



O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, O TEMA 793 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ACESSO À JUSTIÇA: A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL PARA O JULGAMENTO DE AÇÕES PRESTACIONAIS DE SAÚDE

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH, THEME 793 OF THE SUPREME FEDERAL COURT AND ACCESS TO JUSTICE: THE COMPETENCE OF THE STATE COMMON JUSTICE FOR THE JUDGMENT OF HEALTH BENEFITS ACTIONS

<i>Recebido em</i>	27/03/2025
<i>Aprovado em:</i>	02/04/2025

Vladmir Oliveira da Silveira ¹
Plácido de Souza Neto ²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo contextualizar o direito fundamental à saúde no cenário jurídico nacional e analisar o julgamento levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal sobre a repartição de competências relativamente à obrigação de prestação de atendimento de saúde aos cidadãos, que culminou com a fixação da tese jurídica identificada como Tema 793 e identificar suas implicações jurídicas relativamente à solidariedade passiva dos entes públicos e competência judicial para julgamento das ações cíveis respectivas. Por fim, pretende-se elaborar uma proposta de critério de fixação de competência baseada na preponderância da proteção aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos humanos; direitos fundamentais; saúde; Supremo Tribunal Federal, Tema 793, competência.

¹ Professor na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul/UFMS e professor de Direito da PUC/SP. Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC (2009). Graduado, Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).



ABSTRACT

This article aims to contextualize the fundamental right to health in the national legal scenario and analyze the judgment carried out by the Federal Supreme Court on the division of competences regarding the obligation to provide health care to citizens, which culminated in the establishment of the thesis identified as Theme 793 and identify its legal implications regarding the passive solidarity of public entities and judicial competence to judge the respective civil actions. Finally, we intend to prepare a proposal for a criterion for establishing competence based on the preponderance of protection of fundamental rights.

Keywords: human rights; fundamental rights; health; Federal Supreme Court, Theme 793, jurisdiction.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde será analisado neste trabalho sob o prisma dos direitos fundamentais e também sob a ótica dos direitos humanos, referindo-se, neste sentido, a uma prestação positiva passível de ser exigida pela pessoa humana em face do estado. A partir dessa delimitação, estão excluídas do escopo deste estudo as questões jurídicas envolvendo a relação entre os profissionais, estabelecimentos e planos de saúde privados e seus clientes ou contratantes.

No Brasil, o atendimento público e gratuito aos cidadãos é prestado por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), cujo contexto de carência de recursos às crescentes necessidades da população acarretou um expressivo aumento da judicialização das questões envolvendo o direito fundamental à saúde. Essas questões serão abordados na primeira parte deste escrito.

Na sequência, serão analisadas as discussões jurídicas envolvendo a natureza da obrigação de prestar atendimento à saúde que recai sobre os entes públicos, a qual repercute na definição do órgão judiciário com competência para decidir sobre a matéria, anotando que, com o fito de pacificar a questão no âmbito de sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a natureza constitucional e a repercussão geral da matéria e, posteriormente, fixou tese jurídica sobre o tema, cuja interpretação e aplicação são o objeto de estudo da segunda parte do presente trabalho.



Na terceira e última parte deste texto, pretende-se delinear, ainda que superficialmente, uma proposta de fixação de critério de competência que permita compatibilizar a necessária observância da vinculação das decisões judiciais aos precedentes fixados pelo Supremo Tribunal Federal, de um lado, e a indispensável efetividade que se deve conferir ao direito fundamental à saúde, de outro.

1. O DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde enquadra-se como um direito fundamental, inserido no rol dos chamados direitos sociais, reconhecidos na segunda geração ou dimensão dos direitos humanos e, em razão de constituir um *facere* que se pode exigir em face do estado, aliado ao contexto de extremas carências e peculiaridades da realidade nacional, passa na atualidade por um intenso processo de judicialização, que intensifica a relevância de compreender com maior profundidade os aspectos jurídicos envolvidos na efetivação desse direito.

1.1 Direito Fundamental à Saúde e Direitos Humanos

O direito à saúde está atualmente previsto tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), em seu artigo 25³, como também no texto da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988), no art. 6^o⁴, no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II, relativo aos direitos sociais, e no art. 196⁵ ao 200, situados no Título VIII, da ordem social, Capítulo II, da seguridade social, Seção II, reservado especificamente à saúde.

3 Art. 25 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

4 Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

5 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.



Trata-se, portanto, de um conjunto de faculdades concedidas ao cidadão que pode ser abordado tanto sob o prisma dos direitos humanos como sob a ótica dos denominados direitos sociais, cuja ascensão à condição de direitos fundamentais⁶ não ocorreu do dia para a noite, mas foi fruto de um longo processo histórico.

