

OPINIÃO LEGAL

Ementa: Solidariedade: exigência da garantia do direito à saúde; Distribuição de tarefas entre as esferas federativas responsáveis pela prestação material das ações e serviços de saúde: conveniência administrativa; Garantia constitucional fundamental do cidadão que não pode ser limitada por conveniência administrativa, ainda que juridicamente determinada.

O Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (NAP-DISA/USP) e o Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário (Cepedisa), com base em sua experiência de mais de 20 anos com o ensino e a pesquisa do Direito Sanitário, apresentam esta Opinião Legal porque, reconhecendo a relevância do tema que será deliberado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Embargos de Declaração interpostos pela Advocacia Geral da União no âmbito do Recurso Extraordinário n. 855.178/SE, desejam que o deslinde dessa causa assegure o respeito ao direito à saúde no Brasil.

1. Inicialmente é preciso compreender que a palavra saúde (Ver Dallari, S. G., O direito à saúde, *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p.57-63, 1988) envolve tanto a percepção de sua dependência das condições de vida e organização social como a noção de ausência de doenças. A saúde depende, então, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas, também, do ambiente social e econômico, tanto daquele mais próximo das pessoas, quanto daquele que condiciona a vida dos Estados. Ninguém pode, portanto, ser individualmente o responsável exclusivo por sua saúde. Com efeito, o aparecimento de doenças pode estar ligado mais diretamente a características e fatores individuais, embora não deixe de apresentar traços que o liguem à organização social ou política. A maior força dos fatores e características ambientais, econômicos e sociopolíticos fica evidente nas doenças transmissíveis, onde existe uma ameaça à saúde de toda a população e as pessoas individualmente pouco podem fazer para se protegerem, pois, ainda que suas condições físicas e psicológicas possam facilitar ou dificultar seu adoecimento, é fácil perceber a predominância da organização social, nacional e global, produzindo doenças. Na

realidade existe um *continuum* na noção de saúde, que tem em um de seus pólos as características mais próximas do indivíduo e, no outro, aquelas mais diretamente dependentes da organização sociopolítica e econômica dos Estados.

Tamanha amplitude conceitual da saúde deixa óbvia a necessidade de considerar tanto as disposições legais quanto as diferentes condições territoriais, econômicas e sociais para a definição do que está implicado na afirmação do direito à saúde de pessoas concretas, situadas, que vivam ou trabalhem em determinada comunidade. Essa percepção está na base da reivindicação de um sistema universal de saúde para o Brasil, que respeitasse as desigualdades regionais e promovesse equidade em saúde. Para tanto, se considerou indispensável que a competência material para cuidar da saúde fosse comum a todas as esferas federativas, devendo ser todas solidariamente responsáveis por tal atividade. Com efeito, a Constituição da República afirma que cuidar da saúde é competência comum a todas as esferas federativas (art. 23, II, CF/88), estabelecendo a responsabilidade solidária.

Como bem assinala o eminente mestre do direito constitucional José Afonso da Silva, comentando o artigo 23 da Constituição, “competência comum” significa que a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra, até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população (*Comentário contextual à Constituição*, 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 277). Em suma, ao incluir a obrigação de cuidar da saúde entre as matérias de competência comum à Constituição, deixou explícito que os três níveis da federação têm responsabilidade jurídica pela efetivação desses direitos, havendo aí o que José Afonso da Silva denomina “solidariedade de princípios” (*Teoria do conhecimento constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2014, p.662).

Uma primeira conclusão se impõe: no Brasil, claramente a partir de 1988, qualquer pessoa tem direito à saúde. Ela pode demandar as ações e os serviços necessários a essa garantia de qualquer uma das esferas federativas, que são igualmente obrigadas a “cuidarem” da saúde.

2. Por outro lado, a necessidade de organizar o sistema nacional de saúde para reduzir o risco de doenças e assegurar o acesso de todos aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, obrigando o Poder Público a regulamentar, fiscalizar, controlar e também executar tais ações e serviços (art. 196 c/c 197, CF/88) levou os operadores do sistema sanitário a buscar um modo adequado para repartir as competências constitucionais materiais no campo da saúde. Desse modo, no âmbito do federalismo cooperativo brasileiro, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios decidiram pactuar entre si sobre quais as ações e serviços específicos que cada um desenvolverá, evitando duplicidade de meios para os mesmos fins e, assim, multiplicando o potencial de ação estatal no campo da saúde. A fórmula encontrada foram as Comissões Intergestores (criadas na NOB 1/93), que repartem rendas e distribuem responsabilidades. Este importante mecanismo da política pública para promover a descentralização e a democratização, dando cumprimento à ordem constitucional sanitária, exige sua minuciosa apreciação para que se possam promover decisões justas em matéria de saúde. Isso porque suas decisões configuram parâmetros objetivos para o controle da política pública, facilmente aferíveis (cf. Dallari, S. G. *A democracia sanitária e o direito à saúde: uma estratégia para sua efetivação*¹).

A segunda conclusão necessária: os gestores de cada um dos entes federais devem repartir a obrigação material de cuidar da saúde considerando a realidade local, social e econômica. Esse acordo é absolutamente necessário para a promoção da equidade em saúde.

