

# A COMPETÊNCIA DELEGADA NA TUTELA DA SAÚDE

## THE DELEGATION-OF-JURISDICTION SYSTEM FOR HEALTH-RELATED LAWSUITS

**Diego Cassiano Lorenzoni Carbone**

Juiz de Direito

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre a possibilidade e utilidade da instituição, por lei, de competência delegada aos juízes estaduais para julgamento de ações movidas contra a União que envolvam a tutela da saúde. Sustenta, também, a possibilidade de o próprio juiz estadual interpretar ampliativamente a norma do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, no ponto que prevê a competência delegada para ações previdenciárias, e elastecer seu alcance para abarcar também ações de tutela da saúde. Por fim, afirma as vantagens da adoção do modelo proposto de competência delegada, em especial no que toca à eficácia do direito fundamental à saúde e à repercussão econômica das decisões proferidas nas demandas de tutela da saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela da saúde; competência delegada; direito fundamental à saúde; repercussão econômica das decisões judiciais.

**ABSTRACT:** *The present paper treats of the possibility and utility of delegating federal jurisdiction to state court judges*

*to judge lawsuits related to the right to health pleaded against the Union. It sustains also the possibility of a state court judge interpreting extensively the rule of article 109, § 3º, of Federal Constitution – at the point it establishes the state court jurisdiction over social welfare-related lawsuits – and enlarge the scope of this rule, to achieve also the health-related lawsuits. Finally, states the benefits of adopting the delegation-of-jurisdiction system as proposed, mainly regarding to the efficacy of the fundamental right to health, and regarding to the economic repercussion of judgments on health-related lawsuits.*

**KEYWORDS:** *Right to health; delegation of jurisdiction; fundamental right to health; economic repercussion of right-to-health court cases.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A obrigação solidária dos entes federativos; 2 Da possibilidade de ampliação da competência delegada para abarcar hipótese de tutela judicial do direito à saúde; 3 Da utilidade da competência delegada na tutela do direito à saúde; Conclusões; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The solidary responsibility of federated states; 2 About the possibility of enlarge the concept of delegation of jurisdiction system, to achieve also the health-related lawsuits; 3 About the utility of adopting the delegation of jurisdiction system for health-related lawsuits; Conclusions; References.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar a possibilidade e a utilidade do estabelecimento, por lei, de competência delegada aos juízes estaduais para julgamento das ações, contra a União, que envolvam a tutela da saúde – aqui compreendida “tutela da saúde” como toda e qualquer ação visando à eficácia do direito fundamental à saúde.

A relevância da análise ora proposta é justificada pelo fenômeno da judicialização da tutela da saúde, pelo qual o Poder Judiciário, diante das dificuldades dos entes públicos em atenderem crescente demanda por serviços de saúde, tem passado a intervir intensamente, por força de incontáveis ações judiciais, em questões administrativas que se desenvolvem, predominantemente, no âmbito de um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo<sup>1</sup>, qual seja, o Sistema Único de Saúde (SUS).

Há relevância, também e notadamente, porque, embora esse sistema de saúde deva ser financiando principalmente pela União (o ente federativo de maior orçamento), as ações judiciais que tramitam na Justiça Estadual frequentemente impõem o custeio das ações de saúde aos entes federativos de orçamento menos robusto: os Municípios e os Estados.

Essa distorção no sistema – que faz com que os entes federativos de menor orçamento acabem suportando sozinhos o ônus da maioria das ações de tutela da saúde – decorre de dois fenômenos principais: (i) do entendimento jurisprudencial, amplamente predominante, acerca da existência de solidariedade passiva entre os três entes federativos, relativamente à obrigação de tutela do direito fundamental à saúde; (ii) e do fato de que a Justiça Estadual é a principal porta de entrada para as demandas de tutela da saúde, fazendo, por conseguinte, com que os Municípios e Estados sejam os entes mais frequentemente condenados em ações desse jaez.

O presente estudo se desenvolverá a partir da recapitulação do atual entendimento jurisprudencial acerca da obrigação dos entes públicos nas ações

<sup>1</sup> Informação disponível em: [www.portalsaude.saude.gov.br](http://www.portalsaude.saude.gov.br). Acesso em: 7 set. 2011.

de tutela da saúde; passando, após, à breve análise sobre o panorama legislativo das chamadas “competências delegadas”; e, por fim, buscará demonstrar a possibilidade e a utilidade da fixação de competência delegada aos juízes estaduais para julgamento das demandas de saúde, visando a aumentar a eficácia do direito fundamental em jogo e diminuir a distorção que é impor quase que exclusivamente aos Municípios e Estados o custeio das pretensões deduzidas em tais demandas.

