



O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal

The reestablishment of the federative pact in the judicialization of health: Federal government paralysis and the judgment of Extraordinary Appeal nº 855.178 by the Supreme Court

El restablecimiento del pacto federativo en la judicialización de la salud: parálisis de la Unión y el Recurso Extraordinario nº 855.178 del Supremo Tribunal Federal

Rafael Soares Leite¹

Fernando Alcantara Castelo²

Fernando Augusto Montai y Lopes³

Resumo

Objetivo: expor soluções que tornem possível e efetivo o ressarcimento dos entes estaduais por parte da União nas demandas envolvendo o direito à saúde, de modo a reequilibrar o pacto federativo. **Metodologia:** pesquisa de caráter bibliográfico e documental, desenvolvida com base em material já elaborado, constituído de livros, artigos, documentos e jurisprudência dos tribunais. **Resultados:** o artigo apresenta ferramentas jurídicas que podem ser utilizadas para forçar a atuação da União Federal e reequilibrar o pacto federativo nas demandas envolvendo o direito à saúde, tendo em vista a inércia da União em realizar o ressarcimento dos entes públicos estaduais. Realça a reconfiguração do protagonismo da União quanto ao financiamento de tratamentos envolvendo medicamentos de alto custo e oncológicos não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS). **Conclusão:** após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178, foram fixados parâmetros que devem ser obrigatoriamente aplicados a fim de compatibilizar o direito à saúde dos jurisdicionados e a repartição de competências no SUS, de modo a restabelecer o pacto federativo na judicialização da saúde.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Compensação e reparação. Federalismo. Poder Judiciário. Governo Federal.

Abstract

Objective: to present solutions that make possible the reimbursement of state entities by the Federal government in demands involving the right to health, in order to rebalance the federative pact. **Methodology:** analysis of the judgment of the extraordinary appeal nº 855.178 by the Supreme Court, which established a new thesis on the joint and several

¹ Mestre em Direito pela UFPR; procurador do Estado do Paraná. Procuradoria de Saúde da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: rafael_soares@hotmail.com

² Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR; procurador do Estado do Paraná; chefe da Procuradoria de Saúde da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: fernandoalcantara@pge.pr.gov.br

³ Especialista em Advocacia Pública; procurador do Estado do Paraná. Procuradoria de Saúde da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: flopes@pge.pr.gov.br



liability of federated entities for the duty to provide health care; bibliographic and documentary research, developed based on material already prepared, consisting of books, articles, documents and jurisprudence of the courts. **Results:** the article presents legal tools that can be used to force the Federal government action and to rebalance the federal pact in the demands involving the right to health, considering the inertia of the Federal government in making the reimbursement of state public entities. It highlights the reconfiguration of the Federal government role in financing treatments involving non-SUS, high cost and cancer drugs. **Conclusion:** after the judgment of the RE 855,178, parameters were set that must be enforced in order to make the right to health of the citizens and the division of competences in the SUS compatible, in order to reestablish the federative pact in the judicialization of health.

Keywords: Health's judicialization. Compensation and redress. Federalism. Judiciary. Federal Government.

Resumen

Objetivo: presentar soluciones que hagan posible el reembolso de entidades estatales por parte de la Unión en demandas relacionadas con el derecho a la salud, para reequilibrar el pacto federativo. **Metodología:** análisis de la sentencia del RE nº 855.178 del Supremo Tribunal Federal, que estableció una nueva tesis sobre la responsabilidad solidaria de las entidades federadas por el deber de brindar atención médica; Investigación bibliográfica y documental, desarrollada en base a material ya preparado, consistente en libros, artículos, documentos y jurisprudencia de los tribunales. **Resultados:** el artículo presenta herramientas legales que pueden usarse para forzar la acción de la Unión Federal y reequilibrar el pacto federal en las demandas que involucran el derecho a la salud, considerando la inercia de la Unión al hacer el reembolso de las entidades públicas estatales. Destaca la reconfiguración del papel de la Unión en el financiamiento de tratamientos que involucran medicamentos no incorporados en SUS, de alto costo y contra el cáncer. **Conclusión:** después de la sentencia del RE nº 855,178, se establecieron parámetros que deben hacerse cumplir para que el derecho a la salud de los ciudadanos y la división de competencias en el SUS sean compatibles, a fin de restablecer el pacto federativo en la judicialización de la salud.

Palabras-clave: Judicialización de la salud. Compensación y reparación. Federalismo. Poder Judicial. Gobierno Federal.