Os direitos humanos surgem a partir dos valores da humanidade, que uma vez reconhecidos como relevantes, tendo como fundamento o princípio maior da dignidade da pessoa humana, são exigidos perante os poderes estabelecidos, no plano nacional e internacional, por meio da *dinamogenesis*, que é o processo continuado que pode ser resumidos nas seguintes etapas: 1) conhecimento dos valores pela sociedade; 2) adesão social a esses valores; e 3) transformação desses valores em normas jurídicas e instituições voltadas à sua garantia (ROCASOLANO, SILVEIRA, 2010).

Ao serem incorporados ao direito positivo interno, notadamente no texto constitucional, os direitos humanos adquirem *status* de direitos fundamentais, aptos a produzir efeitos jurídicos no plano interno. Guerra Filho (2017) leciona sobre a formação sucessiva das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Na primeira geração surgem as chamadas liberdade públicas, que são direitos e garantias dos indivíduos a um dever de abstenção do Estado em afetar sua esfera jurídica. Com a segunda geração, identificam-se os denominados direitos sociais, a prerrogativa de exigir do Estado prestações positivas para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.

Comparato (2010) correlaciona os princípios axiológicos dos direitos humanos à tríade de valores que inspirou a Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade

⁶ Antes de prosseguir, necessária uma primeira distinção. Guerra Filho (2017, p. 43-44) ensina que, no plano histórico, os direitos humanos antecedem os direitos fundamentais. Epistemologicamente, os direitos fundamentais são compreendidos como manifestações do direito positivo, com aptidão para produzir efeitos jurídicos, enquanto os direitos humanos enquadram-se como pautas ético-políticas, “direitos morais”, situados em uma dimensão supra positiva. Na mesma linha de pensamento, Comparato (2010, p. 70), apoiado na doutrina germânica, afirma que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos que foram expressamente reconhecidos pela autoridade política.



(ou solidariedade), acrescentando que os direitos sociais, dentre os quais insere-se o direito à saúde, surge como um direito fundamental de segunda geração ou dimensão, vinculando-se à ideia de igualdade.

Para se ter uma ideia de quão lento pode ser esse processo histórico, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) o direito à saúde foi inserido no rol dos direitos fundamentais no texto constitucional.

Por outro lado, necessário lembrar os ensinamentos de Bobbio (2004), para quem o maior desafio relacionado aos direitos humanos não consiste em identificar os fundamentos históricos ou filosóficos para sua justificação e sim em garantir sua proteção desses direitos.

Pode-se afirmar então, no que concerne ao direito à saúde, uma vez assegurado seu reconhecimento como direito fundamental da pessoa humana, descortina-se a necessidade de prover os meios que assegurem sua efetivação.

1.2 Judicialização do Direito à Saúde

Por ser um direito fundamental de segunda geração, que envolve necessariamente a exigência de uma prestação positiva, um *facere*, por parte do Estado, cumulado com a escassez e, em muitos casos, a má gestão dos recursos públicos, o direito à saúde ostenta natural vocação para a judicialização.

Prova disso é o elevado número de ações judiciais que buscam a condenação de entes públicos ao fornecimento de algum tipo de tratamento médico para a prevenção ou a cura de enfermidades, razão pela qual, na atualidade, as discussões mais relevantes sobre o direito à saúde se operam no Poder Judiciário e não no Poder Legislativo.

De fato, a judicialização da saúde tem crescido de maneira significativa a cada ano no País, de modo que em 2011 os números de demandas de natureza cível sobre o tema somavam 240.980 processos, passando para 392.921 em 2016, 1.346.931 em 2017 e 2.228.531 em 2019, conforme Relatórios da Justiça em Números do CNJ⁷.

⁷ Os dados podem ser encontrados no site: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>.



Essas estatísticas revelam que o número de ações sofreu um acréscimo consistente ano após ano, resultando em um incremento de mais de 800% em um período de apenas 8 anos.

Dentre as causas da judicialização da saúde, destacam-se o baixo orçamento em relação à demanda da sociedade e a precariedade do atendimento primário, principalmente em razão da distribuição inadequada dos profissionais e de problemas logísticos na distribuição de insumos; já como consequência deste processo de judicialização, tem-se a diversidade de entendimentos sobre o tema pelos juízes espalhados pelo país, o que se traduz em grande insegurança jurídica para as partes nestes processos (SCHULZE, 2019).

2. A TESE JURÍDICA FIXADA PELO STF NO TEMA 793 E SUA REPERCUSSÃO PROCESSUAL

A partir do aumento exponencial do número de ações judiciais relacionadas ao direito fundamental à saúde e diante da natural variedade de decisões dos diversos juízes e tribunais, os jurisdicionados, tanto particulares quanto a Administração Pública, submeteram a matéria, através das vias processuais previstas no ordenamento jurídico, ao exame dos Tribunais Superiores, com vistas a uniformizar a interpretação e conferir maior grau de segurança jurídica à aplicação das normas jurídicas relativas ao direito à saúde⁸.

