
O DIREITO À SAÚDE DOS ESTRANGEIROS QUE NECESSITAM DE PROTEÇÃO: A APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

*THE RIGHT TO HEALTH OF FOREIGNERS IN NEED
OF PROTECTION: IMPLEMENTING CASE LAW IN THE
BRAZILIAN LAW AND IN THE EUROPEAN CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS.*

*Tatiana Meinhart Hahn
Especialista em Direito Público
MBA em Comércio e Relações Internacionais
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os estrangeiros que necessitam de proteção na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na legislação brasileira; 2 O direito à saúde aos estrangeiros no Brasil e na Convenção Europeia De Direitos Humanos; 3 A aplicação do direito à saúde aos estrangeiros pelos Tribunais Brasileiros; 4 A aplicação do direito à saúde aos estrangeiros pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos; 5 Breves linhas sobre o direito à saúde como direito social e como direito fundamental; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: A preocupação com o acesso a serviços públicos e direitos sociais dos imigrantes é tema necessário diante da crise humanitária atual. O presente estudo aborda os pontos que envolvem a aplicação e a proteção do direito à saúde de estrangeiros no Brasil e na União Europeia, no contexto da Convenção Europeia de Direitos Humanos e na legislação brasileira. Para isso, inicia-se pontuando a diferenciação dos grupos de estrangeiros (asilados, refugiados, estrangeiros irregulares) para as legislações brasileira e europeia. Depois, cita-se a jurisprudência sobre o direito à saúde dos estrangeiros nos Tribunais Brasileiros e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ao fim, aborda-se o direito à saúde enquanto direito social e direito fundamental.

ABSTRACT: The concern with access to public services and social rights of immigrants is necessary issue seeing the current humanitarian crisis. This study analyzes the points about the health rights protection and enforcement to foreigners in the context of the European Convention Human Rights and the Brazilian law. Thereunto, the text begins punctuating the differences between groups of foreigners (asylees, refugees, irregular foreigners) to the Brazilian and European law. After, quoted the case law on right to health of foreigners in Brazilian courts and the European Court of Human Rights. Finally, it addresses the right of health while social right and fundamental right.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Estrangeiros. Jurisprudência. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Legislação brasileira.

KEYWORDS: Right to wealth. Case law. Foreigner. European Convention on Human Rights. Brazilian law.

INTRODUÇÃO

A preocupação com o fluxo migratório está, desde os primeiros movimentos, mais associada a questões políticas, religiosas e econômicas do que aos enfrentamentos decorrentes do recebimento de estrangeiros.

O tratamento conferido pelos países de destino desses imigrantes possui relevantes reflexos de ordem política e pública, os quais, contudo, não podem prescindir a dimensão dos direitos humanos.

No caso do direito saúde, observa-se um tratamento jurídico casuístico, diante das diferentes facetas de sua aplicação e dos serviços dele decorrentes.

Segundo o Alto-Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, o cenário internacional presencia a maior crise humanitária desde a Segunda Guerra Mundial¹, as quais trazem fortes repercussões tanto no Brasil² quanto na União Europeia.

Nesse contexto, o estudo de casos enfrentados no Brasil e na União Europeia não é aleatória. Antes fruto do crescente e histórico número de imigrantes recebidos por esses dois espaços do globo nos anos de 2015 e 2016.

Sendo assim, com o intuito de direcionar a visão nesse estudo por categorias dos estrangeiros, adota-se a divisão sugerida³ do Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração⁴. Tem-se, pois, na categoria dos estrangeiros que necessitam de proteção e objeto desse estudo, os requerentes de asilo, os refugiados, os estrangeiros beneficiários de proteção subsidiária, além dos imigrantes irregulares.

A partir dessas divisões expor-se-á as regras principais de aplicação do direito à saúde no Brasil e na Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como alguns casos já enfrentados nos Tribunais Brasileiros e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com o fito de demonstrar as soluções jurídicas adotadas nessas duas realidades à questão.

1 O relatório denominado "Global Trends", do Alto-Comissário das Nações Unidas para Refugiados (UNHCR- The Refugee Agency), divulgou, em 2015, um deslocamento forçado mundial de 65,3 milhões de pessoas, em virtude de guerras e conflitos até o final de 2015. Tal proporção aponta um aumento de quase 10% se comparado com o total de 59,5 milhões registrado em 2014. É o primeiro registro histórico de uma movimentação superior a 60 milhões de pessoas. No final de 2005, o ACNUR registrou uma média de 6 pessoas deslocadas a cada minuto. Hoje, esse número é de 24 por minuto. Recomenda-se a leitura do UNHCR – Global Trends. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/576408cd7>>. Acesso em: 13 set. 2016.

2 Recomenda-se a leitura do relatório anual do Ministério da Justiça, no que tange aos refugiados, bem como sobre a atuação do Comitê Nacional para Refugiados, com números atualizados no relatório, pela Polícia Federal, até 21 de março de 2016.

3 O Manual separa os estrangeiros entre as seguintes categorias: a) pessoas com direitos derivados das disposições da União Europeia em matéria de livre circulação; b) pessoas com direitos derivados de acordos internacionais; c) imigrantes a curto e longo prazo; d) pessoas que necessitam de proteção e; e) migrantes em situação irregular, sendo essas duas últimas categorias fonte de estudo desse artigo.

4 Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration. European Union Agency for Fundamental Rights, 2015. Council of Europe, 2015.

1 OS ESTRANGEIROS QUE NECESSITAM DE PROTEÇÃO NA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em que pese não seja objetivo desse artigo relacionar e nem classificar os estrangeiros que ingressam nos territórios do Brasil e da União Europeia, a categoria conferida por essas legislações está intrinsecamente vinculada ao alcance aos serviços de saúde e, conseqüentemente, ao estudo da aplicação jurisprudencial nesses dois ordenamentos jurídicos.

Francisco Rezek, conceitualmente, afirma⁵ que a população de um Estado (elemento constitutivo ao lado de território e governo) é o conjunto das pessoas instaladas em caráter permanente sobre o seu território, sendo uma vasta maioria de nacionais, e um contingente minoritário, em proporção variável, conforme o país, de estrangeiros residentes. Logo, segundo o autor, um Estado não poderia privar-se da dimensão pessoal sem estabelecer distinções entre seus nacionais⁶⁷ e os estrangeiros.

Por outro lado, tal distinção no direito internacional público e no direito interno dos Estados vêm perdendo força ao equiparar o estatuto jurídico do estrangeiro ao nacional, notadamente diante da noção de universalidade dos direitos humanos⁸.

Como referido na parte introdutória deste texto, o estudo volta-se à aplicação do direito à saúde aos estrangeiros que necessitam de proteção e àqueles que ingressam no território nacional irregularmente. Os estrangeiros que necessitam de proteção são os refugiados, os requerentes de asilos, os beneficiários de proteção subsidiária e as vítimas de tráfico de

5 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.179-181.

6 Interesse nesse ponto é observar a garantia aos Estados e à proteção de sua dimensão pessoal, tanto que a própria CEDH não prevê o direito à aquisição da cidadania de um Estado, como já julgou a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, no caso Família K. e W. c. Países Baixos (dec.), nº 11278/84, de 1 de julho de 1985. De qualquer forma, deve-se considerar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já entendeu que a recusa arbitrária da cidadania pode gerar incompatibilidade com o artigo 8º da CEDH, caso seja comprovado o impacto da recusa na vida privada do estrangeiro. Vide os casos do TEDH, Karashev c. Finlândia (dec.), nº 31414/96, de 12 de janeiro de 1999, o caso Slivenko c. Letônia [GS], nº 48321/99, 9 de outubro de 2003 e o caso TEDH, Kuduzovic c. Eslovênia (dec.), nº 60723/00, de 17 de março de 2005.

7 Deve-se chamar a atenção aos diversos tratados internacionais realizados pela União Europeia em matéria de circulação de pessoas. De modo que, parte da legislação europeia não se destina apenas aos cidadãos europeus, mas também às várias categorias de nacionais vizinhos ao bloco comunitário, como é o caso dos cidadãos turcos, os quais usufruem de posição privilegiada no quadro do direito da UE, em razão do Acordo de Ancara celebrado com a Turquia em 1963. Nesse ponto, recomenda-se a leitura sintética no Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração a partir da fl.18, bem como do Capítulo 8.

8 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p.281.

seres humanos. Daí ser importante primeiro ter mente alguns conceitos base adotados tanto na União Europeia⁹ quanto no Brasil.

A história aponta os primeiros refugiados ao tempo dos grandes impérios do Oriente Médio, como o Babilônico e o Assírio. Hoje está relacionada à necessidade de um cidadão abandonar sua residência habitual e de, segundo a Convenção das Nações Unidas de 1951¹⁰ relativa ao Estatuto dos Refugiados¹¹, abrigar uma pessoa que:

temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

O refugiado busca por um novo Estado para preservar suas liberdades e sua própria vida, diferentemente dos migrantes, sobretudo os migrantes econômicos, que procuram outros países em vista de melhores perspectivas econômicas para si e seus familiares. Os refugiados receberão proteção

9 Em linhas gerais, pode-se afirmar que a União Europeia, a par do histórico vivenciado no pós Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se a partir de três organizações internacionais criadas na década de 1950 voltadas às ações em torno da energia, da segurança e do comércio livre, denominadas Comunidades Europeias. Esta foi uma fase inicial de livre circulação de mercadorias, capitais, pessoas e serviços. Em 1968, houve o primeiro regulamento sobre a livre circulação de trabalhadores, dando início ao incentivo de fluxo migratório entre os países europeus, de modo a reconhecer que os trabalhadores devem não só ter liberdade de circulação, mas também a possibilidade de se fazerem acompanhar pelos membros da sua família, independentemente da nacionalidade destes. Percebeu-se, então, a urgência de criar mecanismos jurídicos de atendimento, o que conduziu a UE à complexa legislação conexa sobre a circulação dos direitos em matéria de segurança social, assistência social e cuidados de saúde, bem como às disposições relativas ao mútuo reconhecimento das qualificações nacionais. Em 1957, o Tratado de Roma, com alterações sucessivas, tratou de questões afetas à migração, até o Tratado de Amsterdã. Este tratado conferiu à UE novas competências no domínio das fronteiras, da imigração e do asilo, incluindo sobre os vistos e os regressos. Em 1993, o Tratado de Maastricht criou a cidadania europeia, baseada na posse da nacionalidade comum sem abdicar da sua de origem, como forma de estimular a liberdade de circulação dos cidadãos e dos membros da sua família, seja qual for a sua nacionalidade. Essa evolução comunitária culminou no Tratado de Lisboa (chamado também de Tratado Reformador), elaborado em 2007 e em vigor desde 1º de dezembro de 2009, o qual atribuiu à UE novas competências no tocante à forma de integração de nacionais de países terceiros.

