

REF.: PROCESSO/SIPAR N.º 25000.058526/2008-75
PARECER/CONJUR/CODELEGIS/GABIN/MS/AA N.º.

ANÁLISE DE CONSULTA SOBRE O DIREITO À ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA DE ESTRANGEIRO NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira
Advogada da União
Coordenadora de Legislação e Normas

SUMÁRIO: 1 relatório; 2 parecer; 2.1 da disciplina constitucional relativa ao direito à saúde; 2.2 da condição de estrangeiro e a titularidade do direito à saúde de natureza prestacional individualizada; 2.3 da teoria da reserva do possível e o limite do conteúdo do direito à saúde; 3 conclusão.

1 RELATÓRIO

SENHOR CONSULTOR JURÍDICO,

Em obediência ao contido no artigo 11, incisos I e V, da Lei Complementar nº. 73, de 1993, chega a esta Consultoria Jurídica, para manifestação, o processo em epígrafe, referente à análise de consulta sobre o direito à assistência terapêutica de estrangeiro no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Inicialmente, cabe destacar o que dispõe a Lei Complementar nº. 73, de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, naquilo que trata da competência das Consultorias Jurídicas dos Ministérios:

Art. 11 - *Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:*

I - *assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;*

[...]

V - *assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;*

O presente processo inicia-se com o Memorando nº. 292 DPROJ/AISA/GM, subscrito pelo Assessor Especial para Assuntos Internacionais.

Às fls. 02/03, está acostado o Ofício nº. 016/08/10ª PJ, oriundo do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

O processo nº. 2500.058573/2008-19 encontra-se apensado visto dispor sobre o mesmo objeto.

É o Relatório. Segue o Parecer.

2 PARECER

Cuida-se, como visto e relatado, da análise de consulta sobre o direito à assistência terapêutica de estrangeiro no âmbito do Sistema Único de Saúde.

2.1 DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL RELATIVA AO DIREITO À SAÚDE

O direito fundamental à saúde, positivado nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, acarreta para o indivíduo o direito subjetivo de demandar do Estado objetivando sua concretização e, por outro lado, para o Estado o dever de se abster ou de atuar no mesmo sentido. O direito à saúde insere-se no rol dos direitos sociais, com sua positivação efetivada em normas nacionais e internacionais em meados do século XX, cuja característica principal é a de assentar deveres de natureza obrigacional para o Estado. Entretanto, a saúde é, enquanto valor fundamental, protegida e respeitada não apenas por meio de medidas concretas estatais, muitas vezes é imperiosa a abstenção do Estado para sua concretização. Sendo assim, o direito à saúde é categorizado como social apresentando dupla dimensão: defensiva e prestacional¹. A partir da perspectiva de direito de defesa, o direito à saúde implica uma obrigação de não fazer, ou seja, de se abster de determinadas práticas que possam afetar à saúde; e do viés prestacional, acarreta uma obrigação de fazer, de adotar medidas que promovam, protejam e recuperem a saúde do indivíduo. A dimensão prestacional materializa-se, desta forma, mediante aparato estatal denominado serviços públicos de saúde; e a dimensão defensiva, não obstante também requerer a existência de políticas públicas, sua efetivação predominantemente pressupõe não se conduzir de forma a violar a saúde da pessoa humana, por exemplo, adotando meios investigatórios desumanos ou a pena de morte.

Sendo assim, nota-se que o exercício do direito à saúde, na dimensão prestacional, gera para o Estado o dever de instalar uma rede de proteção social materializada em serviços de diversas naturezas. Com efeito, de acordo com a Constituição Federal, é dever de o Estado adotar políticas sociais e econômicas que visem o acesso a ações e serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação. Dentre tais políticas, de acordo com o artigo 200 da Constituição Federal, encontram-se: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução

1 SARLET, Ingo Wolfang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2001, p.5.

das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A partir do elenco constitucional de ações estatais, constata-se que a consecução do direito à saúde não enseja apenas o fornecimento de medicamentos ou a disponibilização de assistência médica, há uma série de medidas de vigilância epidemiológica e sanitária, por exemplo, que devem ser implementadas para a sua concretização. Sendo assim, considerando o amplo rol de ações e serviços que cabem ao Estado para materialização do direito à saúde, há que se fazer uma separação para que se aclare a amplitude do direito subjetivo individual no campo da saúde.