Introdução

Um dos temas mais complexos e conturbados em relação à judicialização do direito fundamental à saúde (1) refere-se à assunção financeira dos custos quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos decorrentes de decisões judiciais e o consequente ressarcimento entre os entes públicos.

Diante da escassez de recursos públicos e do aumento de demandas em escala geométrica, o tema tornou-se o foco principal nas discussões sobre a efetivação do direito à



saúde, especialmente em razão da ausência de realização de compensações financeiras pela União dos serviços prestados pelos estados-membros.

A maneira como tem sido concedida a tutela nas ações que versam sobre o direito à saúde tem impactado de forma assimétrica os entes federados, impondo, na maioria das vezes, obrigações financeiras vultosas para os estados-membros, sem que se determine o reembolso ou se atribua responsabilidade à União (2).

O presente trabalho busca expor soluções que tornem possível e efetivo o ressarcimento dos entes estaduais por parte da União nas demandas envolvendo o direito à saúde, de modo a reequilibrar o pacto federativo.

O ressarcimento entre os entes públicos: situação anterior ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo STF

No Sistema Único de Saúde (SUS), União, Estados, Distrito Federal e Municípios assumem distintas responsabilidades de financiamento e de execução das políticas públicas, sendo estabelecido pela Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080/90), e demais atos normativos que a regulam, a distribuição de atribuições administrativas e, em especial, a regulamentação quanto à aquisição, à programação, ao armazenamento, à distribuição e à dispensação de medicamentos e produtos para tratamentos de enfermidades (3) (4).

A gestora nacional do SUS é a União, a quem compete definir e coordenar o sistema de redes integradas de assistência de alta complexidade, assim como prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional, conforme art. 16 da Lei nº 8.080/90 (4).

Compete à União a incorporação de medicamentos para o atendimento de doenças e agravos no SUS (art. 19-Q da Lei nº 8.080/90) (4), padronizando os medicamentos que serão utilizados em todas as esferas de gestão do SUS. Além disso, é da União a responsabilidade financeira em relação a certos medicamentos, especialmente aqueles tidos como de alto custo, tal como previsto no art. 540 da Portaria de Consolidação nº 6/2017 do Ministério da Saúde, que dispõe sobre as regras de financiamento do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no SUS (5).

Como Castelo já destacou (6), a responsabilidade pelo financiamento dos tratamentos oncológicos também é da União, pois são classificados como procedimentos de alta



complexidade do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS) e procedimentos de alta complexidade do Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS), que são financiados pela União, conforme a Portaria nº 627/2001 (7) e a Portaria de consolidação nº 2/2017 do Ministério da Saúde (8) .

Embora a responsabilidade da União pela incorporação de novos tratamentos, pelo custeio e fornecimento de medicamentos de alto custo e oncológicos esteja devidamente delineada no âmbito do SUS, é prática comum do Poder Judiciário determinar o custeio e fornecimento desses tratamentos exclusivamente aos entes estaduais, ignorando veementemente as normas de dispensação traçadas no SUS (9) (10).

Nesses casos, os estados acabam por arcar com os custos pelo fornecimento de tratamentos que não seriam de sua responsabilidade, devendo fazer jus ao ressarcimento dos valores despendidos. Com efeito, o art. 35, VII, da Lei nº 8.080/90 (4), que trata do financiamento e da gestão financeira do SUS, estabelece o dever de ressarcimento por parte da União quanto ao atendimento a serviços prestados por outras esferas de governo.

Contudo, a realidade é que, em relação às demandas judiciais que são movidas em face dos entes estaduais, a União tem demonstrado pouco interesse na realização do ressarcimento destes entes, criando empecilhos quanto à determinação legal. Pode-se afirmar que há uma verdadeira paralisia da União, vez que ela não sofre de maneira sensível os deletérios impactos da judicialização da saúde, razão pela qual o ente federal aparentemente opta por não incorporar aquilo que deveria, por não financiar aquilo que deveria, e tampouco por ressarcir aquilo que seria de sua responsabilidade e é despendido pelos entes estaduais (6) (11).

Tal conduta foi reforçada pelo julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, momento em que o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou o entendimento de que existiria um dever solidário entre os entes públicos de fornecer medicamentos e tratamentos de saúde, como forma de cumprir determinações legais e constitucionais (12). Dessa forma, o Poder Judiciário teria liberdade para obrigar qualquer esfera da federação a custear medicamentos, não sendo necessário respeitar as diversas disposições legais que estruturam as políticas e prestações dentro do SUS.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.203.244 (13), entendeu que não seria impositiva à participação da



União no processo em demandas de saúde. Na prática, levou ao entendimento de que não se apresentaria possível a utilização do chamamento ao processo com o objetivo de integrar à lide o ente público responsável pela política de saúde. Tal intervenção de terceiro seria medida meramente protelatória e não traria qualquer utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso ao direito à saúde.