10 A Convenção foi adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, após convocação pela Resolução n. 429, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. O texto entrou em vigor em 22 de abril de 1954.

11 Importante referir que o Alto-Comissário das Nações Unidas para os refugiados tem a incumbência de zelar a aplicação das convenções internacionais que assegurem a proteção dos refugiados.

internacional e mantêm esse benefício enquanto não for verificada uma verdadeira melhoria na situação no país de origem¹².

Aqui importa distinguir-se conceitualmente o asilo e o refúgio. O asilo é uma instituição jurídica atrelada à soberania estatal, de tal forma que não há falar a um direito de asilo, na medida em que a sua concessão depende da vontade do Estado. Já o refúgio é figura prevista na Convenção de Genebra de 1951, a qual obriga os Estados signatários a não rechaçarem quem solicite abrigo em sua fronteira.

Sendo assim, o direito de asilo está tanto em tratados internacionais (gerais e específicos), como em normas internas e em normas de Direito Comunitário (quando a UE se reserva o domínio de regulamentar a livre circulação de pessoas por seu território, assim como o acesso aos Estados comunitários por meio das fronteiras com os Estados extracomunitários)¹³.

Embora possa se defender que a dicotomia entre os esses conceitos reduza a proteção das duas figuras e gere um desequilíbrio de tratamento, o asilo compreende a permissão de entrada e permanência no Estado, enquanto que o refúgio, proíbe a rejeição daquele que está sendo perseguido¹⁴.

No caso dos asilados, os documentos de análise inicial são a Convenção de Genebra de 1951 e o seu Protocolo de 1967, que tratam especificamente sobre os direitos dos refugiados. Neles está previsto o princípio da não repulsão, no sentido de que os refugiados não devem ser obrigados a regressar a um país onde têm motivos para recear perseguições. Além da Convenção, o artigo 18º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE¹⁵ também consagrou o direito de asilo em nível europeu.

Ponto relevante é considerar que não há na CEDH uma disposição regulamentadora aos requerentes de asilo no período de tratamento

12 Segundo previsão dos artigos 11 e 16 da Diretiva Estatuto de Refugiado da União Europeia, quando há melhorias da situação de risco existente no país de origem do refugiado, é possível a cessação da proteção internacional, o que é previsto também nas cláusulas de cessação no artigo 1º, ponto C, da Convenção de Genebra de 1951. Vide o caso analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, Aydin Salahadin Abdulla e outros c. República Federal da Alemanha, de 2 de março de 2010.

13 BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Europeia. Livre circulação de pessoas e direito ao asilo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 49.

14 *Ibid.*, p.52.

15 A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, elaborada em 07 de dezembro de 2000, não se confunde com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). A Carta tem fiscalização e aplicação pelo Tribunal de Justiça Europeu e integra a estrutura de direito comunitário europeu, enquanto que a CEDH é aplicada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). De qualquer forma, têm-se que o direito da UE e a CEDH estão estreitamente interligados. E mais. O TJUE inspira-se na CEDH quando determina o âmbito da proteção dos direitos humanos pelo direito europeu. Como referido pelo Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração, a Carta dos Direitos Fundamentais reflete o alcance dos direitos previstos pela CEDH, embora não esteja limitada a esses direitos. Deste modo, é possível afirmar que o direito da UE evoluiu em grande medida em sintonia com a CEDH. Remetemos o leitor ao Manual de legislação europeia sobre asilo fronteiras e imigração. p. 22.

dos seus pedidos de proteção. Logo no texto da Convenção não há nada expressamente, em tese, que proíba um Estado de devolver, deportar ou extraditar o requerente de asilo¹⁶. Desta forma, o operador do direito deverá verificar as permissões de estadia do requerente de asilo no direito interno enquanto os respectivos pedidos são analisados.¹⁷

Outra hipótese, apenas a título de informação, é que no quadro do direito da UE, os artigos 12 e 17 da Diretiva Estatuto de Refugiado (com base no artigo 1º, ponto F, da Convenção de Genebra de 1951), há a previsão de excludentes da proteção internacional àqueles considerados que não fazem jus, como é o caso dos autores de crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade.

Desta forma, o cometimento de um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de ter sido admitido como refugiado, ou o cometimento de um ato contrário aos objetivos e princípios das Nações Unidas, acarreta na análise da cláusula de exclusão da proteção internacional. Consequentemente, as pessoas abrangidas pela cláusula de exclusão não serão consideradas refugiadas e nem mesmo terão direito à proteção subsidiária.

A chamada proteção subsidiária (*subsidiary protection*), outra hipótese, é aquela em que os estrangeiros que não atendem os requisitos à concessão de asilo e que não podem ser beneficiadas pelo status de refugiado, recebem proteção por estarem expostas a um risco real de sofrerem ofensas graves (condenação à pena de morte, pena de tortura ou à tratamento degradante ou resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno), na forma prevista no artigo 15¹⁸, da Diretiva do Estatuto do Refugiado.

Diferente é o caso dos imigrantes em situação irregular, os quais entram ou permanecem em um Estado sem autorização ou justificação jurídica, seja por um ingresso clandestino, seja pela fuga de um endereço obrigatório, ou pela impossibilidade de renovar uma autorização de residência no Estado que lhe conferiu um visto temporário.

Por fim, mas não menos importante, está o grupo de estrangeiros que precisam de proteção por serem vítimas do tráfico de seres humanos¹⁹.

16 *Ibid.*, p. 22.

17 O período de análise e tramitação confere, em verdade, situação instável ao requerente do asilo. Tanto que, a exemplo do que prevê o artigo 5º, nº 1, alínea f, da CEDH, é legal a detenção de requerente de asilo para impedir a entrada ilegal no território do Estado solicitado. Além disso, de acordo com o TEDH, o ingresso do estrangeiro será considerado ilegal até que seja formalmente autorizada pelas autoridades nacionais.

18 A proteção subsidiária prevista no artigo 15, alínea c, exige uma demonstração de que o estrangeiro requerente esteja afetado por elementos próprios da sua situação pessoal e/ou por uma violência indiscriminada.

19 Embora não seja conhecido o número exato de pessoas traficadas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estimava em 2012 que 20,9 milhões de pessoas eram vítimas de trabalho forçado globalmente, número

No ano de 2000²⁰, foi elaborado o Protocolo de Tráfico, em complementação à Convenção contra o Crime Organizado Transnacional. Neste documento, encontra-se a definição jurídica²¹ ao tráfico de seres humanos, no art. 3º, letra “a”, vejamos:

A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

O conceito demonstra a preocupação única de reprimir o tráfico de pessoas, independentemente de idade, raça, cor, gênero ou do consentimento da vítima²². Tal conceito decorre da evolução histórica observada nos documentos internacionais anteriores e da forte necessidade de proteger

que inclui as vítimas de tráfico de seres humanos para exploração laboral e sexual. Em 24 de novembro de 2014, foi publicado, em Viena, o Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o qual reportou que, em cada três vítimas conhecidas de tráfico de pessoas, uma era criança, o que representou um aumento de 5% em comparação com o período 2007-2010. Desse grupo, as meninas são duas em cada grupo de três crianças. Divulgou-se, ainda que na rota de tráfico há pelo menos 152 países de origem e 124 países de destino afetados pelo tráfico de pessoas, e mais de 510 fluxos identificados no relatório de tráfico no mundo. Consultar: UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2014* (United Nations publication, Sales No. E.14.V.10). Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents/>>. Acesso em: 22 set. 2016.

- 20 A ONU organizou, em Palermo, uma reunião com mais de 80 países para assinatura Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (*Convention Against Transnational Organised Crime*), composto por três protocolos, entre eles o chamado Protocolo de Tráfico ou Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças (*Protocol to Suppress, Prevent and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*).
- 21 No âmbito da União Europeia, os primeiros instrumentos legais sobre o tráfico de pessoas surgiram em 1904, em Paris, com o Acordo Internacional para Supressão do Tráfico de Escravas Brancas (*The Internacional Agreement for the Suppression od White Salve Traffic*), seguido, em 1910, também em Paris, pela Convenção de Paris (*Paris Convention*). Já em 1921, foi elaborada a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Meninas (*International Convention for the Suppression of Traffic in Women and Children*), na qual 28 países, em Genebra, decidiram ampliar a convenção anterior por meio da inclusão de crianças no conceito normativo e da eliminação da conotação racial.
- 22 Muito discutiu-se nas reuniões anteriores à elaboração do Protocolo sobre os pontos que abarcariam o conceito de tráfico de pessoas. Nessa linha, como se destacou o texto citado, o conceito incluiu o uso da coerção, da fraude ou de abuso de situação de vulnerabilidade com o fim a exploração. Assim, não se exigiu o consentimento ou não por parte da vítima. Igualmente incluiu no conceito o trabalho forçado, a escravatura ou práticas similares, ou a servidão em qualquer atividade. Outro ponto importante foi a abrangência do art. 3º do Protocolo aos deslocamentos realizados nessas mesmas condições para a remoção de órgãos humanos.

os direitos fundamentais das vítimas, como é o caso do direito à saúde, objeto central desse artigo.