2.1 O Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça

Um tema anterior que causou controvérsia relevante no âmbito do Poder Judiciário diz respeito ao fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos que estão fora da RENAME⁹.

8 Na distribuição definida pela Constituição Federal de 1988, ao Superior Tribunal de Justiça foi reservada a competência para uniformizar a interpretação e aplicação da lei federal (art. 105, III, CF) e ao Supremo Tribunal Federal a competência da mesma natureza em relação ao próprio texto constitucional (102, III, CF).

9 A RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS, na forma do art. 25 do Decreto nº 7.508/2011.



Em relação a essa matéria, merece atenção o Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp 1657156/RJ, fixou tese jurídica no sentido da obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamentos não incluídos na RENAME e estabeleceu os requisitos para o reconhecimento da obrigação, com a seguinte redação:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.¹⁰

Como é possível observar, trata-se de tese concisa e objetiva, que delimitou com clareza os parâmetros para o reconhecimento (ou não) da obrigatoriedade de se fornecer os medicamentos que não façam parte da RENAME.

Assentada a obrigação de fornecer tratamento médico não previsto na RENAME, surgiu a discussão do sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, vale dizer, de quem ela pode ser exigida.

2.2 Conteúdo da Tese Jurídica Fixada no Tema 793 do Supremo Tribunal Federal

Nesse contexto, a discussão de voltou para a definição da natureza jurídica da obrigação de fornecer tratamento médico à população.

Esse aspecto afigura-se relevante na medida em que, caso se entenda que sua natureza é solidária, o cidadão poderá ingressar com uma ação judicial: 1) isoladamente contra o município em que reside¹¹; 2) isoladamente contra o estado em que reside; 3)

10 STJ, REsp 1657156/RJ, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018.

11 Há julgados de tribunais de justiça estaduais que determinam que o direito de exigir tratamento de saúde deve ser deduzido em face do município em que o autor possui domicílio e, em caso de impossibilidade, perante as esferas mais amplas da federação, no caso, o estado federado de residência ou a União. Nesse sentido: AI 2252203-86.2021.8.26.0000 e AC 1012719-56.2015.8.26.0071 (TJSP); REEX 0046624-95.2006.8.19.0001 (TJRJ); AI 1003368-56.2019.8.11.0000 (TJMT). Excetuando-se os casos de emergência ou urgência médica, parece ser o melhor critério a ser adotado para permitir a gestão adequada do SUS.



isoladamente contra a união; 4) contra o município e o estado de sua residência em litisconsórcio passivo; 5) contra o município de sua residência e a união em litisconsórcio passivo; 6) contra o estado em que reside e a união em litisconsórcio passivo; 7) contra o município, o estado e a união em litisconsórcio passivo.

Necessário anotar, nessa hipótese, que se o autor da ação optar por incluir a união do polo passivo da ação, o processo deverá necessariamente tramitar perante a Justiça Comum Federal, nos termos do art. 109, inc. I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Caso opte por litigar contra o município ou estado em que reside, poderá ajuizar a ação perante a Justiça Comum Estadual. Por outro lado, se preponderar o entendimento de que os entes federativos não estão solidariamente obrigados a fornecer tratamento de saúde aos seus cidadãos, mas antes devem responder em juízo somente pelos procedimentos que a lei expressamente lhes atribui, cabendo à união responder por aqueles não expressamente atribuídos aos estados e municípios, então o autor não poderá optar contra qual ente público deseja litigar, mas deverá observar a repartição de competências ou atribuições determinada por lei no âmbito do SUS.

Ao longo do tempo foi se formando entendimento majoritário na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a obrigação dos entes públicos de fornecer atendimento de saúde à população é de natureza solidária, sendo obrigatória a inclusão da União tão somente nos casos em que o pedido abranja medicamentos não registrados junto à Anvisa ¹².

Em razão de sua natureza constitucional, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral do tema (inserir nota) e, posteriormente, no julgamento dos Embargos de Declaração no RE 855178/SE, fixou a tese do Tema 793, assim redigida:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área

12 Nesse sentido: AgInt no CC 174544/PR, Primeira Seção, julgado em 16/03/2021; AgInt no CC 172502/SC, Primeira Seção, julgado em 02/03/2021; AgInt no CC 173185/RS, Primeira Seção, julgado em 02/03/2021; AgInt no REsp 1606349/PI, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020; AgInt no RE no AgInt no REsp 1043168/RS, Corte Especial, julgado em 16/11/2020; CC 172817/SC, Primeira Seção, julgado em 09/09/2020.



da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.¹³

2.3 Análise Crítica da Redação Definida pelo STF

A redação da tese não é isenta de críticas. A primeira delas é a de que alguns pontos do voto vencedor, prolatado pelo Ministro Edson Fachin, não foram contemplados em sua redação.