## 1 A OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS

O direito à saúde, sob uma perspectiva histórica, é classificado como direito fundamental de segunda dimensão<sup>2</sup>. Os direitos fundamentais de segunda dimensão, também denominados de direitos econômicos, sociais e culturais, têm como nota distintiva (em relação aos direitos de primeira dimensão – que representavam liberdades perante o Estado) sua natureza *positiva*, isto é, exigem do Estado uma prestação positiva destinada à implementação do bem-estar social.

Como lembra Sarlet<sup>3</sup>:

Não se cuida mais, portanto, de liberdade perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda

<sup>2</sup> Apenas a título de esclarecimento, registra-se a preferência da doutrina especializada à utilização do termo “dimensões” em lugar de “gerações” de direitos. A objeção que traz a doutrina em relação à terminologia tradicional (gerações) é que ela induz a um entendimento equivocado de que os direitos sucedem-se ao longo da história em uma cadeia de substituição excludente. Nesse sentido, a observação de Carlos Weiss: “Portanto, o que parece ser uma questão meramente vocabular acaba por demonstrar a perigosa impropriedade da locução, ao conflitar com as características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos, especialmente sua indivisibilidade e interdependência, que se contrapõe à visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de direito humanos. A concepção contemporânea dos direitos humanos conjuga a liberdade e a igualdade, do que decorre que esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Em decorrência, não há como entender que uma geração sucede a outra, pois há verdadeira interação e mesmo fusão dos direitos humanos já consagrados com os trazidos mais recentemente” (WEISS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 38).

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.

Na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi previsto no art. 196 e, a despeito de discussões sobre o caráter meramente programático dessa norma (que hoje arrefeceram consideravelmente), o entendimento majoritário<sup>4</sup> no Supremo Tribunal Federal, atualmente, é no sentido de que se trata o direito à saúde de “direito público subjetivo”.

Embora não seja o objetivo do presente trabalho analisar o grau de eficácia conferido ao art. 196 da CF pela jurisprudência pátria (até porque as ações de tutela da saúde demonstram inequivocamente que essa eficácia tem sido amplamente assegurada), merece transcrição o seguinte julgado, pois bem sintetiza o entendimento predominante na jurisprudência pátria acerca do tema:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder

---

<sup>4</sup> Igualmente, sobre a análise do direito à saúde como direito individual, indispensável a leitura da STA (Suspensão de Tutela Antecipada) nº 175-AgRg, em que o Relator Ministro Gilmar Mendes aprofunda-se no estudo do tema. É de se destacar, todavia, que o então Presidente do Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento, no julgamento da referida STA, de que “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há o direito público subjetivo a políticas que promovam, protejam e recuperem a saúde”.

Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271.286-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12.09.2000, 2ª Turma, DJ de 24.11.2000). No mesmo sentido: STA 175-AgRg, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, Julgamento em 17.03.2010, Plenário, DJe de 30.04.2010. *Vide*: AI 734.487-AgRg, Relª Min. Ellen Gracie, Julgamento em 03.08.2010, 2ª Turma, DJe de 20.08.2010<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Julgado extraído da publicação *A constituição e o supremo*, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 26 jul. 2011, às 16:06:35.

Pois, entendido o direito à saúde como direito subjetivo, consoante majoritário entendimento jurisprudencial, indiscutível a possibilidade de, em sendo violado esse direito, ser pleiteada sua implementação no caso concreto, por demanda judicial.

O problema, como referido anteriormente, é que as ações de saúde, no âmbito do Poder Público, devem ser prestadas pelo Sistema Único de Saúde<sup>6</sup>, o qual é estruturado em níveis de competência administrativa, de forma que, resumidamente, a cada ente federativo é atribuída uma parcela de atuação. Exemplificando – e para utilizar a situação mais corriqueira –, a responsabilidade, dentro do SUS, pelo fornecimento de medicamentos é dividida entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal segundo uma lista, na qual cada ente público responde por fármacos e tratamentos específicos, classificados segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

A propósito, veja-se o que prevê a Portaria n<sup>o</sup> 2.981/2009, do Ministério da Saúde, a qual determina a divisão de responsabilidades na assistência farmacêutica dentro do SUS:

#### CAPÍTULO I – Da Definição

Art. 8<sup>o</sup> O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.

Parágrafo único. O acesso aos medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas no âmbito deste Componente será garantido mediante a pactuação entre a União, estados, Distrito Federal e municípios, conforme as diferentes responsabilidades definidas nesta Portaria.

---

<sup>6</sup> O Sistema Único de Saúde é regulado pela Lei n<sup>o</sup> 8.080/1990, a qual dispõe, em seu art. 4<sup>o</sup>: “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

## CAPÍTULO II - Da Organização

Art. 9º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas.

