



**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS AÇÕES INDIVIDUAIS
RELACIONADA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
Possibilidade de uso da intervenção de terceiros para integração dos
Entes Federados à lide**

Carlos Antônio Petter Bomfá¹

SUMÁRIO: 1. APRESENTAÇÃO DO TEMA: a questão da distribuição do custo com o direito à saúde entre os Entes Federados em ações judiciais individuais. 2 – O DISCURSO ACERCA DAS POSIÇÕES SUBJETIVAS DO DIREITO À VIDA: o direito de ser salvo como fundamento do direito à saúde. 3. ANÁLISE DO IMPACTO ECONÔMICO E SOCIAL DAS DECISÕES JUDICIAIS: o custo social do direito à saúde no Brasil. 4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO DIREITO À SAÚDE: possibilidade de integração dos Entes Federados na lide. 5. REFERÊNCIAS.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA: a questão da distribuição do custo com o direito à saúde entre os Entes Federados em ações judiciais individuais.

O presente trabalho pretende apresentar uma proposta para se solucionar o problema do custeio das despesas médico-hospitalares, decorrentes de decisão judicial em ações individuais que tenham por objeto o direito fundamental à saúde, que recaem sobre um único Ente da federação e que resulta na desorganização de suas contas públicas.

¹ Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Advogado e Professor de Direito Civil da Faculdade Casa do Estudante em Aracruz-ES.

Pelas Emendas Constitucionais ns. 26/2000 e 64/2010, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 recebeu nova redação para prescrever que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção da maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A Constituição Federal, além de anunciar o *direito à saúde* no artigo 6º, também teve o cuidado de estabelecer seu *conteúdo mínimo* no Título VIII, Da Ordem Social, nos artigos 196 a 200, deixando a cargo do legislador ordinário prescrever mais garantias.

Os direitos sociais elencados no artigo 6º qualificam-se como o conteúdo da ordem social e, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA²:

os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, enquanto que “os direitos econômicos constituirão pressuposto da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos.

Na categoria dos direitos sociais, o direito fundamental à saúde surge como desdobramento da perspectiva de um Estado Social de Direito, que tem como documentos inspiradores a Constituição mexicana de 1917, a Constituição Weimar de 1919 e a Constituição brasileira de 1934. Seguindo essa tendência, a Constituição Federal de 1988 demonstra, aparentemente, a adesão a um modelo de Estado Neoliberal, preocupado em estabelecer o conteúdo do direito social, sempre garantido um *mínimo existencial*.

Observe-se que no preâmbulo da Constituição Federal, os direitos sociais antecedem os direitos individuais, demonstrando a nítida opção pelo Estado do bem-estar social.

“PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”(negritei)

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, qualificam-se como prestações positivas que reclamam implementação pelo Estado e visam concretizar a perspectiva de uma isonomia material e social na busca de melhores condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, da CF/88).

² DA SILVA, José Afonso da Silva. Comentário contextual à Constituição, 5. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183.

O conteúdo mínimo do direito social à saúde é inaugurado a partir do artigo 196 da CF/88, prescrevendo que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo-se 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”. E pela disposição do art. 198, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada, que é orientada pelo princípio da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, Federal, Estadual e Municipal.

Pois bem.

Questão tormentosa que inflama o debate a respeito das políticas públicas de saúde no Brasil recai sobre as demandas individuais que pleiteiam a realização, por ordem judicial, de tratamentos médicos e a concessão de fármacos, inclusive aqueles que ainda se encontram em fase de estudos e testes. O que se tem visto com mais frequência, na prática forense, é o fato de que as ações judiciais individuais são direcionadas a apenas um dos membros federativos coobrigados a cumprir o dever constitucional de assegurar a saúde a todos.

É interessante saber se a Constituição criou um *vínculo co-obrigacional solidário* (e, por isso, haveria *litisconsórcio necessário*) entre os Entes Federativos nas ações judiciais relacionadas ao direito fundamental à saúde, tendo em vista os princípios da universalização do acesso e da descentralização do sistema.

Mas, a pergunta fundamental do presente estudo é: se a Constituição quis (vamos admitir que sim) estabelecer entre os Entes Federados um *vínculo co-obrigacional solidário* nessas ações individuais, existe instrumento processual correlato que permita procedimentalmente integrá-los na mesma relação jurídica processual? A intervenção de terceiros poderia ser utilizada para solucionar o problema do custeamento das despesas médico-hospitalares e de fornecimento de fármacos, decorrentes de decisão judicial em demanda individual relacionada ao direito fundamental à saúde, de modo a distribuir tais custos entre os Entes Federativos? Ademais, se tal medida fosse possível de ser adotada, a que nível de jurisdição, Federal ou Estadual, caberia a competência para processar e julgar a ação?