Com efeito, o relator constou em seu voto as seguintes afirmações: I) a ratificação da jurisprudência do STF no sentido de se reconhecer a solidariedade dos entes federativos nas demandas relativas à saúde, cujo polo passivo será composto pelos entes que optar o autor; II) a obrigatoriedade de se incluir a União nas demandas que busquem medicamentos que não fazem parte das políticas públicas; e III) a determinação à autoridade judicial que direcione o cumprimento da obrigação ao ente legalmente responsável, bem como de eventual ressarcimento daquele que suportou o ônus da obrigação.

Basta ler a tese para observar que somente a parte final do item I não foi contemplada em sua redação e o item II sequer foi mencionado.

Uma segunda crítica a ser feita é que a tese jurídica parece não se preocupar com a melhor técnica processual quando determina que o juiz direcione *ex officio* o cumprimento da obrigação ao ente legalmente responsável.

Ora, do ponto de vista processual, dizer que os entes são solidariamente responsáveis significa dizer, como mencionado alhures, que todos os entes federados são parte legítima para figurar no polo passivo das ações prestacionais de saúde e que a escolha recai sobre o credor solidário, no caso, o autor da ação.

A respeito da legitimidade *ad causam*, Didier Jr (2019, p. 405) leciona:

Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora,

13 STF, RE 855178/SE, ED, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019.



“decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso”. Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o titular, ao menos em tese, do dever de indenizar.

Não é despidendo lembrar outra importante consequência processual da solidariedade, que consiste na possibilidade de chamamento ao processo, na forma do art. 130 do CPC, instituto que assegura ao réu que for demandado isoladamente por obrigação solidária busque a inclusão dos outros coobrigados solidários ao polo passivo do processo (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2021).

Assim, em razão da solidariedade dos entes federados no que tange às prestações relativas à saúde, sempre que o autor optar por ingressar apenas contra um ou alguns deles, será possível o chamamento ao processo dos demais por parte daqueles que foram demandados inicialmente. Não obstante, de acordo com a tese jurídica fixada no Tema 793 o chamamento ao processo deixa de ser uma faculdade do réu, pois o juiz passa a ter o dever de determinar a formação de litisconsórcio no polo passivo, a depender do pedido formulado, na medida em que obviamente, não seria possível direcionar o cumprimento da obrigação prevista em um título executivo judicial contra quem não foi parte no processo respectivo.

Com isso, transfere-se para o juiz uma atribuição que deveria recair sobre o órgão de representação jurídica da Fazenda Pública demandada, qual seja, analisar os termos do pedido inicial, identificar sobre quem recai, no âmbito administrativo, a responsabilidade pelo tratamento pleiteado e, se for o caso, optar pelo chamamento. Essa atividade agora não é mais da Fazenda Pública, mas do juiz, o que cria uma prerrogativa adicional para o ente público, de impor ao juiz o dever de zelar por seus interesses financeiros, e torna mais complexa a atividade judicante, conforme aponta Santos (2021, p. 810):

Isso traz grande complexidade para a autoridade judicial e dependerá muito da defesa feita pelo ente público no tocante à demonstração das responsabilidades do demandado, mesmo sem a celebração do contrato de ação pública, com o chamamento à lide em litisconsórcio.



Uma terceira crítica recai sobre a obrigatoriedade de inclusão da União nos processos em que se busca o fornecimento de medicamento não previstos na RENAME, o que nem mesmo constou na redação final da tese fixada no Tema 793.

A consequência processual desta obrigatoriedade reside na fixação da competência para o julgamento da ação. A competência é tradicionalmente definida pela doutrina como a “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgão” (LIEBMAN, 1985, p. 55 *apud* DIDIER JR., 2019, p. 240). Ou seja, a competência é a atribuição que a lei ou a constituição confere a cada órgão para que exerça a jurisdição atendidos certos limites, cujo objetivo é racionalizar a prestação jurisdicional.

Dentre os vários critérios de fixação de competência, existe o critério subjetivo (também chamada de competência *rationae personae*), que é aquela decorrente das partes compõem o processo. A competência da Justiça Federal de primeiro grau, fixada pelo art. 109, I, da CF/88, trata-se de competência *rationae personae* (NEVES, 2019), de tal modo que o simples fato de a União figurar no polo passivo da demanda, a competência para julgar a ação seria da Justiça Federal.

Logo, com a obrigatoriedade de se incluir a União no polo passivo das ações que busquem o reconhecimento judicial da obrigação de fornecer medicamentos fora da RENAME, somente a Justiça Federal seria a competente para julgar tais processos, em razão da literalidade do art. 109, I, da CF/88.

Ora, essa obrigatoriedade, além de incompatível com o reconhecimento da natureza solidária da obrigação que a tese diz reafirmar, acaba por dificultar o acesso à justiça do cidadão que reside em localidade que não é sede de vara ou juizado especial federal, como será analisado com maior profundidade adiante.