A dimensão defensiva do Estado no campo da saúde, de uma forma geral, lhe impõe um dever de abstenção, o que significa respeitar – não causar dano – a saúde da pessoa humana. Na dimensão positiva, pode-se subdividi-la em: o dever que o Estado tem de impedir que o direito à saúde seja violado por terceiros, pelo próprio e pela pessoa tutelada; e o dever estatal de prover meios para que a saúde seja recuperada ou promovida, nesse caso, estar-se-á falando, principalmente, de assistência terapêutica e farmacêutica. Tratando-se da dimensão positiva, entende-se, consoante o exposto, que se bifurca em dois âmbitos: proteção – *tomar a defesa de* – e promoção/recuperação – *diligenciar para que se realize e reabilitar*. As ações de controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos podem ser classificadas como ações de proteção do direito à saúde; bem como as de fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; e de participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos. Por outro lado, a assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica, insere-se, notadamente, na recuperação da saúde, cujo conteúdo curativo é evidente.

A análise do espectro ativo do direito à saúde pressupõe o exame de seus três desdobramentos: direito à saúde negativo; direito à saúde positivo, subdividido em proteção e promoção/recuperação. A denominada prestação sanitária advém do direito à saúde de cunho

positivo, correlacionada aos deveres estatais de promoção e recuperação relativos à saúde. Em decorrência de tal direito, assegura-se ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado que atenda às demandas em saúde. Por outro lado, vê-se que o direito à saúde de defesa, caracterizado como o dever de abstenção estatal, respeito à saúde individual, aplica-se a todos indistintamente. Isso significa que independentemente do *status* jurídico do seu titular descabe ao Estado agir de forma que lesione a integridade física do indivíduo ou cause-lhe danos à sua saúde. Com relação ao direito à saúde sob o viés prestacional há que se fazer uma distinção concernente à sua natureza de proteção ou de promoção/recuperação. Quanto ao direito à proteção sanitária, incluída aí as ações de vigilância sanitária, epidemiológica e nutricional, pode-se asseverar que é compartilhado por um grupo indeterminável de indivíduos, havendo, nesse caso, um interesse difuso. Em tal hipótese o interesse difuso é tão abrangente que se confunde com o interesse público – saúde pública.² Registre-se que o objeto dos interesses difuso é indivisível, exemplificando, a pretensão ao controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde, compartilhada por um número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade.³ Com efeito, toda a população brasileira, incluso aqueles não brasileiros, mas que estão no território pátrio, é titular do interesse difuso referido, mesmo que de forma transitória. Sendo assim, caso haja uma propaganda enganosa de medicamento são lesados todos que tiveram acesso a ela, independentemente de seu *status* perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Endossando tal entendimento, Rocha exemplifica que os interesses ou direitos difusos na área da saúde estão presentes quando “em virtude da poliomielite (paralisia), o Poder Público realiza campanha de vacinação em defesa do direito à saúde infantil.”⁴

No que concerne ao direito à saúde de cunho prestacional concretizado no binômio prevenção/recuperação tem-se a conformação do direito subjetivo à saúde particularizado, ensejando para o Estado um dever singular de prestação sanitária. No rol das ações de prevenção/recuperação inserem-se a assistência terapêutica integral, inclusa a farmacêutica.

Assim posto, vê-se que o direito à saúde na vertente negativa não se insere no rol dos direitos sociais, caracterizando-se como os

2 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.48.