Quanto ao ingresso de pessoas, deve-se considerar também que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) impõe alguns limites ao exercício da soberania dos Estados quanto aos controles de entrada²³ e de permanência de cidadãos de outros Estados, conforme observa o seguinte trecho²⁴ do Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração:

[...]. Os cidadãos nacionais têm o direito de entrar no seu próprio país e os cidadãos da União gozam, ao abrigo do direito da União Europeia, do direito geral de entrada nos outros Estados-Membros. Além disso, como é explicado nos próximos parágrafos, tanto o direito da UE como a CEDH proíbem a não admissão nas fronteiras de pessoas em risco de sofrerem perseguição ou outras ofensas graves (princípio da não repulsão).

[...]

O acesso ao território por parte de cidadãos estrangeiros não se encontra expressamente regulamentado na CEDH, nem nela se especifica quem deve receber um visto. A jurisprudência do TEDH apenas impõe alguns limites ao direito dos Estados recusarem a entrada nas suas fronteiras, por exemplo quando tal recusa constitua um ato de repulsão. A jurisprudência pode, em algumas circunstâncias, exigir que os Estados autorizem a entrada de uma pessoa quando essa entrada for uma condição prévia para que ela possa exercer certos direitos da Convenção.

Sob o aspecto da aplicação jurídica territorial, certo é que o ingresso dos estrangeiros nos Estados é o primeiro momento em que este sinaliza às autoridades estatais as razões da saída do país de origem, fato esse determinante ao quanto será acessível ou não os direitos e serviços próprios dos nacionais daquele Estado.

Justamente nesse ponto que, no caso dos países europeus, percebeu-se a tentativa dos Estados em argumentarem que as zonas de trânsito não estariam abrangidas pela sua jurisdição, tampouco aos seus serviços

23 Em 1985, o Acordo de Schengen modificou a forma de controle das fronteiras internas dos Estados-Membros da UE. Até que em 1995 foi criado um sistema complexo de aplicação do controle de fronteiras, quando passou a ser regulamentado o acesso ao chamado Espaço Schengen. Em 1997, o sistema de Schengen incorporou-se ao ordenamento jurídico da UE. Assim, o contexto do Código das Fronteiras Schengen, responsável pelas regras relativas à gestão de fronteiras, permitiu que, em 2004, fosse criada a agência Frontex para apoiar os Estados-Membros na gestão das fronteiras externas de toda União Europeia.

24 *European Union Agency for Fundamental Rights*, op. cit., p.26 e 27.

públicos. Entretanto, no quadro do direito da União Europeia, o art. 3º da CEDH²⁵ proíbe que uma pessoa seja repelida na fronteira ou em qualquer outro lugar sob a jurisdição de um Estado, se com isso ocorrer o risco de ser vítima de tortura ou de um tratamento desumano ou degradante²⁶. Nessa mesma linha, o artigo 4º, nº 4, da Diretiva Regresso estabelece os direitos mínimos²⁷ que a serem aplicados às pessoas detidas ou interceptadas por passar ilícitamente a fronteira.

No Brasil, assim como na União Europeia, a preocupação com a manutenção mínima de condições dignas de sobrevivência²⁸, demandou a proteção aos estrangeiros em situação de risco, com regras²⁹ específicas aos refugiados, asilados, estrangeiros com entrada irregular e às vítimas de tráfico de pessoas.

Signatário da Convenção da ONU de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, documento já referido neste texto, o Brasil instalou o primeiro escritório no Rio de Janeiro, em 1977, quando o ACNUR celebrou um acordo com o Brasil, tendo em 1997 entrado em vigor o Estatuto do Refugiado³⁰.

Desta forma, em termos conceituais, o art. 1º do Estatuto nacional não inovou as linhas fixadas na Convenção de Genebra e igualmente seguidas pela União Europeia.

A Constituição Federal, por seu turno, prevê o direito ao asilo político³¹ a estrangeiro, como ato de soberania estatal³², o que não confere

25 Art. 3º. Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

26 A aplicação do art. 2º, da CEDH, que dispõe sobre o direito à vida, é fundamento para evitar a extradição ou a expulsão que implique risco ao estrangeiro, notadamente o risco de ser vítima de tortura ou de penas desumanas.

27 Nesse caso, a CEDH entendeu que o Estado pode ser responsabilizado pelas pessoas que estão em zona de trânsito como no caso analisado pelo anterior Tribunal Europeu de Direitos do Homem, *Amuur c. França*, nº 19776/92, 25 de junho de 1996.

28 O Brasil procura, por meio de medidas internas, preservar os refugiados da discriminação e da estigmatização, como por exemplo a substituição do termo "refugiado" na cédula de identidade para o termo "residente", bem como com a simplificação do pedido de reconhecimento de sua condição de refugiado, ao permitir que os estrangeiros formalizem o protocolo provisório de solicitação de refúgio diretamente na Polícia Federal. Antes, o documento dependia de declaração prévia do Conare (Comitê Nacional para os Refugiados). Segundo o Ministério da Justiça, outra medida foi flexibilizar os critérios legais para concessão da reunificação familiar. Além disso, uma resolução do Conare facilita a concessão de vistos de entrada no país para todos os estrangeiros que sejam afetados pelos conflitos na Síria. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/nova-cedula-de-identidade-de-refugiados-facilitara-integracao-dos-estrangeiros-no-brasil>. Acesso em: 21 set.2016.

29 Como exemplo de regras gerais aplicáveis aos estrangeiros no Brasil, consultar a Lei 6815/90, o Decreto nº 86.175/81 e as Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Imigração (CNIg).

30 A Lei 9.474, de 22 de julho de 1977, definiu os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951.

31 O asilo político no Brasil é concebido, segundo Bulos, de modo amplo, abarcando: a) asilo diplomático concedido a estrangeiros nas legações, nas sedes de missões diplomáticas, navios e aeronaves de guerra e militares; b) asilo territorial, asilo político propriamente dito, que recebe estrangeiros perseguidos por motivos políticos em outros países; e o c) asilo neutro, o qual é concedido por um Estado, que não esteja participando da guerra, a membros das forças armadas dos Estados beligerantes. In: BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 519-520

32 O direito à asilo político tem prevista no artigo 4º, inciso X, da Constituição Federal e é ato do Presidente da República.

proteção integral de sua permanência. Ou seja, mesmo que seja concedido o asilo, o estrangeiro permanece sujeito à extradição³³ e a prorrogação temporal do asilo depende de ato do Ministro da Justiça. Além disso, como o asilo político tem, no Brasil, natureza territorial³⁴, o asilado político dependerá igualmente de autorização prévia do Ministério da Justiça para sair do território nacional, sem o que será a sua saída considerada renúncia ao benefício.

Quanto aos refugiados, no Brasil é o CONARE³⁵³⁶, Comitê Nacional para os Refugiados, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, que decidirá sobre a condição de refugiado³⁷. A solicitação de refúgio inicia-se com pedido na Polícia Federal, seguida de entrevista pela Coordenação-Geral do Comitê Nacional para os Refugiados, nos termos da Lei 9.474/97.

No que tange ao tráfico de seres humanos, o Brasil, por meio do Decreto 5.017/2004³⁸, incluiu no ordenamento nacional o Protocolo de Palermo com os conceitos acima trazidos, sem que haja lacuna legislativa obstativa à proteção de tais vítima no ordenamento jurídico brasileiro.

Já para os migrantes irregulares que ingressam ou permanecem à revelia das autoridades nacionais brasileiras, a deportação é a consequência primeira prevista pelo Estatuto do Estrangeiro, a partir do art. 57 da Lei 6.815/1980. Assim, caso o estrangeiro não se retire do país no prazo determinado pelas autoridades, a saída será compulsória, por meio da deportação³⁹.

33 Julgamentos interessantes e didáticos sobre a extradição passiva do Supremo Tribunal Federal são a Ext.524 e a Ext.232.

34 BULOS, op.cit., p. 519.

35 O Comitê, menciona-se que aos institutos do asilo político e do refúgio aplicam-se as regras a seguiu em comum: a) os indivíduos receberão documentos de identidade e carteira de trabalho; b) não há obrigatoriedade de concessão pelo Estado; c) não se sujeitam à reciprocidade e protegem indivíduos independentemente de sua nacionalidade.

36 O CONARE publicou no primeiro semestre de 2016, um estudo detalhado e atualizado com estatísticas de até 20 de março de 2016, sobre o Sistema de Refúgio brasileiro, desafios e perspectivas, cuja consulta é fonte maior sobre a realidade oficial do Brasil quanto aos refugiados, bem como sobre a forma pela qual o país tem reunido esforços no atendimento desse grupo de estrangeiros. Disponível para consulta em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro>. Acesso em: 18 set.2016.

37 O Superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento no sentido de que, em casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores, mostra-se inadequado ao Poder Judiciário, tirante situações excepcionais e de ilegalidade, adentrar nas razões que motivam o ato de admissão de estrangeiros no território nacional, mormente quando o Estado deu ensejo à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal ao estrangeiro. Vide: REsp 1174235/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012.

38 O Decreto 5.017/2004, de 12 de março de 2004, promulgou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças.

39 Ao contrário da expulsão, o estrangeiro deportado poderá retomar ao país, desde que atenda às condições legais para tanto. A deportação se assemelha à expulsão, uma vez que não poderá ser promovida em casos

2 O DIREITO À SAÚDE AOS ESTRANGEIROS NO BRASIL E NA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Os estudos da aplicação do direito à saúde no âmbito interno não se confundem, embora contem com pontos de interseção, com o direito à saúde do estrangeiro dentro do território nacional, notadamente quando a visão se volta aos entendimentos jurisprudenciais brasileiros e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em que pese a conceituação na doutrina nacional esteja pacificamente vinculada aos direitos fundamentais, percebe-se aqui uma distinção do direito a saúde como um direito à vida e a saúde enquanto direito em sentido amplo (tratamento de urgência, eletivos, medicamentos, assistência, ambiente saudável, etc).