Se ao menos uma dessas questões puder ser considerada academicamente relevante, o objetivo deste artigo é trazer e defender argumentos que poderão respondê-las, mas longe de ser a única e melhor resposta.

O que se propõe defender adiante, no âmbito de discussão do direito processual, é a inclusão de todos os Entes Federados na mesma relação jurídica processual, por meio de

uma das modalidades de intervenção de terceiros e também estabelecer um parâmetro de discussão, no campo do direito constitucional, a respeito do alcance da responsabilidade do Estado em demandas individuais que versem sobre o direito fundamental à saúde e sobre a competência jurisdicional para julgá-las.

2 – O DISCURSO ACERCA DAS POSIÇÕES SUBJETIVAS DO DIREITO À VIDA: o direito de ser salvo como fundamento do direito à saúde.

Interessa conhecer, nesse ponto inicial de reflexão, as discussões que têm sido feitas a respeito da extensão e da “*densidade jurídico-moral*” das “*posições subjetivas do direito à vida*” que titularizam os atores fundamentais. De um lado, as posições subjetivas do direito à vida titularizam *ativamente* o indivíduo o direito de não ser morto e o direito de ser salvo; e, de outro lado, as posições subjetivas do direito à vida titularizam *passivamente* o Estado o dever de não matar e o dever de salvamento.

Cabe destacar, nesse particular, a tese defendida por LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL³, tendo como ponto de partida, que aqui é interessante, as posições inerentes a *de não matar e aos deveres de salvamento*, conforme se destaca adiante:

Começa-se pelo mais simples, a extensão. Certamente os deveres de não matar alcançam todos os demais indivíduos, particulares e aqueles que agem em nome do Estado. Parcos casos, como a legítima defesa e o estado de necessidade, são hábeis a quebrantar os deveres. Com os deveres de salvamento parece ser diverso. São todos os demais indivíduos alcançados por ele? Em que medida? Em linha de princípio, pode-se considerar que à generalidade dos indivíduos destinam-se os deveres de salvamento, (...).

Letícia Martel observa que o dever de salvamento é tratado, pelo ordenamento jurídico brasileiro, com menor extensão do que o dever de não matar. Segundo a autora, “*na parte aureolar do direito à vida estariam às posições de ser salvo de morte iminente, com os correlatos deveres de salvamento*”. Pode-se titularizar *ativamente* a todos os indivíduos o direito de ser salvo de morte iminente e *passivamente* o Estado o dever de salvamento.

O Sistema Único de Saúde – SUS é orientado pelos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços promovam, protejam e recuperem a saúde. Nesse

³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*. 2010. Tese de Doutorado. UERJ. p. 315-319. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel. Acesso em 22.02.2013.

sentido, as políticas públicas de saúde são voltadas à coletividade e mesmo que se possa criar ações e serviços voltados a um grupo específico, por exemplo, prevenção do câncer de mama para mulheres, o princípio da universalização do acesso estaria presente. Pelo princípio da universalização, a Constituição pretendeu destinar as políticas públicas de saúde a todos os indivíduos.

O SUS, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, é o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever de promover a saúde, que tem no polo ativo qualquer pessoa e a coletividade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O SUS, a teor do §1º do art. 196 da Constituição, é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O art. 198 da CF, por sua vez, determina que os Entes Federativos apliquem, anualmente, em ações e serviços de saúde pública recursos do produto de suas arrecadações tributárias. Observa-se, portanto, que o dever de promover a saúde a todos os indivíduos é caracterizado pelo princípio da descentralização, pois cabe à União, ao Estado e ao Município, autonomamente, cumprir esse dever constitucional. A responsabilidade pelas políticas públicas de saúde, à luz desses princípios, é atribuída autonomamente aos Entes Federados.

Por outro lado, não há como deixar de lado a importante observação de LUÍS ROBERTO BARROSO⁴, a respeito da repartição de competências e a Lei do SUS:

Do ponto de vista federativo, (...). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Tomando-se por hipótese para a análise da ponderação de valores, de um lado, um determinado indivíduo que pleiteia judicialmente um tratamento médico ou o fornecimento de medicamento, quase sempre a um alto custo para o Estado, e, do outro, a coletividade que fica privada de ser beneficiada com esse recurso, que seria aplicado em políticas públicas de saúde.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.309-335.