A quarta crítica que pode ser mencionada refere-se ao dever do juiz de determinar o ressarcimento daquele que arcou com os gastos, o que gerou uma ambiguidade, pois a redação da tese jurídica prevê que o juiz direcione o cumprimento para o ente público responsável e, ao mesmo tempo, que determine o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro indevido.



Evidentemente são duas medidas incompatíveis entre si, que jamais poderão ocorrer simultaneamente, de modo que o juiz determinará uma ou outra, conforme o caso. Ocorre que a redação da tese não deixa claro se há uma ordem a ser seguida ou se o juiz poderá optar livremente por qualquer das duas.

2.4 Contexto Atual: o IAC 14 Do STJ

A tese fixada pelo STF no Tema 793, de redação deficiente e ambígua, acaba por permitir a adoção de soluções as mais diversas, todas de algum modo albergadas em interpretações legítimas pelos órgãos da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

Em razão disso, mais uma vez a questão foi submetida ao STJ para se buscar algum tipo de pacificação do entendimento a ser dado à matéria, especialmente no que diz respeito à necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda e a consequente competência da Justiça Federal.

Debruçando-se novamente sobre o tema da legitimidade passiva e competência, o STJ instaurou o incidente de assunção de competência (IAC) nº 14, que foi admitido em sessão finalizada em 31/05/2022 pela Primeira Seção, cuja questão submetida a julgamento será a seguinte:

Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na ANVISA, analisar se compete ao autor a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência, examinar se é indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal.

Na sequência, por unanimidade, a Primeira Seção deliberou, em sessão realizada em 08/06/2022, que até o IAC seja definitivamente julgado, os juízes estaduais não deverão



declinar a competência nas ações que versem sobre o tema supracitado, devendo os processos prosseguirem na jurisdição estadual¹⁴.

3. A COMPETÊNCIA PARA JULGAR AÇÕES PRESTACIONAIS DE SAÚDE

A decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de manter a competência dos juízes de direito para julgar ações de saúde, ainda que provisoriamente, parece sinalizar o reconhecimento de que a Justiça Estadual é aquela que está geograficamente mais próxima da população e, portanto, possui mais aptidão para facilitar o acesso à justiça, especialmente das populações que residem fora dos grandes centros urbanos.

3.1 A Capilaridade da Justiça Estadual

Antes de adentrar na discussão sobre a fixação da competência nas ações prestacionais de saúde, faz-se necessário explicitar com números a maior proximidade geográfica da Justiça Comum Estadual com os cidadãos, em relação à Justiça Comum Federal.

Conforme o Relatório Justiça em Números de 2021 do CNJ¹⁵, 2.672 municípios brasileiros são alcançados pela Justiça Estadual, enquanto apenas 278 municípios possuem alguma sede da Justiça Federal, uma diferença de representatividade de 48% para 5% do total de municípios brasileiros.

O relatório citado deixa visível a discrepância de capilaridade entre as Justiças Comuns: outro número interessante é que enquanto existem 9.606 unidades judiciárias de primeira instância da Justiça Estadual (64,7% do total nacional), existem apenas 984 unidades judiciárias de primeira instância da Justiça Federal (6,6% do total nacional).

Para se ter uma ideia da enorme distância entre ambos os ramos da justiça em relação ao cidadão, ainda de acordo com o documento mencionado, no Estado de Mato Grosso do Sul existe uma vara ou juizado especial estadual para cada grupo de 14.000 a

14 Informações sobre o IAC disponíveis no site do STJ: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?p=true&novaConsulta=true&quantidadeResultadosPorPagina=10&i=1&tipo_pesquisa=I&cod_tema_inicial=14&cod_tema_final=14

15 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>



18.000 pessoas, enquanto cada vara ou juizado especial federal atende a um grupo de 165.000 a 222.000 habitantes.

Veja-se, a seguir, alguns gráficos extraídos do referido relatório para ilustrar estes dados:

Figura 1 - Unidades judiciárias de primeiro grau, por ramo de justiça

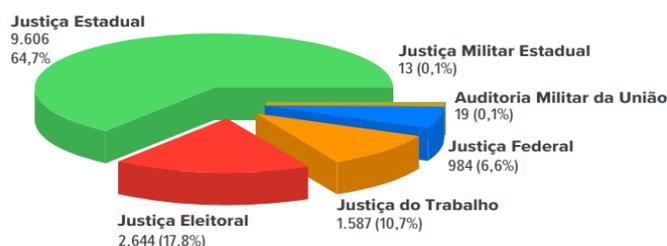


Figura 2 - Diagrama do número de unidades judiciárias de primeiro grau, por ramo de justiça