Grupo 1 - Medicamentos sob responsabilidade da União

Grupo 2 - Medicamentos sob responsabilidade dos Estados e Distrito Federal

Grupo 3 - Medicamentos sob responsabilidade dos Municípios e Distrito Federal

Art. 10. Os grupos foram constituídos considerando os seguintes critérios gerais:

I - complexidade da doença a ser tratada ambulatorialmente;

II - garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado;

III - manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão.

Assim, a se seguir o disposto nas normas infraconstitucionais que regem o SUS, as demandas judiciais em que se pleiteia a tutela da saúde em face do Poder Público deveriam ser dirigidas exclusivamente contra aquele ente federativo que detém a competência administrativa (interna) para a prestação do serviço de saúde que é buscado.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no seu papel de guardião da Constituição Federal, firmou entendimento de que, em face de o direito à saúde tratar-se de direito fundamental, e em face da competência concorrente prevista no art. 23, II, da Constituição Federal, há solidariedade de todos os entes federativos em relação à obrigação de tutela da saúde. Esse entendimento foi consagrado pelo Plenário do Pretório Excelso no julgamento da STA (Suspensão de Tutela Antecipada) nº 175<sup>7</sup>, já referida anteriormente. O Recurso Extraordinário

---

<sup>7</sup> Julgado assim ementado: “Suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência pública. Sistema Único de Saúde - SUS.

nº 607.381 (Min. Luiz Fux, DJe 116, de 16.06.2011), mais recentemente julgado, confirma que a Corte Suprema mantém o entendimento pela solidariedade passiva dos entes federativos.

Portanto, lembrando que na solidariedade passiva o credor “tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum” (art. 275 do Código Civil), o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal permite que as demandas judiciais de tutela da saúde possam ser movidas contra *qualquer* um dos entes federativos. E, sendo movida contra apenas um deles, deverá o réu arcar com a responsabilidade integral pelos custos da ação de saúde, mesmo que, segundo as listas de atribuições editadas pelo Ministério da Saúde, não fosse sua a responsabilidade por tal prestação.

Disso decorre que os Municípios e Estados, entes federativos de menor robustez orçamentária, acabam por ser onerados com os custos (muitas vezes elevados) de medicamentos e tratamentos que, se fossem observadas as listas do Ministério da Saúde, seriam de responsabilidade de União. Como exemplos dessa afirmação, podem ser citadas as ações judiciais, ajuizadas na Justiça Estadual, que visam à obtenção de tratamento para câncer. Nesses casos, pela definição das normas administrativas do SUS, o tratamento deveria ser fornecido pela União, especificamente nos Centros de Alta Complexidade em Oncologia (Cacons). Todavia, muito embora o alto custo desses tratamentos, há inúmeros julgados na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no sentido de que, em função da solidariedade passiva na obrigação de tutela da saúde, cabe inclusive aos Estados e Municípios arcarem com os custos dos referidos tratamentos (por exemplo, Agravo nº 70044591337, 1ª Câmara Cível; Agravo de Instrumento nº 70044535342, 2ª Câmara Cível; Apelação Cível nº 70043437730, 21ª Câmara Cível – todos julgamentos do ano de 2011).

Para se ter uma ideia da repercussão econômica, no âmbito da Justiça Estadual, da aplicação do entendimento da solidariedade passiva da obrigação de tutela da saúde, basta mencionar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio

---

Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na Anvisa. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (STA 175-AgRg, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, Julgado em 17.03.2010, DJe-076, Divulg. 29.04.2010, Public. 30.04.2010; Ement., v. 02399-01, p. 00070).



Grande do Sul concentra quase *metade* de todas as ações de tutela da saúde *no País*, segundo notícia veiculada no *site* do CNJ<sup>8</sup>.

Portanto, vê-se que as demandas por tutela da saúde tramitam, massivamente, na justiça comum estadual, fenômeno explicado, entre outros fatores, pela maior proximidade do cidadão aos órgãos de saúde municipais e estaduais, e pela elogiável atuação dos Defensores Públicos Estaduais, certamente responsáveis pelo maior número de ajuizamento de ações dessa natureza.

Observa-se, no ponto, que não tem sido aceito pelos tribunais nacionais, em regra, o chamamento ao processo da União, justamente por implicar deslocamento de competência, o que prejudicaria a tutela do direito da parte autora em tempo razoável (nesse sentido, veja-se o já mencionado Recurso Extraordinário nº 607.381, Min. Luiz Fux, DJe 116, de 16.06.2011).

Neste ponto, também é importante observar que não se tem notícia de que os Municípios e Estados, após serem condenados em demandas judiciais a custearem medicamentos e tratamentos de competência *administrativa* da União, venham a postular, em direito de regresso, o reembolso proporcional do que despenderam.

