

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS I**

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

ANDRÉ RAFAEL WEYERMÜLLER

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriúba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Maria Creusa De Araújo Borges; André Rafael Weyermüller. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-709-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos e relevantes de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na coordenação das apresentações do GT "Direito Internacional dos Direitos Humanos I", pudemos aferir a importância do espaço voltado a divulgação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito, e a necessidade de continuação dos debates para o aprimoramento da área de pesquisa.

Na primeira apresentação, João Henrique Souza dos Reis e Livia Gaigher Bosio Campello expuseram as preocupações da humanidade com a degradação ambiental e suas consequências para as futuras gerações com fundamento no princípio da solidariedade intergeracional.

Na sequência, Anderson Medeiros de Moraes abordou o princípio da presunção de inocência, sua normatização constitucional e proteção na Convenção Americana de Direitos Humanos, interpretando o movimento de integração de normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, a crise dos refugiados foi apresentada por Douglas Sichonany Samuel, que buscou analisar com base no princípio da dignidade humana, a vulnerabilidade das mulheres no contexto da crise, especialmente quanto à questão sexual.

O professor Florisbal de Souza Del Olmo e Marsal Cordeiro Machado levantaram a preocupação sobre a entrada do estrangeiro em solo brasileiro, bem como sobre a responsabilidade do Estado em dar eficácia aos direitos fundamentais, destacando-se o acesso à saúde. Com efeito, buscaram compreender o alcance jurídico dos direitos fundamentais e propuseram a fixação de alguns preceitos para conciliar e disciplinar as garantias de acesso à saúde pelos estrangeiros.

Em seguida, Emini Silva Peixoto analisa a proteção dos direitos humanos das mulheres, sob a influência dos processos de globalização. Com efeito, questiona como tal fenômeno influencia os direitos humanos das mulheres, reconhecidos universalmente, em especial considerando que este implica na aceleração das desigualdades socioeconômicas e quais oportunidades aparecem diante do novo modelo de Estado Constitucional Cooperativo.

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello – UFMS

Prof. Dr. André Rafael Weyermuller – UNISINOS

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges – UFPB

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A FRATERNIDADE COMO CONTRAPONTO À EXCLUSÃO DO ESTRANGEIRO DA UNIVERSALIDADE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

THE FRATERNITY AS AN OPPOSITION TO THE EXCLUSION OF THE FOREIGNER FROM THE UNIVERSALITY OF THE SINGLE HEALTH SYSTEM

**Florisbal de Souza Del Olmo
Marsal Cordeiro Machado**

Resumo

O estudo versa sobre a entrada do estrangeiro em solo brasileiro, bem como sobre a responsabilidade do Estado em dar eficácia aos direitos fundamentais, destacando-se o acesso à saúde. Busca-se compreender o alcance jurídico dos direitos fundamentais. Analisa-se a ordem constitucional brasileira, que demarca a saúde como um dever do Estado e direito de todos. Apontam-se entraves que dificultam o acesso dos estrangeiros à saúde, e, ao final, propõe-se a fixação de alguns preceitos hábeis a disciplinar a árdua tarefa de conviver com o diferente e garantir o acesso a tal direito fundamental.

Palavras-chave: Estrangeiros, Acesso à saúde, Constituição federal, Universalidade, Direito fraterno

Abstract/Resumen/Résumé

The study deals with the entry of the foreigner on Brazilian soil, as well as on the responsibility of the State to give effectiveness to fundamental rights, highlighting the access to health. It aims to understand the legal scope of fundamental rights. It analyzes the Brazilian constitutional order, which demarcates health as a duty of the State and the right of all. It analyzes the obstacles that hinder the access of foreigners to health. It proposes to fix some precepts that are capable of disciplining the arduous task of living with the different and guaranteeing access to this fundamental right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Foreigners, Access to health, Federal constitution, Universality, Fraternal right

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo sobre a crise migratória é tema aberto, sempre a desafiar novos olhares investigativos, até por ser um tema que sofre rearranjos constantes, instigado por articulações e conflitos intermináveis, que sempre se reveste de grande atualidade e que tem crescido no limiar do terceiro milênio. A realidade de cada Estado-Nação, ainda que inspirada em doutrinas similares, nunca será coincidente, visto que as peculiaridades da “terra”, sua história, seu evoluir, sua cultura, aliadas às singularidades internas, especialmente como a brasileira, impõe a diversidade de fórmulas.