Certo é que, a par dessa separação, o acesso a direitos e serviços públicos dentro de um Estado depende, em regra, da permanência ou residência legal⁴⁰ no Estado de acolhimento. Daí a necessidade de intervenção judicial quando os grupos de estrangeiros que necessitam de proteção são privados de um serviço de saúde.

No Brasil, o fato de a atenção médica estar intrinsecamente associada à previdência social⁴¹ imprimiu uma especialidade, com profundas raízes históricas, à atual questão da busca da equidade no direito dos cidadãos à saúde.

A saúde, chamada de socorros públicos pela Constituição de 1824, contou com diferentes formas de tratamento nas constituições brasileiras, tendo reflexo em diversos Títulos da atual Constituição Federal de 1988. Nesta Carta, a saúde recebeu proteção dual, atribuindo-se a responsabilidade prestacional aos entes privados e aos públicos de forma concorrente e ampla.

No âmbito constitucional brasileiro, o Sistema Único de Saúde (SUS) compreende, entre outras metas e diretrizes, a universalidade da cobertura e do atendimento, bem como a igualdade no acesso aos serviços de saúde, segundo dispõe o artigo 196 da Constituição Federal⁴².

em que a extradição não é admitida pela lei brasileira. Além disso, ambos são atos discricionários, ou seja, o Estado não é obrigado, mas detém a faculdade de expulsar e deportar o estrangeiro, nos termos da legislação brasileira.

40 No ordenamento jurídico europeu, há determinadas categorias de estrangeiros que gozam de um nível mais elevado de proteção contra a expulsão, como é o caso dos titulares de autorizações de residência de longa duração, os nacionais turcos diante do Acordo de Ancara, os estrangeiros que sejam membros de família de cidadãos europeus, os quais podem exercer o direito à liberdade de circulação como os nacionais europeus.

41 COHN, Amélia. *A saúde como direito e como serviço*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 13.

42 Além do artigo 196, o direito à saúde tem resguardo constitucional no art. 6º, da Carta Magna, os quais compõem de forma principal o conjunto de normas relacionadas ao direito à saúde com a legislação infraconstitucional com a Lei 8.080/1990 e suas alterações (dispõem sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços), a Lei 8.142/1990 (dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências

A partir desses princípios, formou-se um sistema de prestação de serviços de saúde por entes públicos e privados separados em três setores: a) o público, financiado e prestado pelo Estado; b) o privado, com intuito lucrativo ou não-lucrativo; e c) o de seguros privados, financiados diretamente pelo usuário do serviço de saúde.

A organização normativa nacional, em que pese aponte para um cenário de efetiva prestação de serviços de saúde, não conduz ao alcance pretendido pelas metas constitucionais, antes o contrário. A realidade jurisprudencial demonstra a imprescindibilidade da atuação impositiva frente à fragilidade prática das normas protetivas do direito à saúde⁴³.

Aliás, preocupantes são os casos observados em áreas de fronteira no Brasil⁴⁴, em que o chamado “turismo médico” confere acesso aos serviços públicos de saúde básicos sem qualquer restrição e controle, à revelia da Resolução Federal que exige do estrangeiro, que venha ao país para fazer qualquer tratamento médico, um visto temporário de saúde⁴⁵. Além do visto, a mesma resolução prevê que os pacientes estrangeiros nessa situação devem ressarcirem o sistema público com o valor do tratamento.

É sabido que o Sistema Único de Saúde garante o atendimento médico a todo estrangeiro que estiver no Brasil, mesmo que em deslocamento, apenas em casos de emergência⁴⁶. No entanto, esse benefício não é estendido aos estrangeiros não residentes e que pretendem usar o SUS em tratamentos eletivos.

A par da situação normativa e fática da aplicação do direito à saúde no Brasil, outro obstáculo ao acesso de serviços de saúde por estrangeiros que não tenham a sua condição jurídica regular no país, é a corrente

intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde). Importante ainda referir a Portaria 2.203/1996 (norma operacional básica- NOB 01/96) e que redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde).

43 No Brasil, a judicialização do direito à saúde, assim como a outros direitos sociais, tornou-se prática cotidiana para acesso aos serviços diante da deficiente efetivação das normas jurídicas sobre o assunto.

44 Exemplo disso é a cidade de Corumbá, em Mato Grosso do Sul, com números alarmantes sobre o atendimento de bolivianos. Vide notícia online de fevereiro de 2016, disponível em: <http://www.diarionline.com.br/?s=noticia&id=83168>. Acesso em: 19 set.2016.

45 O visto temporário de saúde, se enquadra na categoria VITEM 1 (Visto Temporário 1), bem mais burocrático, pois exige pedidos médicos, comprovantes de renda para arcar com as despesas do tratamento, seguro saúde, entre outros documentos, todos traduzidos para o português, expedido no Consulado Brasileiro no exterior, com base na Resolução Federal Recomendada nº 02, de 5 de dezembro de 2000. A resolução instituída pelo CNig (Conselho Nacional de Imigração), órgão do MTE (Ministério do Trabalho e Emprego), foi formulada com base na Lei 6.815/80, responsável pela definição da situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Desta forma, se um estrangeiro tentar entrar no país com visto de turista, mas com o objetivo de fazer tratamento médico, cometerá uma prática irregular passível de multa e notificação para saída do país a ser aplicada pela Polícia Federal, como se verá em um caso jurisprudencial no ponto 4.

46 Consultar Parecer do Conselho Regional de Medicina da Bahia nº 08/2008, em http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmba/pareceres/2008/8_2008.pdf. Acesso em: 19 set.2016.

doutrinária que defende a aplicação dos direitos apenas aos estrangeiros residentes no país, vejamos o seguinte trecho de José Afonso da Silva⁴⁷:

‘A norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula a saúde é direito de todos, assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo todos, que é signo de universalização, mas com destinação exclusiva aos brasileiros e estrangeiros residentes - aliás, a norma reforça esse sentido a prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde -, e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula a saúde é dever do Estado, compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta.’

No plano da União Europeia, observa-se que a multiplicidade normativa não está diretamente associada à certeza de acesso aos direitos fundamentais e sociais, notadamente quando se pensa em direito a saúde em sentido amplo. Até porque, dentro do sistema de aplicação normativa, não se confundem os órgãos⁴⁸ e as convenções que integram a União Europeia, com os órgãos e as convenções que integram a estrutura do Sistema Europeu de Direitos Humanos⁴⁹.

Nos termos do artigo 19º da Diretiva⁵⁰ Condições de Acolhimento⁵¹, os requerentes de asilo têm direito a se beneficiarem dos cuidados de saúde

47 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 768.

48 Os principais órgãos da União Europeia, enquanto bloco comunitário e econômico, são: a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho da União Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal Europeu de Justiça), o Tribunal de Contas Europeu e o Banco Central Europeu, os quais podem ser analisados, como referência inicial. Esses órgãos têm também como base dois tratados, o Tratado de Maastricht, de 1992, como tratado de fundação, e o Tratado de Lisboa, de 2009, que promoveu as últimas reformas importantes na União Europeia.

49 Importante referir que não se confundem o Conselho da Europa, o Conselho Europeu e o Conselho da União Europeia. O primeiro é órgão que coordena o sistema europeu de Direitos Humanos, sediado em Estrasburgo, na França. O segundo define a política geral da União, com a reunião dos chefes dos Estados membros. Enquanto o Conselho da União Europeia, é um Conselho de Ministros representantes dos Estados que exercem poder legislativo, juntamente com o Parlamento Europeu.

50 Cabe observar que a UE adota diferentes tipos de atos legislativos (regulamentos, diretivas, decisões, recomendações, pareceres) para efetivar as diretrizes estabelecidas nos seus tratados. Esses atos podem ser vinculativos ou não, da mesma forma, podem ser aplicáveis a todos os países da UE, ou a apenas a alguns deles. No caso da diretiva, própria do direito derivado, têm-se um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar, sendo por isso um instrumento flexível utilizado principalmente para harmonizar as legislações nacionais. Contudo, além da diretiva, competirá a cada país elaborar a sua própria legislação para dar cumprimento a esse objetivo exigido pela UE.

51 A Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional.

necessários, que devem incluir, pelo menos, os cuidados de urgência e o tratamento básico de doenças, bem como os cuidados médicos ou outro tipo de assistência de que precisem caso tenham necessidades de acolhimento especiais. No mesmo sentido, a Diretiva Regresso⁵² também dispõe que se deve atribuir especial atenção à situação das pessoas vulneráveis, de modo a prestar cuidados de saúde urgentes e tratamentos básicos de doenças às pessoas cujo afastamento tenha sido suspenso ou a quem tenha sido dado um prazo para partirem voluntariamente.

O direito à saúde tem ainda resguardo na Diretiva do Estatuto de Refugiado⁵³, em seu artigo 30, o qual prevê que os refugiados, assim reconhecidos, e os beneficiários de proteção subsidiária têm direito aos cuidados de saúde em condições de igualdade com os próprios nacionais do Estado em que estejam. Além disso, estão previstas disposições específicas para as pessoas com necessidades especiais.

Para as vítimas de tráfico de seres humanos são conferidas medidas de assistência e apoio, bem como tratamento médico necessário, incluindo assistência psicológica, aconselhamento e informação, nos termos do artigo 11, n° 5, da Diretiva Contra o Tráfico de Seres Humanos⁵⁴.