Castelo (6), contudo, rechaça a interpretação que foi dada ao julgado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de impedir a participação da União e o reconhecimento da sua responsabilidade nas demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, especialmente os oncológicos. Sem embargo, o fato é que, a partir do julgamento do REsp nº 1.203.244 (13), fixou-se no âmbito do Poder Judiciário a orientação de que caberia ao autor a escolha do ente federado que iria ser demandado. Logo, a depender única e exclusivamente da decisão do jurisdicionado, o ente público assumiria ou não a responsabilidade pelo custeio da política pública de saúde, sem qualquer respeito às normativas que regulamentam o SUS.

Para o presente estudo, as situações enfrentadas pelos entes estaduais em demandas relativas ao direito à saúde foram: a) demanda judicial intentada em face apenas do Estado; b) demanda ajuizada em face do Estado e da União, com determinação judicial de ressarcimento administrativo entre os entes; e c) demanda direcionada em face do Estado e da União, determinando-se ressarcimento nos próprios autos.

Em relação à situação de ajuizamento de demandas apenas em face do Estado, o processo tramita perante a Justiça Estadual e eventual sentença de procedência não pode constituir título executivo de ressarcimento por parte da União, diante da incompetência absoluta da justiça comum estadual. Nesses casos, não estando a União presente na demanda, seria vedado ao Poder Judiciário impor qualquer condenação ao ente federal, restando impossível a determinação de ressarcimento, por violação ao contraditório.

Por esta razão, em 2015, o Estado do Paraná ajuizou, em face da União, ação declaratória com intuito de obter o ressarcimento pelos gastos feitos em razão do fornecimento judicial de todos os medicamentos que seriam de responsabilidade financeira da União, porquanto já incorporados em atos normativos do SUS e previstos como sendo de dispensação exclusiva do ente federal.



A referida ação judicial recebeu a numeração 5018638-71.2015.4.04.7000, tramitando inicialmente perante a 3ª Vara Federal de Curitiba. No curso da demanda, houve o reconhecimento de conflito federativo e a ação foi remetida para o STF. O processo foi distribuído como Ação Civil Originária (ACO) nº 2.983, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes (14).

Na ACO nº 2983, foi proferida decisão monocrática pelo Ministro Relator, declarando a incompetência do STF para a análise do pedido, sob o fundamento de inexistir conflito federativo, mas apenas conflito patrimonial, o que levaria à competência da Justiça Federal para apreciação o feito. Assim, houve a determinação de retorno dos autos à 3ª Vara Federal de Curitiba. Entretanto, a União apresentou recurso da decisão do relator, que ainda se encontra pendente de análise no Supremo.

Deve ainda ser pontuado que, antes do ajuizamento da ação de ressarcimento em face da União, o Estado do Paraná propôs a instauração de procedimento administrativo conciliatório à Câmara de Conciliação e Arbitragem da União (Procedimento Administrativo nº 00400.009919/2013-89), mas o procedimento foi inadmitido sob a justificativa de que o Ministério da Saúde já havia criado normativas específicas para ressarcimento administrativo entre entes federados, o que descaracterizaria o interesse na proposta de procedimento conciliatório (15).

A segunda situação refere-se às demandas ajuizadas em face do Estado e da União, em que a decisão judicial determina o fornecimento do tratamento por qualquer dos entes e que eventual ressarcimento seja realizado no âmbito administrativo, sendo esta a regra nos processos que tramitam perante a Justiça Federal, tendo em vista a jurisprudência consolidada dos Tribunais Regionais Federais (16).

Em relação a essa situação, tendo em vista a ausência de capilaridade da União, a regra é que os entes estaduais cumpram a decisão, arcando com todo o ônus financeiro decorrente do fornecimento do medicamento, enquanto a União cria empecilhos para efetivação do ressarcimento na via administrativa, tal qual ocorrido no bojo do processo administrativo nº 00400.009919/2013-89 apresentado perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da União (15). Na prática, os Estados acabam por assumir a responsabilidade do custeio dos tratamentos decorrentes de determinação judicial e a União permanece inerte, não realizando os repasses devidos (2) (6) (10) (11).



Ilustrando a situação, no Estado do Paraná, entre 2010 e 2018, solicitou-se o reembolso de 88 milhões de reais, sendo que apenas 33 milhões foram pagos. Ressalta-se que, dos mais de 25 milhões de reais solicitados em 2017 e 2018, menos de 1 milhão de reais foram reembolsados, sendo que ainda há mais de 700 processos administrativos de ressarcimento sem conclusão (17).