Nessa toada, a luta da minoria estrangeira para buscar o reconhecimento pela sociedade hegemônica (nacionais) proporciona diversos rumos a serem seguidos, havendo múltiplas formas de abordagens ao fenômeno.

O ponto de partida da presente travessia, que tem como foco(s) relação(ões) entre nacional e estrangeiro e o acesso ao Sistema Único de Saúde, investiga as limitações que porventura dificultam o acesso à saúde por parte dos estrangeiros que se encontram em *terrae brasiliis*, refletindo sobre a extensão desse direito universal ao grupo minoritário em questão. Para tanto, abordam-se aspectos da globalização, considerado um processo histórico e social impactante, que altera substancialmente a fotografia política, econômica e social do mundo, tanto individual quanto coletivamente, potencializando os fluxos migratórios.

Na segunda parte, o enfoque se volta à condição do estrangeiro no Brasil, encaixada no tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais sociais e os Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil acerca dos direitos estendidos aos estrangeiros. Examina-se, ainda, o direito social à saúde e a possibilidade de acesso pelos estrangeiros ao Sistema Único de Saúde, sem condicionantes.

Pondera-se que o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que estabelecem os critérios e garantem, teoricamente, o acesso universal à saúde aos brasileiros e estrangeiros, no marco do Estado de Bem-Estar Social, quando transpassadas da ficção jurídica para a realidade vivida diariamente e examinadas no caldo de acontecimentos econômico-financeiros, político-sociais e, também, pelas peculiaridades culturais próprias dos estrangeiros, acabam gerando, não raramente, o efeito contrário, fomentando o processo de exclusão social do grupo (minoritário) estrangeiro que está em solo brasileiro.

Diante disso, ao final, se analisa o (novo) paradigma do Direito Fraternal, o qual estabelece que, conquanto existam todos esses percalços, a alteridade, a amizade e o reconhecimento do diferente são meios que auxiliam e facilitam a integração entre nacionais e

estrangeiros. É, pois, nessa perspectiva que se lança o presente artigo, na busca de fomentar a capacidade de conviver harmoniosamente com o diferente, de olhar as diferenças e encontrar meios de inseri-las no grande projeto constitucional de acesso integral à saúde.

1 A ONDA MIGRATÓRIA NA CONTEMPORANEIDADE E O BRASIL COMO DESTINO

A movimentação, nos primórdios da civilização materializada no caminhar e na busca pela sobrevivência, passando pelas cruzadas com o transporte marítimo e pela eclosão da Revolução Industrial com a invenção do veículo automotor, até, finalmente, chegar à globalização, com transporte aéreo rompendo distâncias em um espaço de tempo cada vez mais acelerado, faz parte do instinto humano, que sempre buscou se adaptar a novas e diferentes realidades.

Segundo Richter:

No início isso foi simples, embora nem sempre seguro. O *homo sapiens* conseguiu se deslocar pelos vastos territórios ao seu redor, tendo como inimigo apenas o meio ambiente, os animais ferozes e poucas tribos rivais. Diz-se, apenas, pois, ao longo da história, ele teve que enfrentar, além das dificuldades naturais, também os obstáculos políticos e culturais que cada local havia a lhe oferecer (2005, p. 21).

A experiência dos séculos nos permite enxergar que os movimentos migratórios, embora não sejam realizados com frequência e raramente ultrapassarem regiões muito extensas, não é um fenômeno novo, pois a história da humanidade está repleta de processos que tiveram distintos fundamentos ideológicos e teóricos, de modo que variadas lógicas orientaram suas estratégias e estabeleceram seus objetivos (SANTOS, 2016, p. 63-64).

Durante longo período da história predominou a discriminação contra o estrangeiro. A sensação de isolamento marcava a vida, experimentava-se o sentimento de estranheza e certa hostilidade. A diversidade dos costumes, da língua e da religião conferiam-lhe a posição de estranho em uma cultura que não era a sua. A diferença era encarada como sinal de inferioridade destinada a ser eliminada pela guerra ou pela conquista (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 85).

