitado, capaz de resolver o impasse jurídico apenas no que tange aos residentes fronteiriços, sendo mantida, dessa forma, a omissão legislativa acerca do alcance dos direitos sociais brasileiros no que tange aos estrangeiros não residentes.

Além do dispositivo vetado supracitado, o §4º do artigo 4º dessa lei, dispositivo que tinha a finalidade de garantir expressamente um rol de direitos fundamentais aos estrangeiros visitantes, sofreu, também, veto presidencial sob a justificativa de estender a todo visitante, dentre outros direitos, o de acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, o que “representaria pressões fiscais adicionais à União e aos demais entes nacionais, prejudicando a adequação das despesas públicas ao limite de gastos constitucionalmente previsto, recomendando, assim, seu veto” (BRASIL, 2017b).

A justificativa do Presidente da República explana deliberada falta de voluntariedade do Estado brasileiro quando se trata da garantia de direitos sociais brasileiros aos estrangeiros não residentes, utilizando-se de argumentos orçamentários tangentes a pressões fiscais adicionais aos entes federativos.

Apesar disso, essa fundamentação não pode cercear o direito a ter direitos dos estrangeiros não residentes enquanto em solo brasileiro, sob pena de violação ao Estado Democrático de Direito brasileiro, que se fundamenta, entre outros princípios, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), tendo o Estado brasileiro o dever de garantir a dignidade de todos os indivíduos em território nacional, independentemente de sua situação jurídica.

Além disso, os vetos presidenciais abordados vão de encontro à própria Lei de Imigração e seus princípios consagrados, uma vez que desrespeita diretamente o princípio da universalidade dos direitos humanos e acaba por até mesmo descaracterizar fundamentais finalidades da lei em questão.

4.1 O acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros não residentes

Uma vez persistente a omissão legislativa acerca do assunto (SOUZA, 2016), a garantia do acesso à saúde pública dar-se-á somente por meio dos órgãos jurisdicionais brasileiros, em um processo denominado “ativismo judicial”.

Esse processo vem se intensificando cada vez mais no sistema jurídico brasileiro e ocorre, normalmente, quando há omissão legislativa acerca de um assunto e o juiz, ao ser demandado, demonstra comportamento proativo e “legisla”, interpretando direta e extensivamente a Constituição a fim de garantir máxima efetividade e concretização a um direito. O TRF-4, em caso julgado em 2009, explicita esplendorosamente o espírito e a execução do ativismo judicial pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, ao garantir o atendimento pelo SUS, em caso de emergência ou urgência, a qualquer indivíduo,

independente de comprovar nacionalidade brasileira, de modo a garantir “o pleno atendimento à norma constitucional garantidora do direito fundamental à saúde” (TRF-4, 2009).

O órgão jurisdicional federal em questão identificou perfeitamente na ementa analisada, mesmo que de forma indireta, as situações em que o ativismo judicial é útil e necessário: trata-se de casos de omissões legislativa e executiva que venham a comprometer a execução e a efetividade de direitos constitucionalmente garantidos.

Assim, nas situações abordadas, o órgão jurisdicional tem a escolha de agir proativamente e inovar, a fim de garantir a eficácia de direitos fundamentais, como na ementa em questão, uma vez que é interpretada nesse julgamento a obrigatoriedade de atendimento pelo SUS a qualquer pessoa em caso de urgência ou emergência, independentemente de sua situação jurídica. O caso analisado é um exemplo perfeito de ativismo judicial com finalidade interpretativa em prol de estrangeiros em situações médicas emergenciais.

Há casos, porém, em que o comportamento proativo de um tribunal ou juiz monocrático tem como finalidade a garantia concreta/material do direito à saúde aos estrangeiros, como em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, situação em que foi garantido o direito ao atendimento emergencial a estrangeiro, sob o argumento de que qualquer hospital tem obrigação de prestar atendimento emergencial, de forma incondicional, “a qualquer cidadão, nacional ou estrangeiro, domiciliado no Brasil ou não, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de caráter universal” (TJ-SP, 2014).