Figura 3 - Habitantes por varas e juizados especiais estaduais

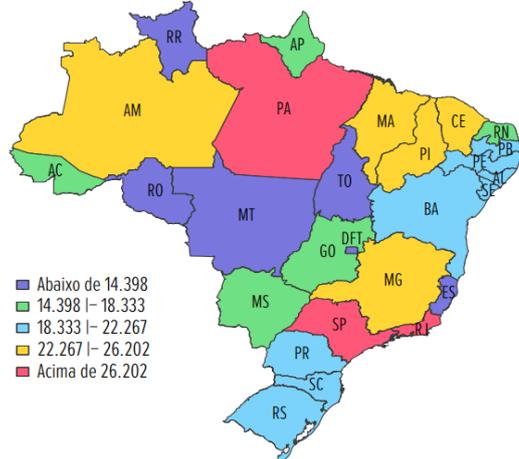
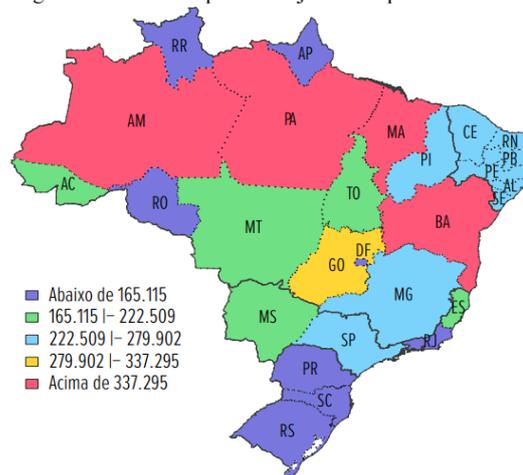


Figura 4 - Habitantes por vara e juizado especial federal



Percebe-se que a Justiça Estadual se encontra muito mais capilarizada pelo território nacional quando comparada a qualquer outra e, especialmente, em relação à Justiça Federal. Logo, considerando a conjuntura do Poder Judiciário brasileiro, se considerarmos que, nas ações prestacionais de saúde haverá, em regra, necessidade de produção de prova



técnica, geralmente perícia médica, é evidente que a fixação da competência na Justiça Estadual conferirá maior acesso à justiça ao cidadão.

3.2 A Competência Federal Delegada dos Juízes Estaduais

O art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por muito tempo, o direito ao acesso à justiça era feito a partir de uma leitura literal do dispositivo supra, aceitando-se que o direito estaria concretizado apenas com a garantia do direito de ação ao jurisdicionado.

Com o desenvolvimento das relações sociais, contudo, foi necessária uma releitura do direito ao acesso à justiça. Nesse sentido, sobre o acesso à justiça, Wambier (2007, p. 70) destaca que

não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão.

Nesse sentido, o direito de ação deve ser compreendido “como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, como direito à ação adequada, e não mais como simples direito ao processo e a um julgamento de mérito” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 97).

Em ordem a concretizar o direito ao acesso à justiça e levando em conta a maior capilaridade da Justiça Comum Estadual em relação à Justiça Comum Federal, é que o ordenamento jurídico brasileiro optou pela delegação da competência federal de primeira instância aos juízes estaduais.

O fundamento histórico da delegação do exercício da competência federal aos juízes estaduais consiste em facilitar o acesso ao Judiciário federal diante das dificuldades estruturais, administrativas e financeiras de instalação de vara federal em todos os municípios, já que a Justiça Estadual conta com um número maior de juízes distribuídos por todo o território nacional.



(BOCHENEK; DALAZOANA; 2016, p. 144 *apud* OLIVEIRA; VASCONCELOS, 2021, p. 3-4)

Outro fator que reforça a importância da competência delegada está no Relatório de Competência Delegada do CNJ de 2020¹⁶ que estipulou que, ao todo são 7,8 milhões de processos de direito previdenciário tramitando no Poder Judiciário brasileiro, dos quais 1,1 milhão estão na Justiça Estadual.

Assim, o art. 103, § 3º, da CF/88, até 2019, previa duas possibilidades de delegação de competência federal: uma primeira delegação específica e obrigatória, cuja aplicação decorria diretamente da constituição, e outra delegação genérica, cuja aplicação dependia de norma infraconstitucional para que fosse efetivada (DIDIER JR, 2019). Veja-se a antiga redação do dispositivo em comento:

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Em razão da autorização constitucional, o legislador infraconstitucional previu algumas hipóteses autorizadoras de delegação da competência federal. Alguns exemplos são: o art. 15, inciso II, da Lei nº 5.010/1966, que trata de vistorias e justificações perante a administração federal, o art. 4º da Lei nº 6.969/1981, que trata da usucapião especial de imóveis rurais, e o art. 381, § 4º, do CPC, que trata da ação probatória autônoma (NEVES, 2019).