Passado os anos, com as grandes descobertas, aliada à intensificação do comércio, essa situação ganhou novos contornos. Os contatos entre os países distantes multiplicaram-se, possibilitando maior relacionamento entre os povos com culturas diferentes. É o nascedouro da globalização, que envolve inúmeras civilizações e culturas e, conseqüentemente, desafia práticas consolidadas e interpretações sedimentadas (IANNI, 2001). Realiza-se a condensação

de tempo-espaço (LUCAS, 2010), onde se intensificam as relações, gerando efeitos nas esferas econômica, cultural, política e social dos países envolvidos, sendo esse entrelaçamento inevitável. Por mais distante que o lugar seja, ocorre o rompimento de suas fronteiras e ele poderá ser de algum modo acessado, pois

vivemos num mundo de transformações, que afetam quase todos os aspectos do que fazemos. Para o bem ou para o mal, estamos sendo impelidos rumo a uma ordem global que ninguém compreende plenamente, mas cujos efeitos se fazem sentir sobre todos nós (GIDDENS, 2010, p. 17).

Nessa perspectiva, em um mundo cada vez mais globalizado, a imigração exerce papel de inequívoca importância, sobretudo a partir do final do século XX, quando o processo é acelerado devido ao impulso e desenvolvimento da tecnologia, já que cada vez mais se possibilita que as relações humanas sejam transnacionais, “ocorrendo uma aproximação física e cultural das distintas áreas territoriais e comunidades humanas do planeta, em uma dimensão que nunca antes havia vista ou concebida” (SANTOS, 2016, p. 63).

O deslocamento para além das fronteiras de uma população possui duas faces: de um lado, positivamente, pode representar um saldo social e econômico através da agregação de valores e mão de obra, além de construir o seu espaço, fundando novos tempos e mundos, bem como interagindo com as diferenças; de outro, pode trazer consequências negativas como o afastamento dos valores tradicionais, inserindo-os em novas vivências sociais e culturais, que podem, caso não respeitadas, extinguir idiomas, extirpar diferenças e negar liberdades (LUCAS, 2016, p. 94).

Dessa forma, sozinhos ou acompanhados de seus familiares, essa locomobilidade, fatalmente, gera consequências e expectativas para os que rumam ao novo país e, também, para os que ficam.

Com efeito, o pressuposto dos fluxos migratórios não é um comportamento linear, sendo naturalmente, o movimento populacional, condicionado a outros procedimentos determinantes (CASTRO, 2001). As causas que levam ao fenômeno migratório são variadas, podendo acontecer para buscar uma qualificação acadêmica e profissional, em razão das relações familiares, tragédias naturais, perseguições religiosas e políticas e, também, devido ao desrespeito aos direitos humanos e fundamentais dos países de origem, são alguns dos fatores motivadores que influenciam pessoas a se deslocarem de seu país originário, onde são nacionais, para buscarem uma vida diferente no Estado que as recebem. O processo migratório, nesse contexto, é uma característica intrínseca do ser humano, que tem a necessidade de movimentar-se constantemente, deslocando-se no espaço (MAZZUOLI, 2011,

p. 709), de modo que o homem, um ser social, “tem impresso em sua natureza o desejo incontido de movimentar-se, de explorar o desconhecido”, e “romper com as amarras” do local onde nasceu (CAVARZERE, 1995, p. 02). Segundo a autora,

É inegável que há no íntimo de cada ser humano o impulso incoercível natural da sociedade e liberdade.

Tendo nascido livre e em sociedade, é muito fácil para o homem adaptar-se em lugares diferentes daquele em que nasceu. Por isso, o ímpeto de locomover-se pelo mundo é chama que se acende facilmente dentro daqueles, que por qualquer razão ficam insatisfeitos com a vida que estejam levando. A mudança sempre pareceu a solução mais adequada para problemas que não se consegue resolver (CAVARZERE, 1995, p. 08).

Embora as consequências desses deslocamentos sejam variáveis, “o encontro com o diferente e seu estranhamento marcam a mobilidade urbana e os movimentos migratórios” (SANTOS; LUCAS, 2016, p. 22). Em razão disso, sendo a entrada de estrangeiros um fenômeno crescente, o Estado receptor necessita moldar-se à transnacionalidade, estabelecendo claras políticas de gestão da imigração e seus impactos na esfera jurídica, econômica, cultural e social, garantindo um mínimo de direitos, a exemplo do acesso incondicional à saúde. O arcabouço jurídico nacional permite tal possibilidade, uma vez que entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do art. 3º, inciso IV, bem como a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, os quais regem as relações internacionais, consoante preceitua o art. 4º, incisos II e IX.