Nesse caso, se discute se a sentença que determinou o ressarcimento administrativo seria título judicial apto a dar ensejo ao ajuizamento de ação de cobrança. Contudo, em caso de resposta positiva, é certo que o processo seria longo e a execução se daria mediante precatório, o que consubstanciaria mais um entrave ao efetivo ressarcimento dos estados.

A terceira e última situação relaciona-se aos casos em que a demanda é ajuizada em face do Estado e da União, sendo que a eventual sentença de procedência determina, de forma expressa, que o reembolso, ressarcimento ou a compensação se dê na via judicial. Os casos em que há comando judicial de ressarcimento nos próprios autos são exceções, consubstanciando uma parcela muito pequena de demandas judiciais que possibilitam o início da fase de cumprimento de sentença (18).

Portanto, após a consolidação da tese da solidariedade pelo STF no julgamento da STA nº 175 (12) e o julgamento do REsp nº 1.203.244 (13), em todos os cenários acima apresentados, os estados são prejudicados financeiramente, já que assumem o ônus patrimonial pelo cumprimento das decisões judiciais e são impedidos de efetivar o pleno ressarcimento perante a União, nos termos do art. 35, VII, da Lei nº 8.080/90(4).

Essa conjuntura estabelecida pela jurisprudência foi um dos principais argumentos utilizados pelos entes estaduais para que houvesse a reanálise do entendimento acerca da solidariedade em demandas relacionadas ao direito fundamental à saúde, que culminou no julgamento dos embargos de declaração em face do RE nº 855.178 (19), onde restou fixada nova tese acerca da solidariedade, como se verá no tópico adiante.

O cenário pós-julgamento do RE nº 855.178 pelo STF: em busca do reequilíbrio federativo na judicialização da saúde

No âmbito administrativo, existe uma relativa descentralização de competências entre os entes federativos, ordenada e planejada segundo a capacidade organizacional e



econômico-financeira de cada um. O cenário é outro quando nos deparamos com a judicialização da saúde.

A jurisprudência construída em torno da solidariedade, nos termos que até então vinha sendo aplicada, acabou por produzir um indesejável efeito concentrador de obrigações em torno dos entes estaduais, obrigando-os a suportar o financiamento de tratamentos de alto custo que não seriam de sua competência se fosse observado o regime jurídico-administrativo do SUS, ou, pelo menos, se ele fosse aplicado analogicamente. A respeito da competência em relação a tratamentos não padronizados no SUS, deve-se destacar a importante contribuição de Morozowski e Oliveira (20).

Em um cenário em que notadamente os estados-membros enfrentam crises financeiras profundas, revela-se um contrassenso que os entes estaduais se tornem os principais responsáveis pelo financiamento e fornecimento de tratamentos de alto custo ou de tecnologias que não tenham sido incorporadas ao SUS pelo Ministério da Saúde, enquanto a União assume parcela ínfima dessas obrigações. A pressão crítica sobre os recursos financeiros dos estados e a justiça envolvida no restabelecimento de um equilíbrio financeiro entre os membros da Federação em relação à judicialização requer urgência no endereçamento da questão (21).

O STF, como guardião da Constituição Federal – e, por conseguinte, do federalismo nela estabelecido – surge como importante árbitro desse conflito. Ao concluir o julgamento do RE nº 855.1178, em 23 de maio 2019, a Suprema Corte fixou tese de repercussão geral no Tema 793, acerca da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, com a seguinte redação:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área 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. (16)

A tese fixada pode ser analisada em duas partes: a primeira parte mantém o reconhecimento da solidariedade; a segunda parte, por sua vez, restabelece o equilíbrio financeiro, ao afirmar que compete ao magistrado determinar o ressarcimento ao ente que, não tendo a atribuição jurídico-administrativo para tal, financiou o tratamento.



A conclusão do julgamento do RE nº 855.178, com o estabelecimento da tese do Tema 793, ao mesmo tempo em que reafirma a solidariedade, também a tempera, ao possibilitar o redirecionamento da obrigação e o ressarcimento do ônus financeiro, sendo possível falar em uma solidariedade mitigada, com matizes. É sobre essa segunda parte que nos concentraremos nesse momento do estudo.

A tese restaura a importância da organização descentralizada do SUS, em que há distribuição de competências entre os entes federados (municípios, estados e União) estabelecida em atos normativos. Nesse sentido, ela possibilita o realinhamento das decisões judiciais com o sistema de saúde público e como ele reparte administrativamente as atribuições relacionadas ao custeio e fornecimento de serviços e tratamentos em saúde.