Nesse particular, Luís Roberto Barroso, ao tratar da ponderação de valores em matéria da efetividade e judicialização do direito à saúde, salienta que se *“alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros”*.

Assim, embora o direito de ser salvo constitua um dos fundamentos do direito à saúde para titularizar ativamente um indivíduo e legitimá-lo a pedir a tutela jurisdicional, por outro lado, o dever de salvamento de um indivíduo pode entrar em conflito com o dever de aplicar recursos em políticas públicas para a coletividade, o que poderia se chamar aqui de *colisão de deveres fundamentais*. Daí a importância de se saber o alcance do comando constitucional que titulariza passivamente o Estado o dever de salvamento, diante do fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde.

ROGÉRIO GESTA LEAL⁵ sinaliza o alerta de que *“atendendo-se somente aqueles que ocorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de recursos para fazê-lo”*. Segundo o autor, para solucionar os problemas jurídico-constitucionais, *“deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política”*.

Portanto, para a concretização do direito à saúde pela via das ações judiciais, deve haver um instrumento processual que possibilite a integração dos Entes Federados à lide, sem que isso importe na violação da separação de poderes, mas, ao contrário, represente o reforço da unidade política republicana.

3. ANÁLISE DO IMPACTO ECONÔMICO E SOCIAL DAS DECISÕES JUDICIAIS: o custo social do direito à saúde no Brasil.

Neste ponto, é crucial ventilar a leitura feita por Rogério Gesta Leal a respeito do custo social do direito à saúde no Brasil. Segundo afirma o autor, a despeito da

⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios* / Rogério Gesta Leal. Brasília: ENFAM, 2010, p. 237.

judicialização do direito à saúde, “cada vez mais massivo de perquirições envolvendo o oferecimento de medicamentos, internações hospitalares, tratamentos médico-ambulatoriais e cirurgias à população carente” (...), “a satisfação de um problema imediato poderá inviabilizar centenas de outros tão importantes e legítimos quanto este, haja vista que os recursos financeiros e materiais para tanto, é inexorável, são finitos – e ainda sem falar dos demais responsáveis por tal mister”⁶.

Rogério Gesta chama a atenção para o fato de que tal matéria “envolve outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc.”.

A respeito disso, é interessante trazer a lume o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça⁷, conforme destacado pelo autor:

a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Toda essa reflexão deve-se ao fato de que, como alerta o autor, “*todo e qualquer exercício de direito social como a saúde, em tese, custa dinheiro – e não é pouco em nenhuma parte do mundo*”, aliado ainda à disponibilidade de recursos para o atendimento do dever de salvamento que está vinculada às reservas financeiras do Estado.

Cabe indagar, então, como observa Letícia Martel⁸, é se “a distribuição, alocação e planejamento de recursos podem justificar não tratar alguém, ou seja, não arcar com o dever de salvamento em relação específica”. O Supremo Tribunal Federal⁹ já afirmou que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde (...).

Luís Roberto Barroso¹⁰ alerta para o crescente número de decisões que “condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia

⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos...* p. 238.

⁷ STJ, REsp 811608/RS; Recurso Especial nº2006/0012352-8. 1ª Turma, Relator Min. Luis Fux, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314.

⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis...* p. 318.

⁹ In LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos...* p. 246.

¹⁰ Da falta de efetividade à judicialização excessiva... p.309-335.

duvidosa, associados a terapias alternativas”. Segundo o autor, “*não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento*”. E acrescenta:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Luís Roberto Barroso observou que é recorrente o argumento de que as decisões judiciais provocam a desorganização da Administração Pública, pois “*quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável*”, o que “*impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública*”.

A situação é ainda mais grave, a respeito da análise econômica e social do direito à saúde, quando se analisa a jurisprudência brasileira, que, conforme Luís Roberto Barroso¹¹, a concessão de medicamentos se tem sido apoiada numa “*abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social*”. Para o autor, o agravamento resulta no fato de que:

quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

É por conta disso que a faculdade de atribuir a legitimidade passiva *ad causam* a um único Ente Federativo, sobretudo do Município, pode causar grave abalo nas finanças públicas que comprometa o equilíbrio orçamentário e enfraquece o Ente Federado e, de outra banda, o custeio de tratamento médico e o fornecimento de medicamentos, quase sempre a um custo altíssimo, a um determinado cidadão, não se enquadram como política

¹¹ *Idem.*

pública de saúde – por não haver presente o princípio da universalidade do acesso ao sistema de saúde –, e preocupa quando não há disponibilidade de recursos, até porque não há previsão orçamentária (ou poderia se denominar aqui de *reserva de recursos públicos indenizatórios*) para cobrir os gastos decorrentes da decisão judicial. Como solucionar essa questão?