Portanto, a questão que se coloca em debate é em que medida o estabelecimento da competência delegada nas ações de tutela da saúde facilitaria a tutela do direito fundamental em questão, e, também, em que medida evitaria

---

<sup>8</sup> Veja-se a íntegra da notícia: “Os dados são de maio passado e estão sendo atualizados constantemente pelo Fórum da Saúde, mas já servem para mostrar um panorama significativo da situação das demandas judiciais na área que tramitam em tribunais de todo o Brasil. São, ao todo, 240.980 processos. Vários juristas e Magistrados costumam argumentar que o termo ‘judicialização da saúde’ destacado em seminários, pode não ser muito correto quando se leva em conta a existência de mais de 80 milhões de processos no Judiciário. A questão é que estas quase 241 mil ações mexem com um bem incomparável para todo ser humano: a própria vida.

Conforme o balanço de maio – realizado pelo CNJ a partir das informações que os Tribunais repassam – estes processos tramitam nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais das cinco regiões (os Tribunais que julgam casos referentes à saúde no Brasil). Embora ainda incompleto – porque faltam ser acrescentadas informações de três Tribunais de Justiça: Paraíba, Pernambuco e Amazonas – o balanço revela que as piores situações são encontradas nos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro.

No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça (TJRS) concentra quase metade de todas as demandas do país: 113.953 ações judiciais sobre saúde. Em segundo lugar, São Paulo (TJSP) possui 44.690 ações. E o Rio de Janeiro (TJRJ) possui 25.234 ações em tramitação. Outros destaques, em menor escala, são os Tribunais de Justiça do Ceará (TJCE, com 8.344 ações), Minas Gerais (TJMG, com 7.915 ações) e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4), que compreende os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina (onde tramitam, atualmente, 8.152 ações)” (Disponível em: [www.cnj.jus.br/68jc](http://www.cnj.jus.br/68jc). Acesso em: 12 out. 2011, às 9h30min).

a distorção de entes de menor orçamento serem chamados a responder por tratamentos de elevado custo, os quais só a União, em tese, teria condições financeiras de fornecer.

Estabelecido o cenário atual sobre a obrigação de tutela da saúde – decorrente da solidariedade passiva afirmada pela jurisprudência –, cumpre analisar o instituto da competência delegada, inclusive verificando-se a possibilidade de sua ampliação para abarcar as demandas de tutela da saúde.

## **2 DA POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DELEGADA PARA ABARCAR HIPÓTESE DE TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE**

Competência, segundo tradicional conceito doutrinário, é a medida da jurisdição atribuída a cada juiz:

[...] a necessidade da divisão de trabalho entre os juízes leva a limitar a atividade de cada um, tendo em vista uma determinada área territorial, ou a natureza das questões a serem decididas, ou a qualidade das pessoas, interessadas no litígio, ou o tipo especial de atividade que o juiz é chamado a desenvolver em determinado processo. Essa medida da jurisdição atribuída a cada juiz é chamada de competência [...].<sup>9</sup>

A distribuição da competência vem prevista em normas constitucionais, em leis processuais, em código de organização judiciária e, inclusive, em regimentos internos de tribunais. Para a finalidade deste texto, interessa recordar que a competência da Justiça Federal é constitucional e taxativa, isto é, vem previamente estabelecida, em rol *numerus clausus*, na Constituição Federal.

A competência cível da Justiça Federal é fixada no Texto Constitucional em razão dos critérios da matéria, da função e da pessoa, sendo este último critério (da pessoa) o pertinente à presente investigação, pois, nos termos do art. 109, I, da CF/1988, “aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes” – exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

<sup>9</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1981. p. 388.

Portanto, em regra, qualquer ação movida contra a União deve tramitar na Justiça Federal.

Todavia, a própria Constituição Federal estabeleceu ressalva no § 3º de seu art. 109, norma que: (i) autoriza ao juiz estadual processar e julgar causas em que forem parte instituição de Previdência Social e segurado, quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal; (ii) e autoriza a lei infraconstitucional a, preenchidos certos requisitos, atribuir competência da Justiça Federal ao juiz estadual.

Atualmente, além da competência delegada prevista na Constituição (para lides previdenciárias), encontram-se na legislação infraconstitucional outros exemplos de delegação de competência aos juízes estaduais. Fredie Diddier Jr.<sup>10</sup> os sintetiza: art. 15, Lei Federal nº 5.010/1966 (executivos fiscais da União); Lei Federal nº 6.969/1981 (usucapião especial rural); cartas precatórias (art. 1.213 do CPC), expedição de certificado de naturalização (art. 119, § 2º, da Lei Federal nº 6.815/1980), etc.