Quando a tese se refere à “critérios constitucionais de descentralização e hierarquização”, a redação que a inspira é evidente: trata-se do art. 198 da Constituição Federal, de seu *caput* e de seu inciso I. Assim se encontra no texto constitucional, *in verbis*:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (22)

Até então, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não ousava realizar maiores incursões nesse dispositivo, preferindo sempre pautar o direito à saúde exclusivamente sob a perspectiva interpretativa do art. 196, que estabelece a saúde como direito de todos. Em realidade, a jurisprudência fincou-se principalmente na primeira parte do art. 196, haja vista que sua segunda parte estabelece como esse direito será realizado: “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.” (23) A desconsideração dessa segunda parte implicou a comutação do direito à saúde de objeto de macro-políticas públicas de saúde definidas em âmbito coletivo para direitos prestacionais exigíveis judicialmente em âmbito individual.

Portanto, a tese revela-se um divisor de águas na jurisprudência aplicável às ações que versam sobre o direito à saúde: a partir de agora, os profissionais do direito que atuam nesse campo deverão devotar maior atenção à organização do SUS e à maneira como se distribuem competências e recursos entre os entes federativos no interior desse sistema.



A reintrodução desse foco é extremamente bem-vinda. Ainda que acresça uma pequena camada de complexidade à análise que deverá ser feita diante do caso individual, ela é fundamental, pois ignorá-la significaria desorganizar o SUS e fazer desabar a estrutura democrática, constitucional e legal, sobre a qual ele foi construído e se constrói. O excesso de simplificação em que era aplicada a jurisprudência anterior é, assim, mitigado, ao que se dá mais força agora aos desígnios constitucionais de hierarquização e descentralização do SUS, e se instaura maior harmonia quanto à divisão das competências assumidas.

A tese do STF convoca o magistrado à atuação proativa: nos termos em que fixada, *compete à autoridade judicial* direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

A jurisprudência do STJ anteriormente mencionada – mormente a tese fixada no recurso repetitivo REsp nº 1.203.244/SC (Tema 686) – deverá ser, evidentemente, revista com a fixação da tese do Tema de Repercussão Geral 793. Isso porque o chamamento ao processo, reputado pelo STJ como “não impositivo”, torna-se agora, dever jurídico atribuído à autoridade judicial.

A inusitada aplicação da solidariedade em ações envolvendo a judicialização do direito à saúde exige a formação de parâmetros jurisprudenciais condizentes com o regime constitucional e legal do SUS, adaptando a solidariedade – instituto notadamente importado do direito privado – para relações administrativas que se entrelaçam sob o nível federativo.

A repartição de competências no âmbito do SUS é feita mediante normas de natureza administrativa e de ordem pública, cuja aplicação e incidência independem da vontade das partes. Nesse sentido, o reconhecimento da solidariedade e seu corolário óbvio, o chamamento ao processo – antes rechaçado pelo STJ –, também sofre adaptações para se enquadrar ao regime jurídico-administrativo.

Como consequência dessa adaptação – e que se encontra devidamente albergado na tese fixada – está o fato de que o redirecionamento e a determinação de ressarcimento atuam *ex legis* e não dependem de provocação ou anuência das partes. A autonomia da vontade, princípio axiológico *par excellence* do direito privado, deve ser mitigada ou mesmo eliminada quando aplicada às relações processuais no âmbito do direito à saúde.

Portanto, a intenção da parte autora de ajuizar a demanda contra um ente que não possui responsabilidade cede diante dos imperativos de reequilíbrio federativo no âmbito da



judicialização da saúde. A parte evidentemente pode solicitar a prestação – inclusive, como veremos, em sede de tutela provisória –, mas não lhe cabe exigir quem deverá oferecer e arcar com essa prestação, uma vez que tais atribuições já são definidas pela Constituição e pela legislação do SUS, não podendo ser afastadas de maneira individual ou conforme a estratégia definida pelo patrono da parte.

Enquanto a relação de administração e direito subjetivo sejam noções igualmente aceitas ao direito administrativo, base última da construção sistemática de nossa disciplina não é a noção de direito subjetivo, senão a de relação de administração. Os elementos estruturais da relação jurídica (pessoas, bens e atos), ainda que ambivalentes, são, no direito administrativo, conformados e adaptados primariamente à ordem que, pela relação de administração, se estabelece (24).