2 O ESTRANGEIRO NO BRASIL E A TITULARIDADE¹ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os titulares dos direitos e garantias fundamentais são aqueles aptos a figurarem como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, enquanto os destinatários são os sujeitos passivos dessa relação jurídica (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 189).

A atual Constituição, no *caput* do seu art. 5º, assegura que todos, sem distinção de qualquer natureza, são iguais perante a lei, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

1 Em que pese a existência, no Brasil, de considerável doutrina utilizando a expressão “destinatários” (no sentido de destinatário da proteção ou tutela do direito) como sinônimo de “titular de direitos fundamentais”, alinhamo-nos aos que preferem nominar como “titular de direitos fundamentais” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 189).

O fato de a Constituição Federal de 1988 ter expressamente referenciado os estrangeiros residentes acabou colocando em pauta a discussão acerca do alargamento da titularidade dos direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes no Brasil, e também sobre a definição do que vem a ser “residentes”, para, sendo o caso, justificar eventual recusa da titularidade de direitos aos demais estrangeiros – não residentes.

O contexto do nascimento e a forma de elaboração da atual Lei Fundamental permitem afirmar que ela foi, nas circunstâncias históricas concretas, a melhor possível de ser gestada, a mais democrática, abrindo generosos espaços para a proteção de minorias vulneráveis (BERWANGER; VERONESE, 2015, p. 13). Até para manter harmonia com os ideais que a inspiraram, a interpretação do *caput* do artigo 5º o dispositivo legal deve ir além da letra da lei. Se assim não fosse, concluiríamos que somente os brasileiros e os estrangeiros residentes no país teriam a titularidade de direitos fundamentais, o que é inaceitável em um Estado Democrático, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, além de albergar a isonomia e se alinhar à proteção universal dos direitos humanos, política expressa em vários documentos internacionais de que o Brasil é signatário. Nesse contexto, elas estão previstas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, segundo a qual todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade (artigo I), bem como têm a capacidade para gozar dos direitos fundamentais, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (artigo II).

É, pois, responsabilidade dos Estados, em consonância com a Carta das Nações Unidas, desenvolver e estimular o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas sem distinção de raça, nacionalidade, sexo, idioma ou religião.

Assim, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e da noção de titularidade universal dos direitos humanos, sempre quando possível os direitos fundamentais devem alcançar a todos, mesmo os estrangeiros não residentes no País, mas que aqui estejam provisoriamente, quiçá, de passagem, tendo contato com o ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, imprescindível fazer uma interpretação da norma à luz das garantias constitucionais e da teoria dos direitos humanos, estendendo-os também aos estrangeiros que aqui se encontrem, independentemente de terem fixado residência e mesmo quando tenham adentrado irregularmente no país, eis que é inconcebível ser conivente com “essa exclusão e a

vivenciar todos os dias” (BAUMAN; MAURO, 2016, p. 47).

A propósito, citando Hans Kelsen, Dolinger (1997, p. 193) sintetizou o denominador comum da situação jurídica do estrangeiro em terra alheia, aduzindo que o Estado não tem obrigação de admitir estrangeiro em seu território, porém, uma vez admitidos devem-lhes ser concedidos um mínimo de direitos.

Nesse caminho, o Estado, ao receber um estrangeiro, compromete-se a protegê-lo como se nacional fosse, e a fazê-lo usufruir, na medida do possível, de uma condição jurídica respeitadora da dignidade da pessoa humana, devendo ser tratado como um indivíduo capaz de gozar todos os direitos daí decorrentes. A respeito dessa interpretação integradora, vale trazer à baila os ensinamentos de Maximiliano, para quem “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta” (1994).

Em outras palavras, para que um Estado tenha legitimação democrática em sua atuação, o respeito à dignidade humana e a centralidade dos direitos fundamentais constituem seus pilares, constituindo-se a dignidade em centro ou núcleo essencial desses direitos (BARROSO, 2009).

O ser humano, independentemente da nacionalidade, de fixar ou não residência em solo brasileiro, não pode ser tratado como objeto de escolha quando faz jus a titularidade de direitos, sobretudo aqueles considerados essenciais. Um dos grandes avanços da teoria e das declarações “universais” ou regionais de direitos humanos, muitas delas nascidas em razão de tragédias humanitárias, foi exatamente estender a proteção dos Estados signatários a todos os seres humanos, especialmente aos mais vulneráveis.