Todavia, com o advento da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, foi alterada a redação do art. 109, § 3º, da CF/88, de modo que inexistente atualmente a possibilidade da delegação genérica de qualquer matéria e, mesmo nas ações que envolvam previdenciárias, a delegação da competência federal não será mais de aplicação

16 Disponível em: <https://www.ieprev.com.br/assets/docs/RelatorioCompetenciaDelegada.pdf>



imediate, dependendo de lei, nos casos em que não houver sede de justiça federal no domicílio do segurado (OLIVEIRA; VASCONCELOS, 2021). Segue o dispositivo alterado:

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.

A Lei nº 13.876/2019 conferiu nova redação ao art. 15, inciso III, da Lei nº 5.010/1966, permitindo que as causas que envolvam o INSS e seus segurados e cuja matéria sejam benefícios de natureza pecuniária poderão ser processadas na Comarca de domicílio do autor, quando esta estiver a mais de 70 quilômetros de distância de um município que seja sede de vara federal.

Vale mencionar que, embora alguns autores defendam a inconstitucionalidade desta Emenda Constitucional e das limitações impostas pela Lei nº 13.876/2019, o STF tem entendido que a alteração promovida pelo poder constituinte reformador é constitucional e que o conteúdo da lei citada é questão infraconstitucional, não tendo a Suprema Corte competência para apreciá-la¹⁷.

Finalmente, merece destaque que, por força do art. 109, § 4º, da CF/88, esta delegação de competência é parcial e ocorre apenas no primeiro grau de jurisdição, visto que eventuais recursos deverão ser julgados pelo respectivo Tribunal Regional Federal (LEITÃO, 2018).

3.3 Proposta de Critério de Fixação da Competência nas Ações Prestacionais da Saúde

O art. 194 da CF/88 conceitua a seguridade social como sendo o “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” Assim, a seguridade social mostra-se um sistema robusto e com vasta proteção à sociedade, do qual a saúde e a

17 STF, ARE 1362060 AgR, Segunda Turma, julgado em 21/06/2022.



previdência social fazem parte conjuntamente. Em vista disso, não se mostra razoável tratar de maneira distinta as ações previdenciárias e as ações prestacionais da saúde.

Como já apontado, a delegação da competência federal tem, dentre seus principais objetivos, a garantia plena do direito ao acesso à justiça nas questões previdenciárias, que na maior parte dos casos se verifica a hipossuficiência do segurado que busca seus direitos junto à Justiça (SAVARIS, 2016, p. 76 *apud* OLIVEIRA; VASCONCELOS, 2021).

Pois bem, a situação dos jurisdicionados não é muito diferente nas ações prestacionais da saúde – diga-se de passagem que a hipossuficiência do autor é um dos pressupostos para o reconhecimento de seu direito a receber do Poder Público medicamentos fora da RENAME, nos termos da já mencionada Tese do Tema 106 do STJ. Outra grande semelhança entre as demandas previdenciárias e as demandas relativas à saúde reside no grande número de ações que elas representam no judiciário brasileiro.

Até a alteração constitucional de 2019, para que se houvesse a ampliação da competência delegada para novos casos bastaria uma autorização legislativa. Assim, até então, seria perfeitamente possível que a lei criasse uma nova forma de delegação de competência nos casos envolvendo a judicialização da saúde. Entretanto, a nova redação do art. 109, § 3º, da CF/88, limita esta delegação aos casos previdenciários.

Ocorre que, desde antes da alteração citada, este dispositivo já vinha sendo mitigado pelo STJ, para o fim de se permitir também a delegação de competência nos casos em que o autor for beneficiário da assistência social promovida pelo INSS e não apenas pelos segurados da previdência social, por interpretação literal da Carta Magna. Segue parte da ementa de um julgado do STJ que reconhece esta interpretação extensiva:

À luz da evidente razão da norma inserta no parágrafo 3º do artigo 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 Egrégia Terceira Seção, que tem compreendido no benefício previdenciário o benefício assistencial.¹⁸

18 STJ, CC 37.717/SP, Terceira Seção, julgado em 08/10/2003.



Este entendimento continua sendo replicado pelo Poder Judiciário brasileiro, mesmo após a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 103. Logo, mesmo após tal alteração, é possível verificar uma flexibilização da literalidade do texto constitucional para o fim de se garantir uma maior eficácia de direitos fundamentais como o acesso à justiça e a seguridade social.

A competência delegada, trata-se de regra específica de fixação da competência territorial em razão da matéria que trata o processo (atualmente, apenas as ações previdenciárias) e das partes envolvidas, em que se permite o julgamento do processo pelo juízo estadual, ante a ausência de vara federal no domicílio do autor (CUNHA, 2019, p. 293 *apud* SABINO, 2022).

A competência em razão da matéria, muitas vezes denominada competência *rationae materiae*, que se dá pela natureza da relação jurídica discutida no processo; por outro lado, a competência em razão da pessoa (*rationae personae*) é aquela que leva em consideração a qualidade da pessoa em litígio (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2021).