4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO DIREITO À SAÚDE: possibilidade de integração dos Entes Federados na lide.

Toma-se como situação hipotética em que um indivíduo ingressa judicialmente pleiteando o custeamento pelo Município X de um tratamento médico-hospitalar, em fase de testes, que custe o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). O Município X, ao cumprir a ordem judicial, irá destinar esse valor a apenas um indivíduo em detrimento da destinação desse recurso a medidas preventivas e promocionais de saúde pública à coletividade. Caberá apenas ao Município X a titularidade passiva do dever de salvamento desse indivíduo? Ou, nesse caso, a Constituição quer que o Estado (formado pela União, Estado e Município) responda solidariamente pelo dever de salvamento?

A respeito das soluções apresentadas pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso¹² sobre o tema, embora de reconhecível sustentação, em todas elas se observa um discurso aparentemente limitador do direito de ser salvo (especialmente a respeito de o medicamento constar na lista elaborada pelos entes responsáveis pelo fornecimento), o que aparenta resultar numa desoneração dos deveres de salvamento imposto ao Estado. A solução desse problema jurídico-constitucional não encontra suporte de cunho procedimental do direito material assegurado pela Constituição, mas sim pelo instrumento processual que melhor equacione a questão da distribuição dos custos com o direito à saúde em ações individuais entre os Entes Federados, com o objetivo de reforçar o pacto federativo e dar efetividade ao comando constitucional.

¹² Resumindo, ele propõe alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos, considerando: I. Em Relação às Ações Individuais; II. Em Relação às Ações Coletivas: a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos, b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil, c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo, d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida; e, III. Em Relação à Legitimação Passiva.

Respondendo esse questionamento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte tem jurisprudência firmada a respeito, conforme se verifica no voto do Relator Desembargador Amaury Moura Sobrinho, no julgamento da apelação interposta na Ação Cível Pública nº 0001897-86.2009.8.20.0108, julgada em 25.10.2011:

VOTO

(...)

A questão em análise na demanda diz respeito ao direito saúde, consubstanciado na obrigação do Estado em arcar com os custos de medicamentos paciente hipossuficiente, matéria esta que se encontra delineada na Constituição Federal, em seu artigo 198, § 1º, in verbis: "O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes". Importante esclarecer que o texto legal faz referência às três esferas do Poder Executivo, no intuito de ampliar a responsabilidade, de tal forma que não é possível se falar em litisconsórcio, pois o autor pode requerer o custeio de medicamentos a qualquer um dos entes federados. Além do mais, o texto do artigo 196 da Constituição Federal, ao falar genericamente em Estado, tem cunho geral, preconizando que o custeio do Sistema Único de Saúde se dê por meio de recursos orçamentários da seguridade social, comum a todos os entes federados. A regionalização e hierarquização nele referidas devem ser compreendidas sempre como intenção de descentralizar e garantir sua efetividade. Sendo assim, não merece acolhimento o argumento trazido pelo Estado do Rio Grande do Norte na contestação acerca de solidariedade passiva, pois assumiu as responsabilidades decorrentes da gestão do SUS a nível regional. Ademais, importante esclarecer que não existe subordinação, concorrência ou subsidiariedade entre as esferas municipal e estadual; aliás, qualquer uma delas responde autonomamente pela proteção à saúde individual. Desta forma, desnecessário o chamamento ao processo da União e do Município, pois se trata de um dever solidário dos entes federativos, não impondo seu acatamento, já que não são litisconsortes necessários, mas, sim, facultativos, podendo ser exigida a obrigação de cada um dos entes públicos de forma isolada.