3 ACESSO INCONDICIONAL À SAÚDE?

A mudança do perfil de Estado, de liberal para social, vivida no último século no quadrante ocidental do mundo, acolheu a saúde como um direito de múltiplas faces, estreitamente vinculado à qualidade de vida da população. Em outras palavras, a ideia do Estado Liberal individualista sai de cena, cedendo lugar à implantação do acesso universal e igualitário, típico de uma concepção estatal social.

Se, no período anterior à Constituição de 1988 o acesso à saúde, apesar de positivado há mais de dois séculos, não era entendido como direito fundamental do cidadão, mas um serviço destinado aos trabalhadores segurados da Previdência Social, cujo acesso era

condicionado à apresentação de uma carteira que comprovasse a condição de segurado ou dependente (trabalhador contribuinte) – os que não preenchessem essa condição eram cuidados por outros setores do Estado, como o de assistência social –, atualmente é inequívoca a sua inclusão como direito fundamental social, sem as velhas cunhas.

A partir da Constituição “Cidadã” de 1988 estabeleceu-se, expressamente, o direito fundamental à saúde, sem condicionantes e universal, de acesso de todas as pessoas, independente de serem segurados, trabalhadores ou da condição social ostentada. Cuida-se de um direito fundamental social, um importante avanço legislativo que impõe ao Estado e à sociedade, como contraface do direito, deveres fundamentais de prestações positivas para o seu atendimento, impondo-se intervenções estatais visando minorar a desigualdade e dar eficácia ao princípio da igualdade, núcleo do modelo de Estado Social projetado pelo constituinte originário.

Especificamente sobre o direito à saúde, a Lei Maior, no art. 196, preconiza: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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” (BRASIL, 1988). É aqui que o direito à saúde encontrou sua maior concretização no âmbito normativo-constitucional, pois basta uma leitura do dispositivo para perceber, da mera positivação, que se está diante de uma norma definidora de direitos (direito à saúde sendo subjetivo, de todos, portanto de titularidade universal), e impositiva de deveres e tarefas (SARLET, 2012, p. 577). Na mesma linha, estando expressamente disposto no texto constitucional,

a saúde é direito de todos, cuidando-se, portanto de direito universal, pois parece elementar que a saúde – à semelhança, aliás, de outros direitos fundamentais –, que por sua vinculação com o direito à vida e à integralidade física e corporal, quer por sua própria natureza, há de ser um direito de todos (de qualquer um), não podendo ter sua titularidade restrita, pelo menos não na forma generalizada e sem exceções (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 1934-1935).

Assevere-se que a ideia de saúde que se está a estudar está inserida em uma proposta de Estado democrático, cuja Constituição assenta que toda pessoa deve acessar o direito fundamental à saúde, razão pela qual se impõe a implementação de políticas públicas que propiciem tudo o que está incluído no conceito de saúde (DALLARI, 1995, p. 30-31).

Há, nesse contexto, o Sistema Único de Saúde – SUS, que rompeu com o modelo assistencial, vertical, de cunho corporativista, baseado na prestação de serviços individual, e sinalizando-se para um modelo inovador, especialmente em sua lógica de organização e nos valores que o constituem (CARVALHO *et al.*, p. 72). O nascimento do sistema único trouxe

consigo um novo conceito do processo saúde-doença e o texto constitucional abrigou os princípios da universalidade, equidade, integralidade da atenção e participação comunitária para o conjunto das ações em saúde que abrangem um ciclo completo e integrado entre a promoção à saúde, a proteção e a recuperação (CARVALHO *et al.*, p. 73).

Em outros termos, a constitucionalização do SUS significa que a efetivação do direito à saúde deve estar em consonância com os princípios e diretrizes pelos quais foi organizado, elencados primordialmente pelos artigos 198 a 200 da Carta Federal² e pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde), que, em linhas gerais, dispõe sobre a organização e regulação das ações e serviços de saúde no território nacional, com vistas à promoção, proteção e recuperação da saúde. Nessas legislações – constitucional e infraconstitucional –, as diretrizes do Sistema ganham relevo, assim como os princípios da universalidade, equidade, regionalização e hierarquização, integralidade da atenção e da participação comunitária.