O ponto relevante a ser analisado, neste texto, é justamente essa autorização constitucional para que o legislador estabeleça novas hipóteses para a chamada competência delegada, o que se defende, *de lege ferenda*, ocorra em relação às ações de tutela da saúde movida contra a União.

Defende-se essa possibilidade uma vez que a autorização constitucional de delegação, consoante resta evidente a partir de uma interpretação teleológica<sup>11</sup>, tem como objetivo *facilitar* a vida do cidadão que necessita litigar contra a União, mas que não dispõe de vara da Justiça Federal em seu domicílio. Essa intenção facilitadora da norma constitucional já era apontada por Celso Agrícola Barbi em leitura do texto da Constituição de 1967, com a nova formatação que lhe deu a emenda Constitucional nº 01/69:

ACÇÕES RELATIVAS A QUESTÕES DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - A grande importância assumida pelas instituições federais de previdência social levou o legislador a construir regras especiais de competência

<sup>10</sup> DIDDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvim, v. I, 2011. p. 194/195.

<sup>11</sup> Como ensina o constitucionalista Luís Roberto Barroso, ao comentar sobre a interpretação teleológica, "o Direito não é um fim em si mesmo, e todas as formas devem ser instrumentais. Isso significa que o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296).

territorial, para facilitar a discussão de causas de interesses dos seus segurados e beneficiários, porque o foro da Capital de Estado ou Território causaria grandes sacrifícios às pessoas vinculadas a essas instituições.

Por isso, o § 3º do art. 125 da Constituição Federal fixa o foro do domicílio dos segurados ou beneficiários para as causas em que for parte instituição de Previdência Social, e cujo objeto for benefício de natureza pecuniária.<sup>12</sup>

Igualmente apontando a delegação de competência constitucional como instrumento de acesso à justiça, tem-se a doutrina de Santos<sup>13</sup>:

A Justiça Federal ainda não está instalada em todos os rincões do país, situação que era ainda mais grave ao tempo da promulgação da Constituição Federal, em 1988.

O segurado ou beneficiário é, por definição, a parte frágil da relação previdenciária de direito material ou processual; é o que vai em busca da cobertura previdenciária ou assistencial que não foi obtida administrativamente. Se não tem nas proximidades de seu domicílio a Justiça Federal, vê-se obrigado, por vezes, a longos deslocamentos para ajuizar a ação.

O constituinte de 1998 conhecia bem essa realidade e, por isso, inseriu o § 3º no art. 109, que traz exceção à regra de competência absoluta da Justiça Federal. Respeitou a garantia constitucional do acesso à justiça, permitindo que as causas previdenciárias, em certas situações, sejam julgadas pela Justiça Estadual. Trata-se de competência delegada.

Portanto, resta inequívoca a possibilidade de a lei ordinária outorgar competência delegada aos juízes estaduais para o julgamento de ações de tutela da saúde movidas contra a União, desde que inexistente vara federal no domicílio do autor, já que tal outorga encontraria amparo no Texto Constitucional e,

<sup>12</sup> BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 438.

<sup>13</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 539.

ademais, atingiria à finalidade intrínseca do art. 109, § 3º, da CF/1988, pois facilitaria o acesso à Justiça àqueles necessitados de tutela judicial ao direito fundamental à saúde.

Mais do que isso, considerando-se a regra de hermenêutica segundo a qual as normas constitucionais devem ser interpretadas da forma que maior eficácia se conceda aos direitos fundamentais (princípio da máxima efetividade<sup>14</sup>), seria possível sustentar, ao menos *em tese*, a possibilidade de o próprio juiz estadual interpretar ampliativamente a norma constitucional do art. 109, § 3º, no ponto que prevê a competência delegada para ações previdenciárias, e elastecer seu alcance para abarcar *também* ações de tutela da saúde.

É dizer, o Magistrado estadual, visando à implementação do direito fundamental violado, interpretaria o art. 109, § 3º, da CF em consonância com o princípio da máxima efetividade, e ampliaria o alcance da norma de competência delegada, possibilitando o processamento, na Justiça Estadual, de ação de tutela da saúde movida contra a União.

Lembra-se, com apoio na doutrina de Ávila<sup>15</sup>, que uma das funções dos princípios é a promoção de *valores* consagrados pelo ordenamento jurídico. Assim, é dever do intérprete das normas constitucionais utilizar-se dos princípios para buscar a promoção dos valores reconhecidos na Constituição. No caso, a utilização do princípio da máxima efetividade para realizar-se a interpretação ampliativa do art. 109, § 3º, da CF, permitiria a promoção dos valores do bem-estar e da dignidade da pessoa humana, expressamente previstos na Constituição Federal, pois facilitaria a tutela do direito à saúde para as pessoas que não residem em comarcas que possuam sede da Justiça Federal.