3. Concluindo, então. A proteção efetiva do direito à saúde exige que seja assegurado ao cidadão o direito de demandar uma prestação de saúde de qualquer um dos entes federativos. O dever do Estado estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal abrange não só o dever dos três poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) como também o dever de todos os entes federativos brasileiros (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). A organização constitucional dada pelo artigo 23, II, combinado com o artigo 196, garante, portanto, ao cidadão o direito de pleitear de qualquer ente

¹ Disponível em: [HTTP://www.cnj.jus.br/images/CNJdsaudeDALLARI.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/CNJdsaudeDALLARI.pdf)

federativo estatal a prestação de ações e serviços de saúde. Aspectos operacionais específicos que envolvam uma determinada demanda de saúde não terão jamais o poder de modificar essa realidade constitucional.

É a própria iniquidade social e regional do Brasil que exige a competência comum e a responsabilidade solidária no que se refere à proteção e efetivação do direito à saúde. As desigualdades econômicas e de desenvolvimento regionais impõem, a um conjunto expressivo de municípios e estados brasileiros, enormes limitações na sua capacidade de promoção, proteção e recuperação da saúde. Tais limitações, de natureza econômica, financeira, de infraestrutura ou contingenciais, podem resultar até mesmo na incapacidade concreta de um determinado município ou estado de fornecer a ação ou o serviço de saúde necessário ao cidadão. Assim, a competência comum e a responsabilidade solidária dos entes federativos são garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal para possibilitar ao cidadão o direito de demandar a prestação de saúde de que tem necessidade ao ente federativo que julga mais adequado para o seu caso.

Dessa forma, mesmo que na pactuação realizada entre os entes federativos uma determinada prestação de saúde tenha sido definida como de responsabilidade de apenas um deles (e isso pode até ser recomendável), esse pacto firmado entre os entes federativos, ainda que definido em normas jurídicas, não poderá jamais excluir ou limitar a responsabilidade solidária derivada da competência comum. Caso a demanda específica por um serviço público de saúde seja impetrada contra um ente federativo que não é, de acordo com a pactuação, *a priori*, o primeiro responsável por aquele serviço de saúde, caberá ao ente federativo demandado cumprir o seu dever constitucional em primeiro lugar, para, se for o caso, depois buscar o seu direito de regresso junto ao ente federativo que seria o responsável prioritário. Ou seja, as normas infraconstitucionais que orientam o equacionamento da competência comum entre os entes federativos possuem enorme importância em termos de organização do sistema de saúde e melhoria da eficácia do serviço público de saúde. No entanto, jamais podem ser utilizadas como fatores de limitação ao direito do cidadão de poder demandar saúde contra o ente federativo que julgar mais adequado para a satisfação do direito demandado.

Em suma, a competência comum para cuidar da saúde, que resulta na responsabilidade solidária entre os entes federativos, é princípio basilar da proteção jurídica do direito à saúde no Brasil, especialmente considerando-se as enormes desigualdades regionais brasileiras. Em termos práticos, o cidadão ou a coletividade que busca junto ao Poder Judiciário a defesa do direito à saúde possui a faculdade de escolha do ente federativo que irá figurar no pólo passivo da ação, escolha essa a ser feita de acordo com a conveniência e possibilidades do autor.

A competência comum, portanto, enseja a responsabilidade solidária e o dever de todos os entes federativos de cuidar da saúde dos cidadãos de forma universal e integral. Compreender a competência comum e a responsabilidade solidária de maneira diferente seria limitar o direito à saúde em evidente violação às determinações constitucionais. A competência comum para cuidar da saúde, determinada pelo artigo 23, II, da Constituição Federal, configura-se como uma cláusula pétrea e fundamental para a proteção do direito social à saúde no Brasil, tal como reconhecido pelos artigos 6º e 196 da Carta. Nenhuma norma infraconstitucional terá, jamais, o poder de limitar o direito do cidadão ou de coletividades específicas de exigir de qualquer dos entes federativos (inclusive dos três ao mesmo tempo) o cumprimento do dever estatal de garantia do direito à saúde.

São Paulo, 11 de setembro de 2015.

Sueli Gandolfi Dallari – Advogada, Professora Titular da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo; Coordenadora Científica do NAP-DISA/USP; Diretora Geral do Cepedisa.

Fernando Mussa Abujamra Aith – Advogado, Professor Doutor da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Vice-Coordenador Científico do NAP-DISA/USP. Pesquisador do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Amélia Cohn – Socióloga, Professora permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Saúde Coletiva da Unisantos. Pesquisadora do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Celso Fernandes Campilongo – Advogado, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Dalmo de Abreu Dallari – Advogado, Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Deisy de Freitas Lima Ventura – Advogada, Professora Associada do Instituto de Relações Internacionais e da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Pesquisadora do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Eliseu Alves Waldman – Médico, Professor Doutor da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Pesquisador do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Fabiola Zioni – Socióloga, Professora Associada da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Pesquisadora do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Helena Akemi Watanabe – Enfermeira, Professora Doutora da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Pesquisadora NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Laurindo Dias Minhoto – Advogado, Professor do Departamento de Sociologia da FFLCH-USP. Pesquisador do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Paulo Roberto do Nascimento – Cientista social, Analista Sociocultural – Secretaria de Estado da Saúde/SP. Pesquisador do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Rachelle Amália Agostini Balbinot – Advogada, Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Bioética do Centro Universitário São Camilo. Pesquisadora do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Sandra Regina Martini – Advogada, Professora Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli e professora visitante da Università Degli Studi Di Salerno. Pesquisadora do NAP-DISA/USP / Cepedisa.

Sebastião Botto de Barros Tojal – Advogado, Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do NAP-DISA/USP / Cepedisa.