Dessa maneira, cumpre restaurar a sintonia entre o direito subjetivo nas ações de saúde e a estrutura administrativa preexistente. Nesse sentido, a solução posta pela tese do STF dá adequado dimensionamento ao problema identificado pelo STJ, em seu superado precedente, de que não se pode criar obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde.

Reconhece-se que, diante da estrutura organizacional do SUS, o beneficiário do direito à saúde não estaria obrigado a compreender os detalhes administrativos quanto a quem se obriga a fornecer o quê. A tese, porém, reconhece essa preocupação, ao mesmo tempo que oferece diretrizes importantes para também não sobrecarregar um ente federativo com obrigações que ordinariamente não são suas.

As soluções que se depreendem da tese podem verdadeiramente reequilibrar o cumprimento das obrigações voltadas à realização do direito à saúde. Assim, ela se conforma às exigências de se observar o pacto federativo, sem prejudicar a parte autora que busca determinado tratamento. Vejamos, assim, as soluções imaginadas.

Demanda em que, inicialmente, só o Estado é parte

Uma vez restabelecida a importância da hierarquização e descentralização, insta perquirir os efeitos processuais e financeiros da tese aprovada pelo STF no âmbito da judicialização da saúde, em especial no que se refere à atribuição de responsabilidades da União.



Como visto anteriormente, para além da incorporação de novos medicamentos no SUS, a responsabilidade da União abrange entre outros, (a) o financiamento em relação a certos medicamentos – em especial, os de alto custo, enquadráveis no Grupo 1 do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; (b) o custeio de medicamentos e tratamentos oncológicos.

Para o exame a seguir, chegou-se à conclusão, após analisar o regime de repartição de competências dentro do SUS, de que a responsabilidade seria da União, seja porque o medicamento não está incorporado ao SUS, seja porque o medicamento é de alto custo, seja porque o medicamento é oncológico.

Como, portanto, aplicar a tese da solidariedade mitigada e impor o cumprimento da ordem à União? A atitude processual a ser adotada dependerá da maneira como foi ajuizada a ação: (i) se a demanda foi proposta somente contra o Estado; (ii) se a demanda foi proposta contra o Estado e a União.

A primeira situação é aquela em que a parte autora propõe a demanda tão somente em face do Estado. Constatada que a competência para o fornecimento de determinado tratamento seria da União, qual a conduta a adotar?

Se não requerida a tutela de urgência ou, se requerida, mas não constatado o preenchimento de seus requisitos em sede de cognição sumária, o juiz deverá determinar a inclusão da União no feito e, passo seguinte, determinar sua remessa à Justiça Federal, que possui competência absoluta para processar as demandas em que a União é parte.

Se compreendido que os requisitos da tutela provisória estão preenchidos e, visando evitar prejuízos à parte autora, se determinado o fornecimento do tratamento inicialmente pelo Estado, a União deverá ser incluída no feito e realizar o ressarcimento daquilo que já foi fornecido, nos próprios autos. Uma vez incluída, ratificada a liminar, a União deverá passar a fornecer o tratamento, ou depositar, com a antecipação necessária, os valores para que a parte autora realize a aquisição do tratamento concedido judicialmente.

Nesse ponto, é interessante destacar que diversos enunciados das Jornadas de Direito da Saúde I, II e III do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) admitem a possibilidade de o cumprimento ocorrer mediante disponibilização financeira. Em especial, destaquem-se os enunciados nº 53, 54, 55, 56, 74, 82 e 94 (25).



Em casos excepcionais e extraordinários, o magistrado poderá determinar que o fornecimento seja feito pelo Estado, com ressarcimento, *a posteriori*, nos próprios autos.

É importante destacar que, sob o ponto de vista do ressarcimento, pouco importa o resultado da demanda. Dito de outro modo, se, ao prolatar a sentença, o juiz acolhe ou rejeita o pedido da parte autora, isto não terá repercussão sob o ponto de vista do ressarcimento financeiro entre os entes. O Estado, conquanto forneça inicialmente tratamento que refoge às suas competências constitucionais e legais, somente o deverá fazer de maneira provisória e precária, enquanto não devidamente acionado o ente responsável – a União. Logo, o fracasso da demanda não produz efeito sob as relações jurídicas entre os entes públicos no que toca ao ressarcimento.

Em síntese, quando inicialmente a demanda for proposta somente contra o Estado, entendemos que são as seguintes as medidas processuais passíveis de serem adotadas:

a) o juiz deve tão somente determinar a inclusão da União no feito e o remeter à Justiça Federal;

b) determinar-se o fornecimento inicial pelo Estado, bem como a inclusão da União no feito que, uma vez partícipe da relação processual, deverá passar a fornecer ela mesma o tratamento requerido, ou depositar os valores pertinentes para desincumbir-se de sua obrigação, caso a liminar seja ratificada.