Todas essas disposições concernentes ao direito à saúde representam uma evolução no ordenamento jurídico europeu, pois, como referido no início desse artigo, os países europeus contavam apenas com documentos esparsos, de maneira que os tratados iniciais das Comunidades Europeias não continham qualquer referência aos direitos humanos ou à respectiva proteção.

Destarte, à medida que eram interpostos no antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (chamado a partir de dezembro de 2009 de Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE) processos relativos a violações dos direitos humanos na jurisdição da União Europeia⁵⁵, o TJUE promoveu uma nova abordagem para conferir proteção às pessoas

52 A Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, é relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de estrangeiros em situação irregular.

53 A Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, estabelece normas relativas às condições a serem preenchidas pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para beneficiarem-se de proteção internacional, como um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária.

54 A Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, é relativa à prevenção e à luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas.

55 O TEDH já admitiu que, em determinadas circunstâncias, fosse processado um ou mais Estados-Membros. Para informações mais pormenorizadas sobre a jurisprudência do TEDH neste ponto complexo, consultar o julgado do TEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi* c. Irlanda [GS], n° 45036/98, de 30 de junho de 2005.

singulares. O primeiro passo seria justamente a inclusão dos direitos fundamentais entre os princípios gerais do Direito Europeu.

Sabe-se⁵⁶ que ir além das relações interestatais de mera coordenação é superar o quadro de referência tradicional do direito internacional público⁵⁷, daí a excelência da União Europeia em matéria de direito comunitário.

Consequência desse compromisso na extensão comunitária e na busca de proteção de direitos humanos, é a inclusão, desde os textos constitucionais nacionais, da proteção aos direitos humanos, notadamente com a elaboração da Convenção de Direitos Humanos (CEDH), objeto desse estudo.

Além da CEDH, destaque igual merece a *European Social Charter* - ESC (Carta Social Europeia)⁵⁸, voltada à preocupação com os direitos sociais.

Os dispositivos da Carta Social Europeia, elaborada pelo Conselho da Europa em 1961 e revista em 1996, preencheram as normas da CEDH no que diz respeito aos direitos sociais. Em dezembro de 2013, a Carta já contava com a ratificação de 43 (quarenta e três) dos 47 (quarenta e sete) Estados membros do Conselho da Europa.

Por outro lado, uma circunstância obstativa aos estrangeiros que necessitam de proteção é que, no contexto da ESC, o âmbito pessoal está, em princípio, limitado aos nacionais de outros Estados que residem ou a trabalharem legalmente no território.

O Comitê Europeu dos Direitos Sociais considerou, no entanto, devido ao caráter fundamental da Carta e à sua ligação à dignidade humana, há alguns direitos da Carta Social que também se aplicam a todas as pessoas presentes no território, incluindo os migrantes em situação irregular. Desse modo, estaria conferido a eles o direito à assistência médica⁵⁹.

Percebe-se, considerando essa estrutura jurídica, que o reconhecimento do direito de entrada ou permanência do estrangeiro é normalmente necessário para se ter acesso aos direitos sociais, ainda que

56 BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*: União Europeia e Mercosul. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 75.

57 Sobre um estudo de direito comunitário consultar a obra de José Souto Maior Borges referida na nota supra.

58 Cumpre referir que a grande adesão ao documento também se deve à possibilidade de os Estados signatários só subscreverem determinados dispositivos. Além disso, a Carta não prevê a criação de um tribunal, apenas conta com o Comitê Europeu dos Direitos Sociais (CEDS), composto por peritos independentes que decidem sobre a conformidade da legislação e avaliam as práticas nacionais. Para isso são utilizados dois procedimentos: o procedimento de comunicação de informações, ao abrigo do qual os Estados apresentam relatórios nacionais periódicos; e o mecanismo de reclamação coletiva (opcional), por meio do qual as organizações podem apresentar reclamações.

59 Vide: CEDS, *International Federation of Human Rights Leagues c. França*, Queixa nº 14/2003, méritos, 8 de setembro de 2004.

esse direito seja urgente ou equivalente a um direito fundamental, como é o caso do direito à saúde.

A maioria dos migrantes tem na autorização de entrada ou permanência num Estado um primeiro passo à obtenção de direitos sociais acessíveis àqueles que possuem a residência regular. Vale dizer: o acesso ao emprego, à educação, à habitação, aos cuidados de saúde, à segurança social, à assistência social ou a outras prestações sociais constitui um grande desafio ao imigrante, mas também aos Estados que recebem os nacionais de outros Estados.

Hoje, diante da gravidade da crise humanitária mundial, o Comitê Europeu dos Direitos Sociais entende que, se estiverem envolvidos direitos fundamentais essenciais, como o direito à vida ou a proibição de tratamento degradante, o tratamento diferenciado ou negativo por um Estado equivale, à luz dos regramentos aqui referidos, a uma discriminação proibida⁶⁰.

Outrossim, embora nem todos os Estados membros da UE e do Conselho da Europa tenham ratificado a Carta Social Europeia, o TEDH já declarou que a ratificação não é essencial para a interpretação⁶¹ que o Tribunal faz de algumas questões suscitadas no quadro da CEDH, justamente porque os temas são inter-relacionados e, a depender do caso, igualmente regulamentadas pela Carta. Isso nada mais significa do que o reconhecimento de que os direitos sociais se revestem de substancial importância quando se trata do acesso aos direitos fundamentais.

Feitas essas considerações quanto ao escopo normativo relacionado às fontes normativas do direito à saúde, parte-se ao ponto central desse estudo.

3 A APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE AOS ESTRANGEIROS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Partindo das concepções sobre o direito à saúde aos estrangeiros, bem como delimitados quais destes estão mais vulneráveis no cenário migratório internacional, é possível ingressar no enfretamento jurisprudencial das consequências práticas do ingresso no Brasil e na União Europeia.

No Brasil, fato primeiro a ser considerado é que a Constituição Federal iguala em direitos fundamentais, por seu artigo 5º, caput, brasileiros e estrangeiros, o que suprimiria, em tese, qualquer discussão quanto à negativa de acesso ou distinção no atendimento entre nacionais e estrangeiros, aos serviços públicos de saúde em território brasileiro. Todavia, como já acima apresentado, a legislação nacional está no sentido

60 Vide: CEDS, *Defence for Children International c. Países Baixos*, Queixa nº 47/2008, 20 de outubro de 2009.

61 Vide: TEDH, *Demir e Baykara c. Turquia* [GS], nº 34503/97, 12 de novembro de 2008, nº 85-86.

oposto e apresenta distinções entre os grupos de estrangeiros, de modo que o acesso à saúde não ocorre automaticamente.

Fala-se aqui estritamente na rede pública de atendimento, pois a prestação de serviços por meio da rede privada de saúde depende mais da contraprestação econômica e não se coaduna com a vulnerabilidade característica do grupo de estrangeiros objeto deste estudo.

Nessa linha, embora seja linha interpretativa que o art. 5º da Constituição Federal assegura também direito à saúde, aos cuidados e serviços dele decorrentes tanto a brasileiros e quanto a estrangeiro, frente ao entendimento pacificado do direito à saúde não apenas como um direito social mas também como um direito fundamental⁶², não haveria como falar em exigência de domicílio do estrangeiro no Brasil, como visto no ponto 2 desse artigo.

Desta forma, se o estrangeiro estiver sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, caberia ao Estado brasileiro não questionar a condição/situação jurídica⁶³ no que tange aos serviços de saúde. Porém, esse não é entendimento pacificado nos Tribunais Brasileiros, diante das ponderações observadas em julgados sobre o direito à saúde a estrangeiros não residentes no Brasil.

Dáí que o estrangeiro em situação irregular no País não está da mesma forma protegido⁶⁴ do que um nacional, ainda que seja plenamente defensável a tese de que a ele são assegurados os direitos e as garantias fundamentais.

Como visto no ponto anterior, o requerente de refúgio, o asilado, os estrangeiros irregulares e as vítimas de tráfico de seres humanos, cada qual com suas especificidades, estão cobertos pelos serviços emergenciais prestados pelo SUS. E é exatamente nessa linha o entendimento trazido pelos Tribunais Brasileiros.

62 Remetemos o leitor ao ponto 6 deste artigo no qual são traçadas breves considerações quanto à classificação do direito à saúde como direito fundamental.

63 Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG 2005040132106/PR, DJe 29/8/2006.

64 É oportuno referir que a proteção conferida aos estrangeiros não significa conferir-lhes privilégios não oferecidos aos nacionais. Exemplo disso pode ser observado no Recurso Especial nº 1.445.337- SP, julgado em 29 de outubro de 2015, (2014/0069389-1), no qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), que julgou improcedente a pretensão de refugiado político do Peru. O refugiado postulou assistência do Estado Brasileiro para se manter em curso de medicina, sob o argumento de violação à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, à Lei 9.747/97 e aos artigos 44, 47 e 48 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Argumentava ele na condição de refugiado político que o valor correspondente a um salário mínimo recebido em decorrência do Convênio Humanitário CARITAS/ACNUR, não era suficiente para se manter no curso de Medicina na Unicamp, para fins de suprir gastos com alimentação, transporte, apostilas e livros. O Tribunal, entretanto, concluiu não ter razão o estrangeiro, pois o próprio aluno não revelou interesse na conclusão do curso pelas provas colhidas nos autos.

Outrossim, se por um lado o ordenamento jurídico confere o direito, por outro as deficiências do sistema público de saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS), acabam por exigir a intervenção judicial que garanta a obtenção de atendimento e a fruição dos serviços de saúde.

Deve também ser considerado que não há no Brasil, até o presente momento, grandes discussões de tratamento quanto à concessão de direitos sociais em razão do motivo que trouxe o estrangeiro ao país. O que se observa na jurisprudência é a análise da regularidade ou não da estadia do cidadão de outro país no território nacional brasileiro.