<sup>14</sup> Sobre o princípio da máxima efetividade, veja-se o ensinamento do Ministro Gilmar Mendes: "Princípio da *máxima efetividade*. Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta aos aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, *sobretudo em sede de direitos fundamentais*, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 118 - grifou-se).

<sup>15</sup> Consoante ensina o preclaro doutrinador, "os valores constituem o aspecto teleológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom, e, por isso, digno de ser buscado ou preservado". E continua: "Os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 131).

A essa tese da interpretação ampliativa da referida norma constitucional, contudo, poder-se-iam opor algumas objeções. Por exemplo, a de que a norma do art. 109, § 3º, da CF/1988, por versar sobre uma delegação *excepcional* de competência, deveria ser interpretada restritivamente (com o que se concorda). Todavia, a essa objeção poderia se responder com a afirmação de que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *já admitiu* a interpretação extensiva daquele dispositivo, visando a abarcar as pretensões de recebimento do benefício assistencial do art. 203, V, da CF/1988. Veja-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - ARTIGO 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - INCIDÊNCIA - DESCUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE.

1. A literalidade do § 3º do art. 109 da Constituição da República deixa certo que à Justiça Estadual foi atribuída à competência excepcional para processar e julgar, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, exclusivamente, as causas em que forem parte instituição de Previdência Social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, além daquelas outras permitidas em lei.

2. *À luz da evidente razão da norma inserta no § 3º do art. 109 da Constituição da República, é de se interpretá-la atribuindo força extensiva ao termo "beneficiários", de modo a que compreenda os que o sejam do segurado, mas também aqueles outros do benefício da assistência social, como, aliás, resta implícita na jurisprudência desta eg. 3ª Seção, que tem compreendido no benefício previdenciário o benefício assistencial.*

3. "O Juízo deprecado não pode negar cumprimento à precatória, a menos que ela não atenda aos requisitos do art. 209, CPC, quando se declarar incompetente em razão da matéria ou da hierarquia, ou, ainda, quando duvidar da sua autenticidade." (CC 32.268/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 19.08.2002)

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Presidente Venceslau/SP, suscitante, para processar e julgar a ação ordinária visando à concessão de benefício assistencial, devendo o juízo suscitado dar integral cumprimento à carta precatória expedida pelo juízo estadual. (STJ, 3ª S., CC 37717/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, J. em 08.10.2003, publicado no DJ de 09.12.2003, p. 209)

Outra objeção a ser oposta seria a de que o juiz estadual sequer teria competência para *receber* uma ação de medicamento ajuizada contra a União, de modo que nem mesmo teria oportunidade de, após o recebimento, interpretar ampliativamente a norma de delegação de competência (art. 109, § 3º, da CF/1988).

Entretanto, em relação a esse argumento, invoca-se novamente o ensinamento da doutrina de Diddier, lembrando que ao Magistrado sempre é conferida uma competência mínima necessária a se manifestar sobre a própria competência. Trata-se do princípio da competência sobre a competência, chamado pelos alemães de regra da *Kompetenz-Kompetenz*:

De acordo com a regra da *Kompetenz-Kompetenz*, todo juiz tem competência para julgar a sua própria competência. O juiz é, sempre, o juiz da sua competência. Assim, para todo órgão jurisdicional há sempre uma competência mínima (atômica): a competência para o controle da própria competência. Por mais incompetente que seja o órgão jurisdicional, ele sempre terá competência para decidir se é ou não competente<sup>16</sup>.

Marinoni e Arenhart<sup>17</sup>, por sua vez, lembram que o princípio da competência sobre a competência (*Kompetenz-Kompetenz*) baliza toda a verificação e os incidentes da competência, mas ressalvam que a análise feita pelo Magistrado (sobre sua própria competência) não é capaz de vincular outro órgão jurisdicional, de modo que este também é livre para acolher ou reformar tal decisão, se a causa lhe for encaminhada.

<sup>16</sup> DIDDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 129.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil - Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2008. p. 48.

Destarte, conclui-se, no presente capítulo, pela tranquila possibilidade de, por edição de lei ordinária, estabelecer-se a competência delegada dos juízes estaduais para o processamento e julgamento de ações de tutela da saúde movidas contra a União, desde que inexistente vara federal no domicílio do autor, já que tal outorga estaria autorizada pelo art. 109, § 3º, da CF/1988 e, de resto, atingiria a finalidade dessa norma constitucional. Igualmente, conclui-se ser, ao menos em linha de princípio, sustentável a possibilidade de o Magistrado estadual, ao se deparar com uma ação de tutela da saúde movida contra a União, julgar-se competente para o processamento do feito, por meio de uma interpretação *ampliativa e teleológica* da norma constitucional da competência delegada para benefícios previdenciários, à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Em qualquer das hipóteses (competência delegada prevista em lei a ser editada, ou competência delegada por interpretação ampliativa da norma constitucional), eventuais recursos, evidentemente, seriam manejados perante a Justiça Federal.