Demandas em que Estado e União são partes

Outra situação ocorre quando a parte autora ingressa com a ação já contra o Estado e a União, concomitantemente. Ao assim fazê-lo, a parte autora estaria agindo em conformidade à tese fixada, que admite solidariedade, ainda que com matizes.

A solução, para o magistrado, revela-se mais fácil e simples: se há o reconhecimento da responsabilidade da União para o custeio do tratamento, à autoridade judicial incumbe, *ab initio*, direcionar a obrigação exclusivamente ao ente federal, que deverá fazer a aquisição e a entrega do medicamento postulado. Na hipótese de a União deparar-se com dificuldades no cumprimento, incumbe a ela proporcionar, no processo, os recursos financeiros pertinentes, pelo meio que lhe parecer menos oneroso.

Se a União não fornecer o tratamento *in natura* e nem mediante disponibilização financeira, deve o magistrado, dentro da *caixa de ferramentas* que o direito processual lhe



propicia, instituir os mecanismos para fazer cumprir sua autoridade jurisdicional. Contudo, não se pode olvidar que não tem sido incomum nos depararmos com situações em que as dificuldades da União em cumpri-la – sejam intencionais ou não – passam a pôr em risco a realização da tutela jurisdicional e, no caso do direito à saúde, a continuidade da terapêutica recomendada ao beneficiário pelo profissional de saúde.

Embora tecnicamente incorreta – repisa-se que se trabalha com a hipótese que a União, desde o início, seria responsável pelo fornecimento do tratamento –, diversas vezes o direcionamento se faz de modo inverso: determina-se ao Estado que cumpra a decisão judicial, e depois, que se utilize de mecanismos administrativos para obter o ressarcimento, afastando a intervenção judicial e desautorizando ajuizamento de ação com esse propósito (26).

Como destacado acima, o impulsionamento desses mecanismos administrativos para obtenção do ressarcimento tem se deparado com obstáculos práticos intransponíveis, de modo que esse entendimento não tem sido eficaz para os fins de se exigir o ressarcimento.

Para essas situações excepcionais, a tese agora impõe que o julgador, quando lançar mão do expediente de determinar que a obrigação da União seja cumprida pelo Estado, reconheça que o ressarcimento possa ocorrer, ainda que *a posteriori*, dentro dos próprios autos. Isso se extrai da determinação de ressarcimento que se faz, agora, judicialmente, e não mais administrativamente.

Portanto, assim como está superada a jurisprudência que inadmitia a participação de outro ente político senão quando incluído pela parte autora, também não mais se coaduna com a tese fixada pelo STF a decisão que remete o ente que arcou com a obrigação do outro a tentar resolver administrativamente a questão. Nesse sentido, o ressarcimento passa, necessariamente, pelo processo judicial, não havendo mais que se falar em fornecimento pelos estados de tratamentos de responsabilidade da União mediante ressarcimento administrativo, uma vez que somente assim será possível tirar a União da sua cômoda situação de paralisia e reequilibrar o pacto federativo.

Em suma, quando proposta inicialmente, a demanda já contra o Estado e a União, em caso de pertinência da demanda, pensamos que são as seguintes as medidas processuais passíveis de serem adotadas:



a) o juiz deve determinar, de pronto, o fornecimento (compra e entrega) pela União, ou, subsidiariamente, a disponibilização dos recursos financeiros para a aquisição, nos próprios autos, pela União;

b) extraordinariamente, se foi direcionado ao Estado o fornecimento de tratamento de competência pela União, deve ser determinado o ressarcimento, ainda que *a posteriori*, nos próprios autos judiciais.

Essas medidas, de uma só vez, protegem o direito tutelado e, ao mesmo tempo, observam e aplicam o princípio federativo à judicialização da saúde.

Conclusão

A judicialização da saúde tem comprometido consideravelmente o orçamento de entes estaduais, que têm direcionado grande parcela de recursos para o atendimento de decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos de responsabilidade da União, seja por não estarem incorporados ao SUS, seja porque são de alto custo ou oncológicos.

Após os julgamentos da STA nº 175 e do REsp nº 1.203.244, sedimentou-se na jurisprudência brasileira que demandas de saúde poderiam ser propostas em face de qualquer ente da Federação, incumbindo essa escolha exclusivamente à parte autora, que estava desobrigada de observar a divisão de atribuições no âmbito do SUS.