3 *Ibid.*, p.49

4 ROCHA, Júlio Cesar de Sá da Rocha. *Direito da Saúde*.

direitos de defesa ou negativos, logo, a eles são aplicados a conformação jurídica própria dos direitos dessa natureza. Isso significa que o Estado, independentemente da existência de aportes financeiros, deve abster-se de determinadas práticas que possam causar dano à saúde do indivíduo. No que toca ao direito à saúde de cunho prestacional indivisível, não há um titular determinável, o que, portanto, não acarreta para o Estado uma prestação individualizada. Por fim, o direito à saúde de natureza prestacional singular materializado, *in casu*, no direito à assistência médica e farmacêutica pode ser facilmente individuado, gerando para seu titular direitos subjetivos. Assim, considerando que o titular do direito à assistência médica ou farmacêutica é um indivíduo particularizado há que se identificar seu *status* no ordenamento jurídico, pois dependendo desse terá jus ou não a uma prestação estatal.

Os direitos de natureza prestacional ou social, diferentemente dos negativos, estão vinculados à existência de estrutura estatal, o que compreende a organização de serviços e a existência de recursos financeiros, para sua concretização. Nessa esteira, consoante o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, do qual o Brasil é signatário, cada estado-parte no referido Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos sobreditos, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. Vê-se, desta forma, que a consecução dos direitos sociais é entendida como progressiva e relativa, ou seja, há um processo de implementação de uma rede de proteção social que materialize tais direitos, assim como a amplitude de seu atendimento varia conforme a capacidade de gasto social de cada Estado. Corroborando tal assertiva, Tavares ressalta que os direitos sociais caracterizam-se pela “implementação progressiva, respeitando os limites orçamentários.”⁵

Destarte, a titularidade do direito subjetivo à prestação sanitária encontra-se balizada pela existência de recursos financeiros e do vínculo jurídico com o Estado do eventual pleiteante. Assim, há que se tomarem em conta as a situação fática e as peculiaridades concretas de cada caso para se analisar o cabimento do direito à assistência médica ou farmacêutica, por exemplo. Dentre as variáveis, cabe assinalar quatro de maior repercussão:

5 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.714.

- a) disponibilidade de recursos financeiros, humanos e materiais;
- b) vínculo jurídico que liga o indivíduo ao Estado brasileiro;
- c) pertinência e cabimento técnico-científico do objeto da prestação;
- d) o estado de saúde do indivíduo, especificamente caso se trate de risco de morte.

No caso em exame, acesso a prestações sanitárias, assistência médica, no âmbito do Sistema Único de Saúde, importa tratar de três variáveis: casos de urgência, vínculo jurídico com o Estado brasileiro e disponibilidade de recursos.

2.2 DA CONDIÇÃO DE ESTRANGEIRO E A TITULARIDADE DO DIREITO À SAÚDE DE NATUREZA PRESTACIONAL INDIVIDUALIZADA

Como visto, quando se trata do direito à saúde sob o viés da prestação estatal concretizada nas ações de assistência médica há que se particularizar o pleiteante de tal direito e verificar sua situação jurídica em concreto. Inicialmente, cabe explicitar que em casos de risco iminente para a vida do indivíduo, o que implica uma intervenção médica necessária para lhe salvar a vida não há que se fazer qualquer diferenciação entre o brasileiro e o estrangeiro, independentemente do seu vínculo jurídico público. No que toca a hipóteses não abrangidas pelo risco de morte, há que se aludir aos destinatários da proteção do artigo 5º da Constituição Federal, como será feito a seguir.