Assim, apenas se perquire se o estrangeiro tem situação jurídica regular ou não frente às autoridades nacionais de controle de fronteira, independentemente da razão dessa irregularidade ter como causa de fundo uma das razões de crise humanitária mundial ou de ser simples imigração.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶⁵, embora não tenha enfrentado a questão de forma mais completa⁶⁶, tem apresentado posições nem sempre tão acolhedoras aos estrangeiros irregulares que buscam no Poder Judiciário acolhimento aos seus pleitos de serviços de saúde, de modo que alguns pedidos judiciais de acesso ao SUS acabam por serem negados⁶⁷.

Em caso julgado monocraticamente em setembro de 2016, o STJ, em que pese não tenha reconhecido o recurso por razões processuais⁶⁸, acabou por manter a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁶⁹, que reformou a sentença de primeiro grau em mandado de segurança conferindo tratamento médico-cirúrgico a doença grave e com risco de morte. No caso concreto, como o procedimento médico realizou-se com a autorização de primeiro grau, não houve como reformar o resultado prático do processo, mas o entendimento seria pela negativa do pleito. Vejamos, o que restou consolidado pelo Tribunal Regional em suas razões de decidir, diante da não reforma pelo STJ:

65 O Superior Tribunal de Justiça criado pela Constituição Federal de 1988, é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada. O STJ tem sua competência e estrutura previstas a partir do art.104, da Constituição Federal, bem como por seu regimento interno

66 Contatou-se na busca jurisprudencial que não há julgados de grande repercussão no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema direito à saúde aplicado aos estrangeiros, tampouco foi o tema analisado pela Corte Especial. As decisões são substancialmente objeto de decisões monocráticas, em grande parte não acolhidas em razão de não atendimento de pressupostos recursais.

67 REsp 278.230/PR, Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 03/04/2003, DJe 02/06/2003, p. 243.

68 REsp 1243797(2011/0059848-0), DJe 14/09/2016.

69 Processo nº 200570000168683 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

[...] Afiguram-se-me irrefutáveis as considerações desenvolvidas no parecer do douto representante do MPF, [...], verbis: [...] A realização do transplante por meio do Sistema Único de Saúde utilizaria recursos provenientes de contribuições dos cidadãos que aqui residem e trabalham. Considerando a preocupante situação da saúde pública no Brasil, que se reflete no alto número de ações judiciais buscando o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgias, negados na via administrativa sob o fundamento de haveria comprometimento das políticas públicas, a utilização de recursos do SUS para o tratamento de indivíduo que não reside no Brasil tornaria ainda mais difícil a efetivação do direito à saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no País. Além disso, a realização do transplante do impetrante retiraria de um brasileiro a esperança de uma nova vida, haja vista que o reduzido número de leitos existentes para a realização do transplante de medula óssea é fator limitante para a realização dessa cirurgia no Brasil. Em outras palavras, permitir a realização do transplante a um estrangeiro é retirar a possibilidade de um brasileiro que está em dolorosa espera, que contribuiu e que, portanto, tem direito à contraprestação por parte do Estado. 3.4. Importante referir, ainda, que a concessão da segurança, reconhecendo o direito de um estrangeiro não residente no Brasil ao tratamento de saúde, por meio do Sistema Único de Saúde, criaria um precedente capaz de estimular a vinda de mais estrangeiros ao território nacional em busca de tratamento de saúde gratuito, dificultando o acesso, muitas vezes já árduo, dos brasileiros aos serviços prestados no âmbito do Sistema Único de Saúde. 4. Cumpre salientar, por fim, que apesar da informação constante dos documentos de fls. 434/435 e 437 dos autos, de que o impetrante foi submetido ao transplante de medula óssea, não deve ser aplicada ao caso dos autos a teoria do fato consolidado, haja vista que a situação fática não é de todo irreversível, havendo a possibilidade de ressarcimento dos custos do transplante e do tratamento aos cofres públicos brasileiros. (grifo nosso)

Por esse trecho destacado na decisão, percebe-se que o tratamento de estrangeiros em situação irregular no país não é equivalente aos estrangeiros que possuem autorização estatal ou situação regular em território brasileiro. Antes constata-se que ao termo “estrangeiros”, trazido no caput do art. 5º da Constituição Federal foi conferida interpretação restritiva, mesmo frente a uma norma constitucional chave dos direitos e garantias fundamentais.

Já em outro caso, em decisão mais favorável a um estrangeiro, não prevaleceu a ordem da Polícia Federal para um estrangeiro irregular deixar o país e pagar uma multa, sob pena de deportação. Aqui, o STJ igualmente

não apreciou o mérito do recurso por se tratar de caso com análise fática⁷⁰, e restou mantido o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3^o Região⁷¹.

No julgado, discutiu-se se o estrangeiro possuía o direito de sair e reingressar no país, apenas com base em autorização concedida pelo Conselho Nacional de Imigração, por estar submetida a tratamento médico (internação pelo SUS para transplante renal e tratamento medicamentoso). O Poder Judiciário acolheu o pedido do estrangeiro e o isentou do pagamento de multa⁷².

Em outro julgamento, também relacionado à necessidade de transplante de órgãos, foi reconhecido o direito à realização do procedimento cirúrgico ao paciente estrangeiro em situação não regular frente às autoridades nacionais. Vejamos o seguinte trecho de decisão⁷³ que determinou o imediato acesso ao Sistema de Fila Única de Transplantes:

[...] 10. A universalidade constitucional compreende, portanto, a cobertura, o atendimento e o acesso ao Sistema Único de Saúde, expressando que o Estado tem o dever de prestar atendimento nos grandes e pequenos centros urbanos, e também às populações isoladas geopoliticamente. Os programas, as ações e os serviços de saúde devem ser concebidos para propiciar cobertura e atendimento universais, de modo equitativo e integral. 11. Interpretando-se o caput do art. 5^o da Constituição Federal de 1988 de forma extensiva, tem-se que o alcance é para todos, mesmo os estrangeiros não residentes no País, mas que estejam de passagem pelo território nacional, tendo contato com o ordenamento jurídico pátrio. Precedente jurisprudencial. 12. A sentença não merece reparos. Não se mostra razoável negar o direito do autor ao acesso à Fila de Transplante Renal, ao argumento de ausência de visto permanente, quando ele está regular no país.

70 Agravo em Recurso Especial nº 965.435/SP (2016/0210418-2), Ministra Assusete Magalhães, de 22/08/2016.

71 Consultar no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 3^a Região os processos nº 00211423020074036100 e nº 200761000211420.

72 Nesse julgado, uma cidadã paraguaia estava em tratamento ulterior ao transplante de rim mediante medicamentos não encontrados no Paraguai, mas disponibilizados pelo SUS. A estrangeira, assim, procurou regularizar sua situação formal no País e, apesar de seu expediente estar na iminência de ser concluído, foi autuada pela Polícia Federal. A atuação baseou-se na Lei nº 6.815/80 em seu art. 125 II e LV, o qual prevê infração por estada irregular ou deixar de apresentar documento que comprove uma situação de legalidade no país. Igualmente, em complemento ao caso em tela, cumpre esclarecer que os casos de solicitação de visto temporário ou permanente, ou de permanência definitiva em território nacional, são examinadas à luz do que dispõe a resolução Normativa nº27/98, do Conselho Nacional de Imigração, que disciplina os casos omissos.

73 Precedente do Tribunal Regional Federal de 5^a Região, nos processos nº 00103084920124058100, 103084920124058100, 10308492012405810001 e 566439, objeto do Recurso Especial nº 1.500.019/CE, (2014/0310549-3), Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe18/02/2015.

Caso interessante foi o decidido no Resp 1.235.977, do Paraná, em que se analisou uma ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra a União Federal para assegurar o atendimento a brasileiros e estrangeiros pelo Sistema Único de Saúde em cidade de zona de fronteira. No caso decidiu-se que o atendimento pelo SUS não será devido apenas a todos os brasileiros, mas também, nos casos de emergência ou urgência, àqueles que não comprovem nacionalidade brasileira (estrangeiros e “brasiguaios”), sob o argumento de que essa seria a medida única ao pleno atendimento da norma constitucional, garantidora do direito fundamental à saúde e passível de controle pelo Poder Judiciário⁷⁴.

O Supremo Tribunal, em que pese ainda se aguarde manifestações jurisprudenciais nessa temática em questão, deverá adotar a linha constitucional de proteção ao caput dos artigos 5º e 6º, da Constituição Federal.

4 A APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE AOS ESTRANGEIROS PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

No âmbito internacional, o sistema de petições é utilizado para se requerer a solução de conflitos perante um tribunal. Há dois tipos de petições: a individual, que capacita o indivíduo a reclamar até mesmo contra o seu próprio Estado⁷⁵, sendo exigida apenas a vinculação entre o reclamante e a violação denunciada; e a interestatal, baseada na garantia coletiva proporcionada por tratados de direitos humanos.⁷⁶

Quando se transporta esse raciocínio para o âmbito de aplicação do direito à saúde na CEDH, é preciso, primeiramente, considerar que não existe um direito expresso aos cuidados de saúde. O argumento a ser utilizado é que tal direito compõe a integridade moral e física da pessoa humana, e por isso suscetível de ser abrangida pelo âmbito de aplicação dos artigos 2º e 8º, esse último relacionando o direito ao respeito pela vida privada⁷⁷.

Outro registro é que a CEDH não garante o direito à saúde em qualquer nível de serviços médicos nem o direito de acesso a tratamento médico⁷⁸. O que se observa nos julgados do Tribunal, é que, em determinadas

74 Precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no processo nº200670020071089, objeto do REsp nº 1235977/PR, (2011/0023710-1), Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14/02/2011.