4 NORMATIZAÇÃO VS REALIDADE E O PARADIGMA DO DIREITO FRATERO

A positivação dos direitos humanos, em que pese representar um marco importante na luta pela sua implementação, não assegura sua eficácia e efetividade. Bobbio (1992, p. 24), em *A era dos Direitos* apontou que a consolidação de direitos humanos e sua declaração não seriam o bastante, pois além de enunciá-los o grande desafio é efetivá-los.

Como visto, no arcabouço jurídico pátrio há o reconhecimento do direito universal e integral à saúde a todos, já que inexistente limitação constitucional ao exercício dos direitos fundamentais por quem quer que seja – independente de raça, idade, religião, cor, origem ou nacionalidade – nos variados níveis.

Ocorre que para os estrangeiros, na prática, o acesso se torna dificultoso, já que o reconhecimento de seus direitos é por essência discriminatório, pois, por vezes se parte do pressuposto de que a presença de grupos minoritários em solo nacional causa um abalo do equilíbrio interno (RICHTER, 2005). Mais que isso, “um olhar de suspeição lhes é sempre dirigido. Ameaça, risco e medo acompanham a jornada daqueles que precisam encontrar 'lá fora' um lugar para viver sua vida” (LUCAS, 2016, p. 95).

2 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada: (...) Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei.

Como consequência da presença de imigrantes, o senso comum é no sentido de que a entrada e permanência do estrangeiro no Brasil vai restringir os direitos garantidos aos nacionais. É nessa conjuntura que discursos intolerantes e preconceituosos ecoam, sendo a questão da possibilidade de atendimento e/ou tratamento custeado pelo Sistema Único de Saúde brasileiro para os estrangeiros objeto de discussão nos últimos anos. Quando olhada de frente, é possível perceber que a imagem dos imigrantes é negativizada, refletindo em desigualdade, intolerância, discriminação e xenofobia.

Bauman e Mauro afirmam:

O mundo dos excluídos cresce diante dos nossos olhos diariamente, pessoas que não são capazes de permanecer na sociedade ativa flutuam às suas margens ou têm o sentimento de terem sido expulsas, descartadas. Para elas, as portas da democracia fundada em trabalho e direitos estão fechadas. Mesmo que estivessem abertas, seriam as portas do fundo, que só levariam aos andares inferiores, sem escadaria para o crescimento social. Pior que isso, o uso dessas escadarias é prerrogativa exclusiva dos outros, um instrumento de discriminação, um mecanismo de privilégio. E assim a tensão positiva que mantém a sociedade em equilíbrio é perturbada (2016, p. 47).

Em vista dessa realidade, diversos pontos são enfrentados, destacando-se as dificuldades no controle de imigração de estrangeiros, ante a facilidade de eles ingressarem em território brasileiro e o custo não ressarcido que o tratamento de saúde aos estrangeiros acarreta ao Poder Público, em detrimento da população nacional.

Nesse sentido, para evitar que o fenômeno migratório afete o equilíbrio econômico e social, e estando o direito universal à saúde incorporado na esfera das relações internacionais, podem ser estabelecidos mecanismos de compatibilização dos interesses econômico-políticos entre países, com o país de origem do estrangeiro compensando o Estado acolhedor pelo atendimento prestado no sistema público, amainando a crítica de prejuízo aos nacionais.

A propósito, Neves (2013) afirma que, com a maior integração da sociedade mundial, os problemas relacionados aos direitos humanos e fundamentais se tornaram insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território, de modo que se torna necessário uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas distintas em torno de problemas comuns.

Sendo a Constituição de 1988 um instrumento político-normativo que se traduz em verdadeiro guia das liberdades, uma espécie de carta de navegação da sociedade que dá especial atenção às minorias (BERWANGER; VERONESE, 2015), inviável consentir com medidas discriminatórias, sobretudo aquelas políticas de imigração que revelam estratégias de limitação e controle dos fluxos migratórios, que se concretizam com a execução, cada vez

mais intensa, de procedimentos de expulsão de imigrantes, o que implica, além de retrocesso intolerável, espancamento às garantias do Estado de Direito, notadamente o princípio da igualdade (LYRA, 2013, p. 35-36).