Portanto, a delegação da competência federal nas ações que envolvam prestações relativas à saúde seria, de igual forma, uma conjunção dos critérios material e subjetivo de fixação e competência. O critério subjetivo que leva em conta a União compor o polo passivo da ação; contudo a competência seria delegada e processada, em primeira instância pelo juízo estadual, em razão da matéria discutida (direito à saúde, ramo da seguridade social). Assim, em verdade, o juízo estadual estará exercendo competência federal delegada.

Sobre a viabilidade desta interpretação extensiva, Carbone (2013, p. 78) conclui ser 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.



Finalmente, cumpre concluir que a delegação da competência nas ações que buscam tutelar o direito à saúde traria vários benefícios aos jurisdicionados que podem ser elencados: (i) a maior amplitude da Justiça Comum Estadual de primeira instância garantiria um maior acesso à justiça; (ii) a maior facilidade de produção probatória na comarca do domicílio do autor, uma vez que a maioria das provas a serem produzidas neste caso são periciais; (iii) uma verdadeira efetividade da decisão do STF que reconhece a solidariedade dos entes federados nas ações prestacionais da saúde, uma vez que, na atual conjuntura, a maior parte dos autores dos processos não inclui a União como ré simplesmente para evitar que seus processos sejam julgados na Justiça Estadual; (iv) proporcionaria uma melhor distribuição dos encargos financeiros destes processos, permitindo que todos os entes participem conjuntamente dos processos; (v) tratamento processual igual para as ações que tratam de direitos da mesma natureza (seguridade social).

Portanto, o que se propõe é que seja reconhecida a competência delegada da Justiça Estadual nas ações intentadas com objetivo de efetivação do direito à saúde pelo Poder Público, pela aplicação analógica da norma constitucional e legal aplicáveis às ações previdenciárias, por ser medida adequada à garantia de acesso à justiça para proteção de direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 793 produziu, até aqui, efeito completamente oposto ao que dela se esperava, pois a matéria que estava de certa forma pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça voltou a tornar-se polêmica, notadamente no que diz respeito à fixação da competência para julgamento das ações prestacionais de saúde.

Com efeito, a redação escolhida pela Corte Suprema, quando aplicada com as condicionantes mencionadas no voto do ministro relator, acarretará a necessidade de inclusão da União no polo passivo dessas ações, sempre que pelo menos um dos medicamentos pleiteados pelo autor não estiver padronizado na RENAME.



Em decorrência disso, pela aplicação literal do disposto no texto constitucional, a competência para processar e julgar tais ações necessariamente seria atribuída à Justiça Comum Federal, que atende apenas a uma pequena parcela dos municípios brasileiros, em evidente prejuízo ao acesso à justiça.

Por essa razão, este trabalho propõe, para fins de fixação de competência nas ações prestacionais de saúde, a adoção, por analogia, do critério autorizado pela Constituição Federal e delineada na Lei 5.010/66, com a redação dada pela Lei 13.876/2019, que atribui aos juízes de direito a competência para julgar causas quando não houver vara federal situada há menos de 70 km da cidade de residência do autor.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo/SP: Campus, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre honorários periciais em ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) figure como parte e altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13876.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

CARBONE, Diego Cassiano Lorenzoni. A competência delegada na tutela da saúde. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 129, p. 63-82, mar. 2013. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/308/243>. Acesso em: 05 jul. 2022.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo/SP: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Relatório Justiça em Números 2021**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.



DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21. ed. Salvador/BA: Ed. JusPodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 33. ed., rev. e ampl. São Paulo/SP: Malheiros, 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo/SP: SRS Editora, 2017.

LEITÃO, André Studart. **Manual de direito previdenciário (livro eletrônico)**. 5. ed. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 12. ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Heitor Moreira de; VASCONCELOS, Enderson Danilo Santos de. A competência delegada da Justiça Federal após a vigência da EC n. 103/2019, para além das causas de natureza previdenciária. **Revista Juscontemporânea do TRF2**, [S.l.], v. 2, p. 1-37, abr. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.30749/2674-9734.v2n0a578>. Acesso em: 04 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 24 jun. 2022.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo/SP: Saraiva, 2010.

SABINO, Gisa Carina Gadelha. Um necessário reexame da competência federal delegada à luz da competência adequada e da cooperação judiciária nacional, **Grupos de Estudos da EJEF, Biblioteca Digital do TJMG**, abr. 2022. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/12768>. Acesso em: 24 jun. 2022.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 130, p. 807-818, 18 out. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104202113018>. Acesso em: 04 jul. 2022.



SCHULZE, Clenio Jair. **Novos parâmetros para a judicialização da saúde: critérios para a teoria da decisão judicial.** 2019. 226 f. Tese (Doutorado) – Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/256/TESE%20-%20CLENIO%20JAIR%20SCHULZE.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2022.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2007.