O grau de elasticidade dos direitos humanos fundamentais dos estrangeiros sofre uma variação em virtude da disciplina constitucional doméstica, assim, segundo Canotilho, “o alargamento ou restrição de direitos fundamentais de estrangeiros pressupõe uma certa medida de discricionariedade do legislador constituinte, ou mediante autorização da constituição, do legislador ordinário.”⁶ Ainda, conforme Canotilho, em princípio, os estrangeiros não pode ser privados dos direitos civis, particularmente dos direitos de personalidade e de liberdade, porquanto os direitos sociais ficam ao alvedrio do entendimento do legislador

6 CANOTILHO, J.J. apud MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.172.

constituente, até mesmo porque tais direitos são também limitados para os próprios cidadãos nacionais, notadamente o acesso a cuidados médicos que, em muitos países, detêm caráter contributivo.

Nessa esteira, o direito à saúde de cunho obrigacional individualizado é conferido aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, destinatários expressos dos direitos fundamentais contidos no artigo 5º da Constituição Federal. A não ampliação de tais direitos a estrangeiros não residentes é perfeitamente compatível com a o regramento constitucional, bem como com a margem de escolha que o legislador constituinte tem ao internalizar os direitos sociais. Sendo assim, o estrangeiro residente, aquele que satisfaz os requisitos referidos no artigo 5º da Lei nº. 6.815, de 1980, assim como as exigências de caráter especial previstas nas normas de seleção de imigrantes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração no Brasil, goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis, na forma do artigo 95 do Estatuto do Estrangeiro. Ao passo que, consoante o Estatuto citado, aquele não residente encontra uma série de vedações para o exercício de determinados direitos sociais, como por exemplo, o direito ao trabalho. De acordo com o artigo 98 da Lei citada, ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o artigo 13, inciso VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

Como visto, embora o direito ao trabalho seja considerando um direito humano fundamental o estrangeiro, dependendo do vínculo jurídico com o Estado brasileiro, não o exerce de forma plena. Da mesma forma o exercício do direito à saúde que se condiciona a determinados fatores, notadamente à existência de recursos sanitários, como será apontado. Porém antes de adentrar em tal temática importa esclarecer que o princípio da universalidade vinculado ao direito à saúde e previsto no artigo 196 da Constituição Federal, dividi-se em subjetivo e objetivo, universalidade subjetiva compreende o alcance relativo aos sujeitos da prestação sanitária, significando que, diferentemente da assistência médica que era prestada pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social constante da Lei nº. 6.439, de 1977, abarca os indivíduos que contribuem para a Previdência Social e aqueles que não o fazem. Em prosseguimento, constata-se que universalidade não implica assistência médica para todos indiscriminadamente, mas sim que o atual sistema de saúde não é contributivo.

2.3 DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O LIMITE DO CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE

Os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, demandam os denominados gastos sociais, que consistem nos recursos públicos alocados aos programas sociais nos níveis governamentais federal, estadual e municipal.⁷ Na área da saúde pública, é notório que o volume dos gastos sociais não acompanha a demanda da população brasileira. Conforme apontado na Folha de S. Paulo, a saúde pública brasileira está subfinanciada, principalmente se for considerada a crescente tecnologia aplicada a cura de doenças, como, por exemplo, novos fármacos e insumos técnicos, porquanto não há recursos suficientes para acompanhá-la; bem como o envelhecimento da população, que acarreta dispêndios ainda não totalmente computados.⁸

No campo da concreção dos gastos sociais em saúde deve-se tomar em conta a Teoria da Reserva do Possível, oriunda do Direito Alemão, pois assenta que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.”⁹ Os direitos humanos fundamentais que estabelecem uma relação de *parte creditoris* do seu titular e de *parte debitoris* do Estado estão sujeitos à existência de recursos materiais que possam efetivá-los, dentre eles os de natureza financeira. Por conseguinte, aquilo que se pode esperar do Estado, enquanto provedor de bens e serviços públicos, encontra-se constricto por uma limitação concreta, “no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar.”¹⁰

Os direitos sociais, assim, distintamente dos direitos civis e políticos, são realizáveis em termos de amplitude do seu conteúdo e dos sujeitos abarcados apenas se houver recursos financeiros para tanto. É óbvio que o argumento relativo à escassez de recursos financeiros não pode ser uma escusa para inviabilizar sua prestação estatal, no entanto,

7 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Disponível em: <<http://www.cinterfor.org.uy>>. Acesso em: 02 maio 2008.