### **3 DA UTILIDADE DA COMPETÊNCIA DELEGADA NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE**

A fixação da competência para as ações em que se busca a tutela do direito fundamental à saúde obedece às regras gerais previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Civil.

Assim, pelo critério objetivo de fixação da competência, se houver a presença da União no polo passivo da demanda, obrigatoriamente a ação deverá tramitar na Justiça Federal, por força do disposto no art. 109, I, da CF/1988.

Todavia, como visto anteriormente, a jurisprudência pátria posiciona-se, majoritariamente, no sentido da solidariedade passiva entre os entes federativos. Assim, para análise da repercussão prática do que é proposto no presente texto, imagine-se a situação hipotética (embora corriqueira na prática forense), de uma ação ajuizada em comarca em que não há vara federal instalada. O objeto dessa ação é o fornecimento de um tratamento para câncer, com utilização de medicamentos importados, cujo custo total aproxima-se de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Pressuponha-se que a inicial está adequadamente instruída com a prova da necessidade de fornecimento imediato desse medicamento, que há risco de morte para o autor, e que estão preenchidos os requisitos para deferimento de antecipação de tutela. Os réus da demanda são apenas o Município X (cujo orçamento mensal é pouco maior que o custo do total do tratamento pleiteado) e o Estado Y.



Nessa situação, muito embora a atribuição para o tratamento buscado no âmbito do SUS seja da União (tratamento de alta complexidade<sup>18</sup>), as opções ordinárias do juiz estadual, em princípio, são as seguintes: (i) deferir o pedido, pela adoção do entendimento sufragado pelo STF acerca da solidariedade passiva dos entes públicos; (ii) ou indeferir o pedido, entendendo não haver solidariedade passiva.

No caso de ser adotado o primeiro entendimento, inequivocamente, mais cedo ou mais tarde, será trazido à baila o fato de que o Município réu, para cumprir a liminar, terá de comprometer boa parte de seu orçamento para a área da saúde, de modo que se chegará ao impasse de se sacrificar o direito de todos os munícipes em prol do direito do autor da demanda.

O objetivo deste trabalho não é discutir as questões que podem advir dessa situação hipotética, mas apenas defender que, se houvesse competência delegada do juízo estadual para ações de tutela da saúde, o impasse relativo ao custeio do tratamento em questão *desapareceria*, pois a demanda poderia ser movida contra a União, na Justiça Estadual, e não poderia esta alegar ilegitimidade para o custeio do tratamento, já que lhe caberia tal atribuição, tanto por força da norma constitucional (art. 196), quanto por força das normas infraconstitucionais que disciplinam o funcionamento do SUS.

O problema posto na situação hipotética anteriormente narrada é de tamanha relevância social que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que “possui repercussão geral a controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo” (RE 566.471/RS).

Aliás, se o STF julgar o RE 566.471 na linha do que vem decidindo, e mantiver o entendimento acerca da solidariedade passiva entre os entes federativos, inclusive para tratamentos de alto custo, os Municípios e Estados continuarão, no exemplo hipotético anteriormente lançado, a ter de suportar o elevado custo de um tratamento que, pela organização interna do SUS, caberia à União. E tudo isso pelo simples fato de que a comarca em que foi ajuizada a demanda não conta com vara da Justiça Federal. Esse problema, todavia, seria contornado com a alteração ora proposta – concessão da competência delegada aos juízes de direito estaduais para as ações de tutela da saúde – uma vez que o Magistrado estadual, ao receber demanda postulando tratamento de

<sup>18</sup> Vejam-se a Portaria nº 2.439/GM, de 8 de dezembro de 2005, que institui a Política Nacional de Atenção Oncológica; e a Portaria SAS/MS nº 741, de 19 de dezembro de 2005, que regulamenta a assistência de alta complexidade na Rede de Atenção Oncológica.

alta complexidade, poderia até mesmo instar o autor a incluir no polo passivo a União, ou, em hipótese mais ortodoxa, deferir o chamamento ao processo eventualmente requerido pelos demais réus.

De outro lado, se o julgamento do STF, na apreciação do RE 566.471, for no sentido de que só à União cabe custear medicamentos de alto custo, com mais razão ainda se justificaria a alteração proposta nesse trabalho. Isso porque, sem a ampliação da competência delegada para ações de tutela da saúde, e havendo modificação no entendimento do STF, ocorrerá que, nos Municípios em que não há vara federal, as pretensões em busca de tratamentos de alto custo, *em princípio*, terão de ser indeferidas, por ilegitimidade do Estado e do Município – o que evidentemente causaria prejuízo à tutela do direito fundamental à saúde.