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo explicita a eminente inconstitucionalidade intrínseca à negação do direito à saúde aos estrangeiros – em casos emergenciais, na ementa em questão – com fundamentação jurídica já trazida por esta pesquisa e garante a aplicação direta da Constituição Federal ao caso concreto a fim de possibilitar a máxima eficácia do direito à saúde.

Com isso, a decisão proferida determinou a impossibilidade de cobrança das despesas hospitalares do estrangeiro enfermo que se encontrava em situação emergencial, sob pena de aviltamento ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

Conclui-se, por fim, que, com a deliberada e eloquente omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, a garantia ao direito à saúde dos estrangeiros fica resignada ao Poder Judiciário por meio do ativismo judicial, já que, mesmo sendo a única solução à garantia desse direito fundamental, este Poder, de forma também eloquente, não se ateu a desenvolver

uma jurisprudência consolidada acerca do tema, haja vista a ausência de enfrentamento do tema nos tribunais superiores, seja por meio de recursos com efeitos *erga omnes*, seja por meio de entendimentos sumulares.

4.2 A abrangência dos direitos fundamentais brasileiros

A discussão acerca do acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros gira integralmente em torno de apenas um ponto: o alcance dos direitos fundamentais brasileiros. Por isso, faz-se mister à pacificação da temática fundamental desta pesquisa a abordagem acerca da abrangência desses direitos constitucionais.

Para isso, antes de tudo, é preciso conhecimento prévio sobre a letra da Constituição no que tange ao alcance de seus direitos consagrados: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

Efetuando-se interpretação exegética e positivista, poder-se-ia afirmar tranquilamente a extensão jurídica dos direitos fundamentais da Constituição brasileira apenas aos nacionais e estrangeiros residentes, sem alcance algum aos estrangeiros visitantes, apátridas etc. Entretanto, tal interpretação é descabida haja vista os valores, finalidades e princípios trazidos pela Carta Magna de 1988.

Com efeito, uma simples interpretação sistemática e finalística, a fim de interpretar a norma constitucional abordada à luz do “espírito” da Constituição e suas finalidades, seria o bastante para que se pudesse afirmar o alcance universal dos direitos fundamentais consagrados pela Carta Maior.

Além disso, uma interpretação limitando os direitos fundamentais a certas categorias de indivíduos iria diretamente de encontro aos próprios princípios dos direitos fundamentais, que não podem ser, via de regra, limitados a grupos ou categorias de indivíduos, sob pena de se autoviolarem:

c) *universalidade* – os Direitos Fundamentais são universais, ou seja, sua razão de existir faz com que sejam destinados ao ser humano enquanto gênero. Dessarte, é incompatível com a natureza dos Direitos Fundamentais sua restrição a um grupo, categoria, classe ou estamento de pessoas. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 162-163, grifo do autor).

Com isso, pode-se afirmar que a restrição do alcance dos direitos fundamentais acaba gerando violação à própria razão de existir desses direitos, por serem eles, desde sua gênese, inerentes à condição humana (ALEXY *apud* ROTHENBURG, 2014, p. 5) e direcionados ao ser humano enquanto gênero. Apesar disso, "na jurisprudência brasileira, foi controvertida a extensão dos direitos previstos na Constituição a estrangeiros não residentes" (RAMOS, 2014, p. 456).

Hoje, porém, é basicamente consenso doutrinário e jurisprudencial o alcance dos direitos fundamentais de primeira dimensão a esse grupo de indivíduos. O próprio Supremo Tribunal Federal, repetidas vezes, garantiu aos estrangeiros não-residentes o exercício de direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal, como na ocasião em que assegurou a possibilidade de impetração de mandado de segurança (STF, 2001) e possibilitou progressão de regime de cumprimento de pena (STF, 2009) a estrangeiros não-residentes.