8 Saúde está subfinanciada, admite Temporão. *Folha de S. Paulo*, 28 abril, 2008. cotidiano, C7.

9 KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.52.

10 KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 52.

apresenta-se com um limite para sua materialização. Nesse sentido, Scaff assinala

como os direitos fundamentais sociais são, por definição, direitos a prestações, não é razoável que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para sua implementação. Mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo [...] ¹¹

A Teoria da Reserva do Possível é invocada quando há a aplicação dos recursos arrecadados e sua disponibilização como gasto social, porém não existe factualmente forma de compreender todas as possíveis demandas da sociedade.

No caso em exame, vê-se que o Estado brasileiro arca com a assistência médica e farmacêutica da população, sobretudo considerando as ações e serviços de saúde relativos à alta complexidade: o Brasil tem o maior programa de transplante de órgãos público do mundo; possui uma política de HIV/AIDS exemplar; e atende, mesmo que não a contento, pacientes com câncer, fornecendo tratamentos gratuitos. A alta complexidade, por exigir serviços qualificados que envolvem alta tecnologia reclama investimentos vultosos. Em conseqüência, tendo em conta que os recursos são finitos e precisam ser alocados em políticas públicas estatais de outra natureza não há como o Estado brasileiro atender a todas as exigências individuais daqueles que pleiteiam assistência médica ou farmacêutica. Nessa linha, destaca-se o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de se inviabilizar o sistema público de saúde ao se ampliar a responsabilidade do Estado na promoção e reabilitação da saúde dos indivíduos:

[...] Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação das políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde [...]

11 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista de Direito Público*, p.213-226, 2007.

(STA 91-1. STF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. D.J. 26 fev. 2007)

O entendimento supra é relativo a uma demanda pleiteada por nacional, ou seja, a Ministra Ellen Gracie ressaltou que o direito à saúde, na qualidade de direito de crédito do indivíduo, não pode ser atendido em grau que torne inexequível o próprio sistema de saúde público. Se tal posicionamento se aplica a nacionais, *a fortiori*, a estrangeiros cujo vínculo jurídico com o país não é de permanência.

Extrapolando a mera dicção teórica, vislumbra-se que ao se adotar o posicionamento de que todos os estrangeiros, independentemente do seu vínculo jurídico com o Estado brasileiro jaz jus à assistência médica e farmacêutica, acarretar-se-á graves problemas para a manutenção do sistema público de saúde brasileiro, notadamente se considerar a alta complexidade. Sabe-se que há um número de mortalidade elevado em filas de transplantes de órgãos, principalmente de fígado; há uma carência de aparelhos de radioterapia e quimioterapia, o que gera uma espera muitas vezes infundável. Tal quadro é fruto do financiamento não adequado da saúde pública, mas também do problema da escassez de recursos sanitários em face do crescimento tecnológico que, atualmente, é de ordem mundial. Agregue-se a esse panorama a demanda de estrangeiros, de qualquer origem e *status*, requerendo atendimento médico, acesso a terapias e fármacos. É patente que tal abertura irá tornar os recursos disponíveis mais escassos para a população brasileira, o que não foi o desiderato do legislador constituinte originário.

Interpretar significa não “simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.”¹² Considerando que o escopo da interpretação é uma deliberação razoável e justa, a interpretação extensiva no caso do direito à saúde em sua vertente prestacional individualizada acarretaria para o sistema público de saúde brasileiro e, por conseguinte, para a população nacional, um estreitamento na gama de bens e serviços fornecidos pelo Estado, maculando a fruição do seu próprio direito à saúde.