Destarte, e finalizando, a ampliação da competência delegada proposta – seja, por edição de lei, seja por interpretação ampliativa da norma constitucional – implementaria o acesso à Justiça, aumentaria a eficácia da tutela do direito fundamental em questão (direito à saúde) e, ainda por cima, evitaria o impasse do comprometimento econômico de Municípios de pequeno orçamento com a imposição do custeio de tratamentos de alto custo, como vem ocorrendo na prática nas demandas envolvendo a tutela do direito à saúde.

## CONCLUSÕES

No presente trabalho buscou-se propor uma alternativa que melhor equacione a tensão atualmente existente entre a afirmação jurisprudencial da solidariedade passiva na obrigação de tutela da saúde (entre todos os entes federativos) e a realidade da maioria das demandas de saúde em tramitação, nas quais majoritariamente a União não integra o polo passivo, e o ônus econômico do custeio da saúde é atribuído exclusivamente a Municípios e Estados.

Trata-se, em síntese, de buscar uma adequação das técnicas de tutela da saúde à realidade vigente, levando-se em conta a necessária conexão entre processo e sociedade, como bem proposto por Oliveira<sup>19</sup>:

Qualquer reflexão moderna sobre o processo há de levar em conta suas conexões internas e externas. Não basta tão somente o estudo da técnica, simples meio para atingir-se determinado resultado, porquanto o

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Cappelletti e o direito processual brasileiro. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/289-artigos-ago-2001/6151-cappelletti-e-o-direito-processual-brasileiro>>. Acesso em: 12 out. 2011, às 11h57min.

processo como fenômeno cultural se conforma em razão dos valores imperantes em determinada sociedade, das suas ideias, utopias, estratégias de poder, fatores sociais, econômicos e políticos. Portanto, sempre se revela necessário atentar aos liames com a realidade social externa: a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas. Nenhuma tentativa de controlar o arbítrio estatal e de forma concomitante estabelecer padrões que permitam ao processo alcançar suas finalidades últimas em tempo razoável e ainda colaborar para a justiça do provimento judicial poderá frutificar, se não se atentar às vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes de sua estruturação e organização.

Com efeito, o fenômeno da judicialização da tutela da saúde está na pauta do dia de todos operadores do direito. Entre as inúmeras questões a serem analisadas dentro desse tema, destaca-se que o problema do elevado número de ações tramitando em busca do fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos em geral, incluindo os tratamentos de alto custo.

Considerando-se que tais ações de tutela da saúde tramitam maciçamente na Justiça Estadual, e considerando-se o entendimento jurisprudencial predominante acerca da existência de solidariedade passiva entre os três entes federativos em relação à obrigação de tutela da saúde, concluiu-se que, independentemente da divisão administrativa de atribuições no âmbito do SUS, são os Municípios e Estados que arcam com o custo econômico das condenações proferidas nas demandas envolvendo o direito à saúde.

Todavia, como se sustentou ao longo deste trabalho, a Constituição Federal, em seu art. 109, § 3º, permite a edição de lei ampliando as hipóteses de competência delegada, desde que observada a *ratio* daquele dispositivo, isto é, desde que a norma instituidora de nova hipótese de competência delegada tenha como objetivo *facilitar* a vida do cidadão que necessita litigar contra a União, mas que não dispõe de vara da Justiça Federal em seu domicílio. Assim, concluiu-se ser possível a edição de lei definidora da competência delegada para as ações de tutela da saúde, permitindo que a União seja demanda na Justiça Estadual,

quando contra ela for deduzida pretensão relativa ao direito fundamental à saúde.

Igualmente, conclui-se ser sustentável a possibilidade de o próprio juiz estadual, visando à implementação do direito fundamental violado, interpretar o art. 109, § 3º, da CF em consonância com o princípio da máxima efetividade, e ampliar o alcance da norma de competência delegada, possibilitando o processamento, na Justiça Estadual, de ação de tutela da saúde movida contra a União.

Ambas as hipóteses levantadas neste trabalho, consoante se defende, mitigariam o problema da repercussão econômica das decisões proferidas em demandas de tutela da saúde em relação aos Municípios e Estados (pois permitiriam observar-se a divisão interna de atribuições no SUS) e, principalmente, facilitariam o acesso à Justiça e aumentariam a eficácia da tutela do direito fundamental em questão, assegurando a presença da União no polo passivo de demandas dessa natureza, ajuizadas em comarcas que não são sede de vara da Justiça Federal.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1981.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvim, v. I, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Cappelletti e o direito processual brasileiro. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/289-artigos-ago-2001/6151-cappelletti-e-o-direito-processual-brasileiro>>. Acesso em: 12 out. 2011, às 11h57min.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.