Assim, diferentemente do caso da garantia do direito à saúde aos estrangeiros e dos direitos sociais como um todo (já que demandam investimento econômico estatal), o alcance universal dos direitos fundamentais de primeira dimensão mostra-se praticamente incontroverso na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Como explicado anteriormente, os direitos fundamentais não podem ser, via de regra, restringidos a certas categorias de indivíduos, sob pena de autoviolação. Entretanto, há legítimas exceções a essa regra, tratando-se dos casos em que o direito fundamental é radicado na cidadania brasileira, e não apenas no princípio da dignidade da pessoa humana, como explica Gonet Branco:

Alguns direitos fundamentais, contudo, por sua própria natureza, devem ser compreendidos com um alcance restrito aos nacionais. Assim, os direitos políticos pressupõem exatamente a nacionalidade brasileira. Direitos sociais, como o direito ao trabalho, igualmente podem ser compreendidos como não-inclusivos dos estrangeiros sem residência no país (BRANCO, 2000, p. 167-168).

Com isso, compreende-se que o princípio da universalidade dos direitos fundamentais não é absoluto, isto é, possui cerceamentos. Entretanto, tal limitação deve ser juridicamente justificada pela própria natureza do direito fundamental em questão – ou seja, quando sua garantia for condicionada à detenção de nacionalidade brasileira –, e não com fundamentos orçamentários e financeiros, como vem fazendo o Estado brasileiro.

Gonet Branco discorre acerca da exceção à regra da universalidade, versando sobre os direitos políticos como exemplo de direitos fundamentais legitimados pela nacionalidade brasileira, que além de legitimá-los, mostra-se como condição de obtenção a esses direitos.

Entretanto, o autor complementa seu raciocínio argumentando que os direitos sociais (entre eles, o direito à saúde) podem ser considerados como não-inclusivos aos estrangeiros não-residentes, uma vez que, nos termos do argumento trazido pelo doutrinador, o exercício de tais liberdades públicas também estaria condicionado à detenção de nacionalidade brasileira. Ainda segundo o autor, os estrangeiros não-residentes só receberiam resguardo jurídico da Constituição Federal quando se trata do âmbito dos direitos fundamentais de primeira dimensão (BRANCO, 2000, p. 167-168).

Tal argumentação mostra-se pouco convincente, uma vez que os direitos sociais são claramente radicados nos princípios da dignidade humana e do mínimo existencial (com ênfase à saúde, sem a qual o indivíduo é incapaz de viver dignamente), não sendo, por esse motivo, passíveis de restrições.

Como exemplo de decisão judicial com fins interpretativos acerca do alcance dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, com finalidade de garantia de direito à saúde a estrangeiro não-residente em caso concreto – de modo a contrariar o entendimento do doutrinador acima abordado –, encontra-se decisão tomada pelo TRF-4, o qual, ao deferir transplante de medula gratuito a estrangeiro não-residente, dá amplo alcance ao artigo 5º da Constituição Federal, interpretando que tal dispositivo assegura direitos e garantias fundamentais (inclusive, o direito à saúde) a qualquer indivíduo que esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição (TRF-4, 2006).

Já na seara doutrinária, embasando o argumento desta pesquisa de que o direito à saúde é radicado no princípio da dignidade humana, André Carvalho de Ramos discorre que há dois elementos caracterizadores da dignidade humana: o negativo (proibição de se impor tratamento ofensivo à dignidade do ser humano) e o positivo (promoção da dignidade humana por meio da existência de condições mínimas de sobrevivência) (RAMOS, 2014, p. 70).

Com isso, o Estado brasileiro detém dois deveres fundamentais para a garantia da dignidade humana, sendo um deles a limitação de sua ação estatal, agindo sem arbitrariedade e de modo a não violar tal dignidade, e o outro, a promoção da dignidade humana por meio da proteção ao mínimo existencial, ou seja, o conjunto de prestações mínimas, sem as quais o indivíduo é incapaz de viver com dignidade. Inegável é a relação intrínseca entre a saúde do indivíduo e seu mínimo existencial, estando, portanto, entre o rol de prestações devidas pelo Estado a fim de garantir a dignidade dos indivíduos.