Há, também, ausência de informação e de conhecimento dos direitos dos estrangeiros por parte dos profissionais prestadores de serviços de saúde, o que contribui para, na prática, restringir o acesso à saúde desses. Além disso, o desconhecimento do estrangeiro a respeito de seus direitos, aliado a dificuldades de comunicação, pela utilização de diferentes linguagens, são obstáculos de difícil transposição. Não seriam necessários mecanismos sociais e conscientizadores para salvaguardar seus direitos, assim como a atuação mais humanitária, voltada à alteridade?

Com efeito, uma das possibilidades a projetar luz sobre a temática é aprofundar o estudo, o debate (e a aplicabilidade) do Direito Fraternal, eis que o próprio preâmbulo do texto constitucional aponta que o Brasil deve ser uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O Direito Fraternal exsurge como a inevitabilidade iminente de as pessoas serem amigas, irmãs, fraternas, ou caso isso não seja possível, num ínfimo exercício de humanidade nas relações com o Outro, que, possivelmente resultará em um Direito mais justo, caracterizado pelo paradigma ético, onde o nacional se coloca no lugar do estrangeiro, antes de rechaçá-lo e julgá-lo como inimigo.

Segundo Resta, um dos expoentes da temática:

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar “comum”, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras, os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade (2004, p. 13).

Trata-se, pois, de um meio alternativo para fomentar e potencializar a integração entre nacionais e estrangeiros, pois “insistir sobre essas outras visões dos ‘códigos fraternos’ não é indulgência no sentido de uma ingenuidade destinada a sucumbir na luta ímpar contra o realismo: é somente uma tentativa de valorizar possibilidades diferentes” (RESTA, 2004, p. 14).

No ponto, o Estado Democrático de Direito brasileiro deve valorizar a fraternidade como princípio maior a fim de que floresça cada vez mais o respeito à dignidade da pessoa humana e ao cosmopolitismo, uma vez que:

Trata-se de um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos ‘lobos artificiais’ ou dos poderes informais que à sua sombra governam e decidem (RESTA, 2004, p. 15-6).

O Direito Fraternal, nesse sentido, “vive de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas” (RESTA, 2004, p. 16). Em outras palavras, o direito fraternal possibilita cumprir o estabelecido na Constituição Federal, especialmente a diretriz de universalidade no atendimento à saúde, e o ratificado nas Convenções Internacionais.

Assim, por meio do Direito Fraternal é possível acolher o outro, reconhecer seus valores, as suas atitudes e hábitos, deixando em segundo plano a perspectiva individualista para que ocorra uma aproximação entre brasileiros e estrangeiros, fomentando a interação dialógica e a amizade, a qual, segundo Resta (2004), possui uma particularidade:

Une independentemente de vínculos e laços visíveis. Parece retirar-se num mundo de possibilidades onde o não-conhecer não anula a existência, subtraindo-a ao domínio de qualquer idealismo; os amigos podem não ser conhecidos, mas poderiam em cada momento ser reconhecidos, e é a este difícil evento do reconhecimento que se remete sua visível concretude (p. 21).

Em outros termos, há de se difundir a ideia de que, não apenas as culturas minoritárias se reconheçam nela, mas que a cultura “dominante” perceba que diversidade cultural e os distintos modos de viver são a marca do nosso tempo, os quais possuem sólido laço constitucional.

Urge, pois, aceitar as peculiaridades do outro, os seus valores, as suas atitudes e hábitos, deixando em segundo plano a perspectiva individualista para uma visão que aproxime brasileiros e estrangeiros, fomentando a interação dialógica, a solidariedade, buscando um ambiente orientado para permitir uma melhor qualidade de vida.

Esse convívio harmonioso não pode, como se faz pensar em uma análise precipitada, ser consequência de uma atitude passiva. Ao contrário, ser compreensivo é agir ativamente, criar um espaço no qual os olhares de curiosidade e estranhamento devem ceder ao reconhecimento de que todo o ser humano possui os mesmos direitos. Aliás,

a ideia de tolerância pressupõe um distanciamento e uma barreira cultural que impede o contato entre diferentes identidades. A abertura a uma cultura diferente; o acolhimento pelo outro que adentra meu território, que me mostra uma nova forma de interagir com a humanidade; uma nova forma de conceber o mundo; de ser no mundo – ultrapassa a solidão que o conceito de tolerância se assume (PEREIRA, 2013).