Contudo, destacam-se duas situações que envolvem atendimento médico a estrangeiro que merecem tratamento diferenciado. A primeira diz respeito à existência de Acordos Bilaterais que prevêm assistência médica. Nesse caso, o Estado brasileiro se compromete a prestar assistência médica particularizada ao nacional do país acordante, exemplificando, o Brasil celebrou acordo nesse sentido com a Espanha, Itália e Portugal.

12 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Outra situação peculiar que se apresenta, refere-se a estrangeiros que residem em localidades que fazem fronteira com o Brasil. No âmbito do Ministério da Saúde, existe o SIS FRONTEIRAS – Sistema Integrado de Saúde das Fronteiras, cujo objetivo é promover a integração de ações e serviços de saúde na região fronteiriça e contribuir para a organização e o fortalecimento dos sistemas locais de saúde nos Municípios fronteiriços. Sabe-se que em tais Municípios há uma grande circulação de pessoas, de lado a lado, inclusive com atendimento médico/assistência farmacêutica de estrangeiros que não residem no país. No entanto, não obstante tal situação ser um fato atual e se possa se justificá-la humanitariamente, não há como acatá-la tendo em vista a ordem constitucional brasileira, até porque os Municípios não são sujeitos de direito internacional aptos a estabelecer relações jurídicas com outros países o que deve ser, portanto, resolvido em tratativas entre Estados. Assim, para tornar tal situação fática em juridicamente consentânea com os preceitos da Constituição Federal deve-se celebrar acordos bilaterais/multilaterais com cláusulas precisas que assentem a assistência médica/farmacêutica ou tratamentos recíprocos, com o fito de que a população brasileira não fique descoberta.

3 CONCLUSÃO

Face ao exposto, infere-se que:

01. O direito à saúde subdivide-se em três vertentes, direito à saúde de defesa ou negativo que implica uma abstenção do Estado relativa a não causar danos à saúde do indivíduo, por exemplo, o Estado não deve violar a integridade física ou psíquica, o que se aplica a qualquer pessoa humana. No que toca ao direito à saúde prestacional de cunho indeterminável, como as ações de vigilância epidemiológica e sanitária, não há como individualizá-las, por consequência, ajusta-se a uma coletividade indiscriminada. E o direito à saúde prestacional particularizado, ensejando para o indivíduo direito subjetivo, de natureza singular, apenas conferido a brasileiros e estrangeiros residentes.

0.2 O âmbito de abrangência do direito à saúde de cunho prestacional individual pode ser restringido pelos Estados, em razão de:

- a) normativas internacionais que asseguram os direitos sociais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, reconhecem seu caráter prestacional que demandam a constituição de serviços públicos e gastos

sociais, portanto, a necessidade de que haja recursos disponíveis para sua consecução;

- b) a presença de uma esfera de escolha do legislador constituinte e infraconstitucional relativa à materialização dos direitos sociais, o que se vê em nível constitucional com a sua limitação em relação aos estrangeiros residentes; assim como o exemplo do direito ao trabalho, restringido pelo Estatuto do Estrangeiro;
- c) a Teoria da Reserva do Possível e o reconhecimento de que os recursos sanitários são escassos e finitos, o que acarreta para o Estado a necessidade de priorizar determinadas ações e parcelas da população; assim como demarca para o indivíduo a amplitude do conteúdo do seu direito à saúde.

03. A regra constitucional da vedação da assistência terapêutica e farmacêutica a estrangeiros não residentes no âmbito do Sistema Único de Saúde excepciona-se em dois casos: a) existência de Acordo Bilateral ou Multilateral que preveja tal tipo de assistência; b) situações de emergência, que caracterize risco de morte para o estrangeiro não residente e não acobertado por Acordo.

S.M.J. À consideração superior.
Brasília, 06 de maio de 2008.

Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira
Advogada da União
Coordenadora de Legislação e Normas