75 Em complemento vide o art. 13, da CEDH, que prevê o direito a recurso perante os tribunais nacionais em caso de violação de direitos previstos no tratado.

76 BATISTA, op. cit., p. 41.

77 TEDH, Bensaïd c. Reino Unido, nº 44599/98, 6 de fevereiro de 2001.

78 Vide a decisão nesse sentido: TEDH, Wasilewski c. Polónia, nº 32734/96, 20 de abril de 1999.

circunstâncias, um Estado membro da CEDH pode ser responsabilizado, se restar comprovado que as autoridades desse Estado puseram a vida de uma pessoa em risco, seja por meio de ações seja por meio de omissões relacionadas aos cuidados de saúde, notadamente quando tais cuidados são disponibilizados à população em geral⁷⁹.

Certo é que, no que tange ao tema da migração, as questões de saúde têm sido fortemente suscitadas no quadro da CEDH, pela atualidade do tema e como forma de priorizar os tratamentos de saúde. E mais, o direito à saúde tem sido o principal meio de defesa contra a expulsão até que o estrangeiro recupere sua saúde.

Não por outro motivo, é que os Estados podem sofrer sanções por estar em causa uma violação do artigo 3º da CEDH, bem como, no quadro da Carta Social Europeia, adotada pela TEDH como referido acima, por violação ao artigo 13⁸⁰, no qual é expresso no direito à assistência médica⁸¹, direito esse considerado pelo CEDS aplicável aos migrantes em situação irregular.

Outra forma de aplicação do direito à saúde como argumento à não expulsão⁸², pode ocorrer quando o TEDH recebe um pedido associado a um pedido de medida provisória/protetiva, com intuito de o Estado não expulsar o requerente de volta a países onde conhecidamente enfrentariam a morte, a tortura, ou outro tipo de maus tratos. Em muitos casos, estão envolvidos inclusive requerentes de asilo cujos pedidos já foram objeto de indeferimento definitivo e que já esgotaram todos os direitos de recurso previstos no direito interno.

79 TEDH, Powell c. Reino Unido (dec.), nº 45305/99, 4 de maio de 2000.

80 Na queixa movida (frente ao Comitê da Carta- CEDS, International Federation of Human Rights Leagues c. França, Queixa nº 14/2003, méritos, 8 de setembro de 2004, contra França, alegou-se que a França tinha violado o direito à assistência médica (artigo 13) ao pôr fim à isenção do pagamento dos tratamentos médicos e hospitalares concedida aos migrantes em situação irregular e com rendimentos muito baixos. Declarou que qualquer legislação ou prática que recuse aos cidadãos estrangeiros o direito à assistência médica enquanto estão no território de um Estado Parte, mesmo que estejam em situação irregular, é contrária à Carta. Contudo, por uma maioria de 9 a 4, o CEDS considerou que não tinha havido violação do artigo 13 relativamente ao direito à assistência médica, uma vez que os migrantes adultos em situação irregular podiam aceder a alguns tipos de assistência médica, após três meses de residência, e que todos os cidadãos estrangeiros podiam obter tratamento em situações de emergência e com risco de vida, a qualquer momento, de modo a estar assim preservado o direito mesmo sem a isenção antes conferida a todos os tratamento médicos.

81 O Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração faz menção histórica, nesse ponto, à utilização da Convenção Europeia de Assistência Social e Médica, a qual que prevê analogamente a prestação mútua de assistência social e médica aos nacionais dos Estados Partes no território de outros Estados Partes. Esta Convenção do Conselho da Europa tem apenas 18 Estados signatários, todos eles, exceto a Turquia, também pertencentes à União Europeia, em vigor desde 1º de julho de 1954.

82 TEDH, F.G. v. SWEDEN, de 23 de março de 2016.

Foi o que ocorreu no caso Savriddin Dzhurayev contra Rússia⁸³, em que o Tribunal (TEDH) determinou à Rússia que adotasse as medidas de reparação concretas para proteger o requerente dos riscos existentes para a sua vida e integridade física numa jurisdição estrangeira, antes de proceder a eventual expulsão.

Nessa mesma linha preventiva de aplicação do direito à vida e de preservação do direito à saúde, frente ao que prevê o art. 4º da CEDH, referente à proibição da escravatura e do trabalho forçado, o Tribunal pode exigir⁸⁴, em determinadas circunstâncias, que os Estados investiguem as suspeitas de tráfico de seres humanos e tomem medidas para proteger as vítimas que ingressarem nos territórios. Além disso, ainda sob a vigência da CEDH, os Estados que forem também parte da Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos devem conceder aos estrangeiros suspeitos de serem vítimas de tráfico um período de restabelecimento e reflexão, durante o qual não podem ser expulsas (artigo 14º), com acesso aos serviços de saúde pelos maus tratos sofridos.

Quanto aos estrangeiros irregulares, o acesso à saúde já sofreu contornos limitativos, como no precedente envolvendo o Reino Unido, em 2008. O julgado analisou o pedido de regresso de uma estrangeira irregular expulso do território inglês, com base na CEDH e na Diretiva de Regresso 2008/115/CE, artigos 5º e 9º, por estar infectado com HIV e ter direito à tratamento médico. O TEDH, todavia, não acolheu o pleito da estrangeira, pois verificou a existência de um tratamento médico adequado no país de origem da requerente⁸⁵.

Tal entendimento do Tribunal em defesa ao Estado inglês tem respaldo no chamado entrave ou entrave quase absoluto. Os entraves indicam os casos que impedem que uma pessoa não nacional seja afastada do território do Estado em que se encontra, o que não ocorreu no caso acima apresentado.

Nessa linha, os entraves absolutos ou quase absolutos⁸⁶, no quadro da CEDH, impedem a expulsão do estrangeiro irregular quando estiver em risco a violação dos direitos absolutos garantidos pelo artigo 2º (relativo ao direito à vida), pelo artigo 3º (proibição da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes), bem como na hipótese de artigo

83 TEDH, Savriddin Dzhurayev c. Rússia, nº 71386/10, 25 de abril de 2013.

84 TEDH, Rantsev c. Chipre e Rússia, nº 25965/04, 7 de janeiro de 2010.

85 TEDH, N. c. Reino Unido [GS], nº 26565/05, 27 de maio 2008.

86 Os entraves quase absolutos são aqueles que admitem algumas exceções à expulsão do estrangeiro. Da mesma forma, a Convenção de Genebra de 1951 e da Diretiva Estatuto de Refugiado (2011/95/UE), preveem, em circunstâncias excepcionais, exceções à proibição de afastar os refugiados. Cumpre registrar também a existência dos entraves não absolutos, os quais visam estabelecer um equilíbrio entre os interesses particulares ou os direitos individuais e o interesse público ou do Estado, como é a hipótese de uma expulsão implicar na separação de uma família.

15 (estado de necessidade). Caso esses entraves não estejam presente não haverá impedimento ao Estado de adotar as medidas que entender cabíveis.

Percebe-se, pois aqui, que o direito à saúde se tornou, em verdade, um critério de aplicação de outras regras da Convenção, notadamente quando estiver em causa os entraves à expulsão. Desta forma, caso a pessoa a ser expulsa esteja em risco de sofrer qualquer ofensa correspondente a um tratamento incompatível com o artigo 3º da CEDH, incluindo fontes de risco relacionados às doenças⁸⁷ e às condições humanitárias existentes nesse país de recepção do expulso, haverá um limite à atuação soberana do Estado.

Não obstante, nesses casos em que o direito à saúde é entrave absoluto, compete ao postulante apresentar provas concretas de que, se for expulso de um Estado membro, ficará exposto a um risco real de ser sujeito a um tratamento proibido pelos artigos 2º ou 3º da CEDH. Do mesmo modo, no que tange às provas, será o Estado de origem chamado a esclarecer eventuais dúvidas sobre o caso submetido à apreciação do TEDH.

Entretanto, há uma exceção quanto ao ônus da prova em comento aos requerentes de asilo, caso em que o TEDH, por considerar que estes encontram-se em situação especial de vulnerabilidade, confere o benefício da dúvida ao avaliar a credibilidade das suas declarações e dos documentos que as comprovam.

Paralelo a esses pontos até aqui lançadas, está a questão preocupante dentro do direito à saúde dos estrangeiros sem condição jurídica fixada na União Europeia e que ocorre no curso dos regressos forçados e nas segregações compulsórias⁸⁸ prévias⁸⁹ ao retorno ao país de origem.

Isso porque, quer sejam afastados por via aérea, terrestre ou marítima, os imigrantes devem regressar de forma segura, digna e humana ao país de origem, o que nem sempre ocorre, diante do registro de acidentes com morte durante o processo de afastamento ou em causas como asfixia ou por ferimentos graves.

Nas segregações compulsória, as mortes ocorrem nos centros de detenção⁹⁰ no período anterior ao afastamento do Estado receptor, bem

87 Sobre tema vide: TEDH, S.H.H. c. Reino Unido, nº 60367/10, 29 de janeiro de 2013; TEDH, Babar Ahmad e outros c. Reino Unido, nº 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, 10 de abril de 2012 e TEDH, Aswat c. Reino Unido, nº 17299/12, 16 de abril de 2013.

88 Quanto ao tratamento em prisões vide o caso recentemente julgado: TEDH, SAKIR v. GREECE, de 24 de março de 2016.

89 O artigo 15, nº 1, da Diretiva Regresso prevê a detenção de imigrantes submetidos ao procedimento de regresso, com a privação da liberdade quando houver risco de fuga ou de outras ingerências graves no processo de regresso ou de afastamento, bem como para preparar o regresso e efetuar o processo de afastamento, o que deve ser analisado em conjunto com o que prevê o art. 5º, nº1, da CEDH.