Todavia, ao contrário da responsabilidade autônoma do Estado pela implementação de políticas públicas de saúde à coletividade, analisada anteriormente, a situação parece ser diversa quando o assunto passa pela judicialização das políticas públicas de saúde, na concretização do direito à saúde, mediante a concessão de medicamentos, tratamentos e intervenções de saúde a uma pessoa individualmente considerada. Aplica-se, na demanda individual, os princípios da universalização do acesso e da descentralização, especialmente no caso de tratamentos e fármacos em fase de testes? A resposta é negativa. Primeiro, porque o acesso ao tratamento ou medicamento em fase de pesquisa ou testes não é universal; não titulariza ativamente todos os indivíduos o direito de ser salvo por esse tratamento ou pelo fornecimento do fármaco em fase de testes. E segundo, porque a responsabilidade pelo dever de salvamento (que titulariza passivamente o Estado) em garantir o direito de ser salvo ao titular ativo, por meio da intervenção do Poder Judiciário, deve ser atribuída entre os Entes Federados solidariamente, já que o tratamento médico ou o fármaco em testes não são universais e, por conta disso, não pode ser descentralizado.

No entanto, se o tratamento e/ou o medicamento são disponibilizado pelo sistema único de saúde e apenas ouve recusa ou retardamento na concessão da assistência pelo Estado (União, Estado e Município) – autonomamente responsável nesse caso, implicando em risco de morte ou agravamento do estado clínico do indivíduo, a ação judicial que pleiteie o direito de ser salvo (seja pelo tratamento seja pela concessão do medicamento) deve passar por um *filtro econômico*, em que o Ente Federado acionado avaliará a repercussão da ação sobre suas finanças públicas e dessa análise poderá optar pela integração dos demais Entes Federados no polo passivo. Na verdade, seria interessante que, em qualquer caso (tanto sobre tratamentos e fármacos em fase de testes como dos que já são disponibilizados pelo SUS), a ação passasse pelo filtro econômico, afinal, não seria razoável integrar todos os Entes Federados no polo passivo da ação e movimentar tantos servidores (especialmente os procuradores desses Entes) quando não há relevante interesse econômico na causa. Por exemplo, se o custo do tratamento ou do fornecimento do fármaco é de R\$ 1.000,00 (mil reais). Obviamente, que é necessário estabelecer um parâmetro de filtragem econômica, mas esse não é o objetivo do estudo aqui desenvolvido.

Portanto, o direito de ser salvo, por constituir um dos fundamentos do direito à saúde, é realizável por todos os Entes Federativos (União, Estado e Município) solidariamente (existindo um litisconsórcio necessário) e não autonomamente, quando esse direito é pleiteado em ação individual – ou coletiva de natureza individual – perante o Poder Judiciário.

Voltando à pergunta fundamental do presente estudo: interessa saber se existe instrumento processual que permita procedimentalmente integrar todos os Entes Federados na mesma relação jurídica processual, depois de feita essa filtragem econômica? A intervenção de terceiros poderia ser utilizada para solucionar o problema do custeamento das despesas médico-hospitalares e de fornecimento de fármacos, decorrentes de decisão judicial em demanda individual relacionada ao direito fundamental à saúde, de modo a distribuir tais custos entre os Entes Federativos? E, finalmente, a que nível de jurisdição, Federal ou Estadual, caberia a competência para processar e julgar a ação?

A resposta deve emergir no âmbito de discussão do direito processual. Por meio da intervenção de terceiros ocorre o ingresso na lide de uma determinada pessoa que não foi incluída na formação do processo, seja no polo ativo seja no polo passivo. A intervenção de terceiros pode ser *voluntária* (assistência e oposição) ou *forçada* (denúnciação da lide, nomeação à autoria e chamamento ao processo). Na intervenção forçada, uma vez deferida pelo juiz a inclusão de terceiro sem a retirada da parte originária, que é característica típica

da denúncia da lide e do chamamento ao processo, tal situação implica na ampliação da relação jurídica processual.

A figura processual que melhor se adequaria ao caso em análise é o chamamento ao processo, que pela conceituação de MISAEL MONTENEGRO FILHO¹³ é a modalidade de intervenção forçada, que acarreta a inclusão de terceiro no processo que não foi previsto como réu pelo autor na fase postulatória. Segundo o autor, o chamamento ao processo tem por realidade às obrigações solidárias, situação que se identifica com a obrigação dos Entes Federados em promover a saúde. Com isso, o réu primitivo chama o terceiro ao processo, que depois de observadas as garantias do devido processo legal, e proferida sentença favorável, esta serve como título para o réu primitivo para exigir de cada um dos codevedores a sua cota, na proporção que lhes cabe.