É descabido argumentar que o direito à saúde possa ser restringido apenas a residentes pátrios, uma vez que não só estes são detentores do direito a viver dignamente, mas sim todo e qualquer indivíduo, que, uma vez tutelado por este direito-princípio, tem o direito de se beneficiar de prestações que visam a proteger seu mínimo existencial e, nesse caso, tem o Estado dever de garantir-lhe esses direitos.

5 CONCLUSÃO

É nítida a deliberada falta de comprometimento do Estado brasileiro com a garantia do direito à saúde aos estrangeiros, utilizando-se de argumentos financeiros para que esse direito legítimo seja negado. Entretanto, juridicamente, é absolutamente inconstitucional a restrição exercida a esse direito, restrição esta que, embora executada indiretamente por meio da eloquente omissão dos poderes, surte os efeitos desejados pelo Estado: apenas em casos emergenciais há manifestações da justiça brasileira em prol dos estrangeiros enfermos e prestação desse direito a esse grupo.

É descabido juridicamente negar esse direito ao conjunto de pessoas abordado, uma vez que não haveria privilégio em relação aos residentes, já que, assim como estes, estariam os não residentes sujeitos ao princípio da reserva do possível (ROTHENBURG, 2014, p. 82), regente do processo de prestação dos direitos sociais.

Assim, em suma, há flagrante inconstitucionalidade na omissão do Estado brasileiro no tocante à prestação do direito à saúde aos não residentes, já que, uma vez radicado no princípio da dignidade da pessoa humana, tal direito é absolutamente universal, sem possibilidade de restrições.

Com isso, apesar de membros do Poder Legislativo mostrarem-se comprometidos com o fim da citada omissão inconstitucional, com a ideia originária da Lei de Imigração, tal problema se manteve por meio dos vetos exercidos sobre a citada lei e, aparentemente, se estenderá por várias legislaturas, com a crescente onda xenófoba no mundo inteiro, a tendência conservadora do Congresso Nacional e a comodidade do Estado ao se livrar de mais pessoas tendo acesso à saúde pública brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Selma Maffei de et al. **Bases da saúde coletiva**. 2.ed. Londrina: EDUEL, 2017. 578 p.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 322 p.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Estatuto do Estrangeiro**. Brasília, DF, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. **Lei de Imigração**. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html> Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. **Mensagem n. 163**, de 24 de maio de 2017. Diário Oficial da União 25/05/2017. Brasília, DF, 2017b. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html> Acesso em: 29 ago. 2018.

NOVO, Benigno Núñez. **Migração na visão da nova lei**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF: 03 abr. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590518&seo=1> Acesso em: 29 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 782 p.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: SARAIVA, 2017. 728 p.

POLIGNANO, M. V. **História das políticas de saúde no Brasil:** Uma pequena revisão.

Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso. Disponível em:

[http://www.saude.mt.gov.br/upload/documento/16/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-\[16-030112-SES-MT\].pdf](http://www.saude.mt.gov.br/upload/documento/16/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-[16-030112-SES-MT].pdf) Acesso em: 29 de ago. 2018.

POSSAS, Cristina de Albuquerque. **Saúde e trabalho:** a crise da previdência social. 1 ed. Rio de Janeiro: Graal. 1981. 324 p.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 1 ed. São Paulo: SARAIVA, 2014. 656 p.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais.** 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2014. 282 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

SOUZA, Larissa Santos. **Acesso ao Sistema Único de Saúde Pelo Estrangeiro.** 61 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

STF. **Habeas Corpus:** HC 97.147 MT. Relatora: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 04/08/2009.

STF. **Recurso Extraordinário:** RE 215.267, Primeira Turma. Relatora: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 25/05/2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2012. 1426 p.

TJ-SP. **Apelação:** APL: 00076662420078260223 SP 0007666-24.2007.8.26.0223. SP. Relator: SALLES VIEIRA. Data de Julgamento: 04/12/2014.

TRF-4. **Agravo de Instrumento:** AG 32610 PR 2005.04.01.032610-6. PR. Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 29/08/2006.

TRF-4. **Apelação/Reexame Necessário:** APELREEX 7108 PR 2006.70.02.007108-9. PR. Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 09/12/2009.