90 O TEDH declarou que os Estados membros têm não só as obrigações negativas de não causarem danos às pessoas, mas também obrigações positivas de as proteger contra a perda da vida ou ferimentos graves, inclusive de proporcionar acesso a serviços médicos. O Tribunal avalia nesses casos se as autoridades fizeram

como com o risco de ferimentos auto infligidos ou de suicídio, tanto durante a detenção prévia ao afastamento como durante o afastamento propriamente dito.

Para tanto, a Diretiva Regresso⁹¹ exige que o estado de saúde e as vulnerabilidades específicas (como idade, problemas de saúde mental)⁹² de cada pessoa sejam consideradas e avaliadas no processo de afastamento, nos termos do artigo 5º da Diretiva. Assim, um médico deve atestar a aptidão de saúde para viajar do imigrante. Caso, o estado de saúde física⁹³ ou mental não seja considerado apto, haverá justificativa para um eventual adiamento do afastamento (artigo 9º da mesma Diretiva).

Com essas breves linhas dos entendimentos de aplicação da CEDH pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos demonstra-se a clara interseção entre o direito à saúde e o direito à vida, na medida em que se protegerá o direito à saúde e será obrigação do Estado provê-lo ao estrangeiro, ainda que em situação irregular ou prévia à sua regularização, sempre que a vulnerabilidade da saúde puder implicar em perda ou risco de perda da vida, ou em condições degradantes de dignidade humana.

5 BREVES LINHAS SOBRE O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL E COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Sem pretensão de esgotar o tema, antes como um meio de provocar o estudo da questão, urge comentar a distinção entre direitos fundamentais e direitos sociais, no contexto de estudo dos direitos humanos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Tal diferença é marcante quando se observam os julgados em direito à saúde a não nacionais tanto no Brasil quando no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Pode-se conceituar direitos fundamentais do homem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, “concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade

tudo o que se poderia razoavelmente esperar para evitar um risco real e imediato para a vida de que tinham ou deveriam ter conhecimento. Precedentes: TEDH, *McCann e outros c. Reino Unido*, nº 18984/91, 27 de setembro de 1995, parágrafo 161; TEDH, *Velikova c. Bulgária*, nº 41488/98, 18 de maio de 2000, parágrafo 80. Ver também TEDH, *Branko Tomašić e outros c. Croácia*, nº 46598/06, 15 de janeiro de 2009 e TEDH, *Finogenov e outros c. Rússia*, nº 18299/03 e 27311/03, 20 de dezembro de 2011.

91 Diretiva Regresso (2008/115/CE).

92 TEDH, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia [GS]*, nº 30696/09, 21 de janeiro de 2011; TEDH, *Darraj c. França*, nº 34588/07, 4 de novembro de 2010.

93 A legislação e as políticas nacionais também podem incidir sobre questões de saúde específicas, como é o caso das mulheres em estado avançado de gravidez.

humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional⁹⁴.

Para José Afonso da Silva⁹⁶ a expressão “direitos fundamentais do homem” é mais adequada, pois resume a concepção do mundo de forma associada à ideologia política que cada ordenamento jurídico possui, tornando possível a reserva de prerrogativas e de instituições garantidoras para uma convivência digna, livre e igual. Essa colocação no ordenamento jurídico de cada Estado possibilita a elevação desses direitos como diretriz de todo sistema positivo, e faz com que os direitos fundamentais interfiram na defesa do homem em todos os campos do Direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, embora insira o direito à saúde como um direito social, tem na sua aplicação uma aproximação direta aos direitos fundamentais, sem que isso seja objeto de grandes questionamentos, de modo a conferir ao Estado a responsabilidade de promover o acesso aos serviços de saúde de forma gratuita, ainda que a sua efetivação se dê, em boa parte, por ordem judicial.

Daí que é possível afirmar que o direito à saúde foi reconhecido como um direito social fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil, que o inclui como um dos princípios basilares a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹⁷ (CEDH), não trata dos direitos sociais, voltando suas forças normativas aos direitos fundamentais, a exemplo do que já entendeu a Corte Suprema Americana⁹⁸.

Destarte, o direito à saúde ganha espaço enquanto direito conexo à proteção da dignidade humana (artigo 1º) e ao direito à integridade física (artigo 3º), comprovando que esse acoplamento de sistemas não significa fusão⁹⁹, mas antes a ligação entre duas estruturas jurídicas que mantêm seus próprios contornos.

Sendo assim, a ausência de direitos sociais na CEDH não significa afirmar que eles não serão objeto de proteção pela TEDH, antes significa

94 CASTRO, J.L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gómes. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1979. p. 43.

95 Para aprofundamento sobre tema sugere-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004; e do mesmo autor: *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

96 SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr-jul, 1998.

97 Também traduzida como *Convenção Europeia de Direitos do Homem*.

98 Vide os casos *Harris v. McRae* (1980) e *Maher v. Roe* (1977).

99 SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004. p. 73 e 89.

demonstrar que o ordenamento jurídico está em constante conexão sistêmica. A abertura integracionista do Tribunal deu-se justamente no entendimento de aplicar não de forma isolada a CEDH, e sim aliada à Carta Social Europeia de 1961, fonte de fato responsável pela abrangência dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A par do que está previsto nas normas e da importante integração sistêmica entre elas, são latentes as limitações estatais e as distinções entre nacionais e estrangeiros, desafio este lançado à comunidade jurídica e aos operadores do direito, diante da insegurança gerada quanto à medida de fruição do direito à saúde pelo estrangeiro. E pior, também pelos nacionais, pois no caso do Brasil o direito à saúde já é atendido de forma insuficiente.

Daí que, possa isso ser considerado ou não um regresso ao acesso ao direito à saúde, observa-se um aumento e uma evolução jurisprudencial no sentido de que o Poder Judiciário pode intervir nas ações dos Estados, ponto comum no Brasil e na União Europeia, sempre que qualquer direito esteja prestado de forma ineficientes ou inexistentes.

6 CONCLUSÃO

O estudo nos documentos jurídicos internacionais não apresenta facilidades aos operadores jurídicos, os quais contam com fontes múltiplas cercadas de alterações no curso dos anos e ressalvas eleitas por cada um dos países signatários.

Mesmo o direito mais primordial de viver e de ter saúde não confere a ampla certeza de extraí-lo por completo dos textos legais, o que exige dos cidadãos a defesa perante os tribunais responsáveis pela aplicação desse direito.

A questão que se coloca para saúde, enquanto parte de um desejado processo de consolidação de uma cidadania democrática, é e continuará sendo política, notadamente quando envolve a sua efetivação e a gestão de recursos públicos para grupos alheios ao contexto social de um Estado.

O Brasil e a União Europeia – esta muito mais do que o primeiro, passam por uma recepção abrupta de imigrantes e pelo desafio de adotar, urgentemente, medidas objetivas e criteriosas de gestão nos serviços públicos.

Como afirma Germano Schwartz¹⁰⁰, o sistema político e o sistema jurídico não se confundem, pois são funcionalmente diferenciados. Contudo, cada sistema conta com o feedback do outro, competindo, ao final, somente ao sistema jurídico a função da decisão, da escolha.

Percebeu-se que na aplicação do direito à saúde aos estrangeiros não residentes, o atendimento ganha limites e fica mais próximo do conceito

100 *Ibidem*, p. 75.

de direito à vida, afastando-se do conceito amplo de direito à saúde como um direito a uma vida saudável ou a ter saúde em sentido amplo.

O direito à saúde associa-se ao direito à vida aqui frente a um risco objetivo e claro de morte (seja por uma causa natural, por doença, seja por um tratamento desumano ou por uma violência), enquanto uma linha ténue do limite à ausência completa do direito à saúde.

No Brasil, onde o direito à saúde é aplicado pelo Poder Judiciário, atualmente, com ampla e quase irrestrita interpretação, compelindo o Estado a prestações independentemente dos padrões legislativos existentes no ordenamento nacional, fica ainda mais clara a diferença de tratamento quando o sujeito da prestação for estrangeiro não residente.

Pondera-se esse contexto de distinção apenas sob o ponto de vista jurisprudencial e legislativo, uma vez que acaba por estar a par do cotidiano enfrentado nas unidades básicas de saúde das cidades brasileira alvo de ingresso de imigrantes, obrigadas ao atendimento mesmo daqueles que buscam serviços de saúde sem qualquer tipo de identificação ou documento de ingresso.

Outra realidade está sob o comando do TEDH, em que o volume de produção jurisprudencial exigiria a análise por volumes escritos e cuja resolução das situações políticas nas fronteiras europeias está em franca expansão, ainda que longe do fim.

A toda evidência, não se exclui o desafio que o TEDH enfrenta no cumprimento dos seus julgados, frente aos poucos instrumentos coativos de que dispõe a CEDH, mas que mesmo assim conferem uma proteção jurídica não apenas aos requerentes estrangeiros, mas também aos Estados, munidos, em princípio, de um interesse comum de resolução dos conflitos.

Por essas considerações, constata-se que o estudo sobre o direito à saúde está longe de esgotar-se e que muito ainda será necessário equalizar para enfrentar a nova realidade de circulação de pessoas e o consequente acesso aos direitos dela decorrentes.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Europeia*. Livre circulação de pessoas e direito ao asilo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*: União Europeia e Mercosul. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, J.L. Cascajo; LUÑO, Antonio-Enrique Pérez; CID, B. Castro; TORRES, C. Gómes. Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro; KARSCH, Ursula S. *A saúde como direito e como serviço*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

CUNHA, Alessandra Marchioni Pereira da. *As limitações da democracia na formação da União Europeia*. Barueri, SP: Manole, 2004.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11.ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr-jul, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Sistema de Refúgio brasileiro. Desafios e perspectivas. Comitê Nacional para Refugiados - CONARE. Ministério da Justiça. Publicado em março de 2016.

World Migration Report 2015. Migrants and Cities: New Partnerships to Manage Mobility. International Organization for Migration (IOM). Genebra, Suíça. 2015.