Nesse sentido, HUMBETO TEODORO JÚNIOR¹⁴ assinala que *“a finalidade do instituto é, portanto, favorecer o devedor que está sendo acionado, porque amplia a demanda, para permitir a condenação também dos demais devedores, além de lhe fornecer, no mesmo processo, título executivo judicial para cobrar dele aquilo que pagar”*. Porém, ressalte-se que o chamamento ao processo é uma faculdade e não obrigação do devedor demandado, o que se coaduna com as afirmações que até aqui tem sido feita, especialmente pelo fato de se criar um filtro econômico que permita o Ente Federado avaliar, no caso concreto, se deve ou não chamar os demais Entes Federados ao processo.

Segundo o art. 77 do Código de Processo Civil, *é admissível o chamamento ao processo: I – do devedor, na ação em que o fiador for réu; II – dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III – de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de algum deles, parcial ou totalmente, a dívida comum*. A possibilidade de integração dos Entes Federados à lide para se adequar melhor à hipótese do inciso III, cuja redação deve ser interpretada de modo a admitir a inclusão dos demais quando a ação é direcionada pelo credor – titular do direito de ser salvo – a apenas um deles, ao passo que o termo “dívida” deve abranger as obrigações solidárias, como é o caso dos deveres de salvamento imposto a todos os Entes Federados de forma solidária nas ações individuais, conforme defendido anteriormente.

¹³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processo civil para concursos públicos*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 147.

Considerando a admissibilidade do chamamento ao processo dos Entes Federados em demandas individuais que versem sobre o direito fundamental à saúde, é necessário estabelecer um parâmetro de discussão, no campo do direito constitucional, a respeito competência jurisdicional para julgamento dessas ações.

Voltando ao exemplo inicial, em que um indivíduo ingressa judicialmente (perante a Justiça Estadual) pleiteando o custeamento pelo Município X de um tratamento médico-hospitalar, em fase de testes, que custe o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Se o Município X chame ao processo o Estado e a União, como ficaria a questão da competência jurisdicional? Seria o caso de haver o deslocamento da competência jurisdicional e remeter o processo à Justiça Federal, porque presente interesse da União. A resposta deve ser negativa, quando envolvido o direito fundamental à saúde, já que essa situação acarretaria o atraso na prestação jurisdicional.

A solução parecer se assemelhar à hipótese das ações que versem sobre acidente de trabalho, em que a Constituição Federal (art. 109, I) atribuiu competência aos juízes estaduais, quando presente no polo passivo o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, autarquia federal. Assim, é necessário que o legislador constituinte promova uma alteração no texto constitucional para incluir os casos que versem sobre direito fundamental à saúde, admitindo-se, todavia, uma espécie de competência concorrente entre os juízes federais e estaduais, na hipótese de a ação ser ajuizada apenas contra a União na Justiça Federal, sob pena de ocorrer o mesmo atraso na prestação jurisdicional. Com isso, seja a ação ajuizada na Justiça Estadual contra o Município X (ou contra o Estado Y) ou seja na Justiça Federal contra a União, considerando-os como réus primitivos isolados e chamando os demais ao processo, serão ambas as justiças competentes para julgá-las, concorrentemente, para impedir a remessa do processo de uma para outra, conforme o caso, sobretudo diante do fenômeno da informatização do processo judicial, em homenagem ao *princípio constitucional da duração razoável do processo*.

Diante disso, ter-se-ia a seguinte sequência de atos processuais:

□→ Autor ingressa judicialmente contra o Município X perante a Justiça Estadual, pleiteando o tratamento ou o fornecimento de um medicamento.

□→ O Município X é citado e decide se chama ao processo os demais Entes Federados, pela filtragem econômica da causa.

□→ Os Entes Federados integram a lide, sem que haja deslocamento de competência jurisdicional.

⇒ A sentença judicial, se favorável ao autor, distribui proporcionalmente os custos decorrentes com o tratamento ou do fornecimento do medicamento entre os Entes Federados.

O resultado disso, caso seja defensável, é o fortalecimento e equilíbrio do pacto federativo, já que reduzirá o impacto econômico das decisões judiciais em demanda individual relacionada ao direito à saúde sobre um único Ente Federado, sobre as contas públicas, por compartilhar o ônus do dever de salvamento entre os Entes Federados.

5. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DA SILVA, José Afonso da Silva. Comentário contextual à Constituição, 5. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios / Rogério Gesta Leal. Brasília: ENFAM, 2010.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. 2010. Tese de Doutorado. UERJ. Capítulo 2, p.147-201. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. Processo civil para concursos públicos. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.