O direito à saúde, umbilicalmente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, constitui-se imprescindível para o exercício dos demais direitos encartados, expressa ou implicitamente, no texto constitucional, já que, ao tempo em que é direito individual é, também, social e transindividual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação da mobilidade humana, em tempos de globalização e novas tecnologias, é uma realidade. O Brasil, em razão de suas características territoriais, econômicas e culturais, é um dos países em que há um fluxo contínuo de entrada de estrangeiros, os quais, além de propiciarem as mais variadas contribuições à sociedade, também são portadores de necessidades e direitos, entre os quais, à saúde. A invisibilidade do estrangeiro no âmbito do sistema único de saúde não decorre da ausência de diretrizes constitucionais e legais para tanto, pois elas são claras e devem ser interpretadas à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, bem como à luz do Direito Fraternal e da alteridade, em albergando a todos, independentemente de nacionalidade.

Se, de um lado, a prestação de serviços de saúde à população nacional está distante do ideal normativo, de outro, não parece que isso possa sustentar a discriminação, impedindo-se o acesso dos estrangeiros ao sistema de saúde pública brasileiro. Evidente que há custos nessa opção, o acolhimento de estrangeiros significa diminuição dos recursos destinados aos brasileiros, mas até esse argumento, um tanto egoísta, de equação econômica, pode ser questionado, tendo em vista que um miserável doente que aqui vive acaba sobrecarregando outros programas públicos onerosos, além de não contribuir com a atividade econômica.

Sobre o tema, nada impede que o Brasil estabeleça acordos com outros países e com organismos internacionais para possíveis compensações financeiras, mas não deixe de acolher seres humanos em situação de vulnerabilidade, dando exemplo de Estado que se preocupa, para além das linhas divisórias, com a condição humana. Nem todas as situações reais são de fácil encaminhamento por essa via, mas razões de ordem legal, ética e humanitária sustentam o entendimento de que os estrangeiros, residentes ou de passagem no Brasil, são merecedores de atenção à saúde, em diretriz de sabedoria de um País disposto a contribuir para atenuar o flagelo a que são submetidos esses imigrantes, dando exemplo interno de tratamento humanitário e servindo de parâmetro no estabelecimento da política internacional para o tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Noções de Direito e Direito Internacional**. 3. ed. ampl. e atual. Brasília: FUNAG, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>> Acesso em: 30 ago. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. **Babel**: entre a incerteza e a esperança. Tradução Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. **Constituição**: um olhar sobre minorias vinculadas à seguridade social. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

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

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. (1990). **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CAMPUZANO-JULIOS, Afonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos, imigração e diversidade**: dilemas de vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, M. Migrações internacionais e políticas: algumas experiências internacionais. In: CNPD. **Migrações internacionais** – contribuições para políticas. Brasília: S. N.; 2001.

CARVALHO, Déa *et al.* O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios. In: ALVES, Sandra Mara Campos *et al.* (orgs.). **Direito Sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU: FIOCRUZ, 2013.

CAVARZERE, Thelma Thaís. **Direito Internacional da Pessoa Humana**: a circulação internacional de pessoas. São Paulo: Renovar, 1995.

CUNHA, J, J. P; CUNHA, R.R.E. Sistema Único de Saúde - SUS: princípios. In: CAMPOS, Francisco Eduardo de; TONON; Lidia Maria; OLIVEIRA JUNIOR; Mozart de. **Cadernos de Saúde, Planejamento e Gestão em Saúde**. Belo Horizonte: COOPMED, 1998. p.11-26.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: HUCITEC, 1995.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 5 ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GALLI, Carlo. **La humanidade multicultural**. Traducido por Juan Ramón Azaola. Buenos Aires: Katz Editores, 2010.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2010.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração** – criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gunet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins, 2013.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. *In: Sapere Aude* – Belo Horizonte, v. 4 – n. 7, p. 308-328. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/5505/5494>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

RESTA, Elígio. **O Direito Fraternal**. Tradução e coordenação Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RICHTER, Paula. **Direito dos estrangeiros**: globalização e direitos humanos. São Paulo: Fiúza Editores, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VERONESE, Luciane G.; VERONESE, Osmar. Hospitalização infantil em tempos multiculturais: na era global, o legal deve ser o humano. In: HOMMERDING, Adalberto Narciso; ANGELIN, Rosângela (orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito.** 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, v. 5, p. 103-123.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.