Sob o viés desse entendimento, nas ações ajuizadas exclusivamente em face dos entes estaduais perante a Justiça Estadual, os referidos entes terminam por arcar com o custeio pelo fornecimento de medicamentos de alto custo, oncológicos e aqueles ainda não incorporados pelo SUS, obstando-se o ressarcimento financeiro nos próprios autos, tendo em vista a impossibilidade de se chamar a União ao feito.

Por outro lado, nas hipóteses de ações ajuizadas na Justiça Federal em que consta o ente estadual no polo passivo, embora as decisões judiciais reconheçam a responsabilidade solidária entre os entes federados, na maioria das vezes a responsabilidade pelo cumprimento incumbe apenas ao ente estadual, sob a justificativa deste deter maior estrutura administrativa para efetivação da medida.

No entanto, com relação à possibilidade de ressarcimento dos custos suportados pelos estados-membros, o entendimento da Justiça Federal é de que o ressarcimento ocorra



no âmbito administrativo, que tem sido frustrado pela União, tendo em vista os diversos entraves burocrático-administrativos impostos pelo ente federal.

Assim, os Estados acabam sendo extremamente prejudicados financeiramente, pois assumem o ônus patrimonial pelo cumprimento das decisões e são impedidos de efetivar o pleno ressarcimento perante a União.

No entanto, sinaliza-se a mudança desse cenário, tendo em vista que o STF fixou, ao concluir o julgamento do RE nº 855.1178, em repercussão geral, a tese de que os entes da federação, embora sejam solidariamente responsáveis nas demandas de saúde, 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.

Portanto, o novo entendimento revela-se um divisor de águas no âmbito da jurisprudência aplicável às ações sobre direito à saúde. A partir de agora, os profissionais do direito, mormente os magistrados, devem devotar especial atenção à organização do SUS e à divisão de competências e recursos entre os entes federativos no sistema.

Diante da fixação da tese fixada pelo STF, altera-se a sistemática de efetivação das prestações de saúde de responsabilidade da União decorrentes de decisões judiciais, vislumbrando-se a ocorrência de duas situações possíveis envolvendo o ente estadual.

A primeira situação é aquela em que a parte autora propõe a demanda tão somente em face do Estado, ocasião em que o juiz deverá determinar a inclusão da União no feito e, passo seguinte, remetê-lo à Justiça Federal. Eventualmente, caso preenchidos os requisitos da tutela provisória, e determinado o fornecimento inicialmente pelo Estado, a União deverá ser incluída no feito, passando a ela a incumbência pelo fornecimento, seja por disponibilização direta do medicamento ou por depósito do valor necessário à aquisição pela parte, ressarcindo-se o Estado, nos próprios autos, pelas suas despesas.

O segundo cenário envolve as demandas ajuizadas em face da União e o Estado perante a Justiça Federal. Nesse caso, em caso de pertinência da demanda, caberá ao juiz determinar o cumprimento da decisão pela União. Extraordinariamente, se foi direcionado ao Estado o fornecimento de tratamento de atribuição da União, deve ser determinado o ressarcimento, ainda que *a posteriori*, nos próprios autos judiciais, nunca de maneira administrativa.



Logo, após o julgamento do RE nº 855.178 (Tema de Repercussão Geral 793), fixam-se os parâmetros que devem ser necessariamente respeitados em demandas envolvendo o direito à saúde, de modo compatibilizar a proteção ao direito dos jurisdicionados e a repartição de competências no SUS, reestabelecendo o pacto federativo na judicialização da saúde.

Referências

1. Bucci MPD. Fundamentos para uma teoria jurídica de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192.
2. Pontarolli D, Rossignoli P, Moretoni C. Panorama da judicialização de medicamentos na Secretaria Estadual de Saúde do Paraná. In: *Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*. Org. Santos AO, Lopes LT. Brasília: Conass, 2018. v.2. p. 174-186.
3. Medeiros FJM. O ativismo judicial e o direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum; 2011. p. 75.
4. Brasil. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm [acesso em 24 jul 2019].
5. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação nº 6/201. Dispõe sobre Consolidação das normas sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0006_03_10_2017.html#TITULOVC_APIISECI [Acesso em 25 ago 2019].
6. Castelo FA. A necessidade de estabelecer a responsabilidade da União nas ações que buscam o fornecimento de medicamentos oncológicos. In: *Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*. Org. Santos AO, Lopes LT. Brasília: Conass, 2018. v.2. p. 132-145.
7. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 627, de 26 de abril de 2001. Dispõe sobre as regras de Procedimentos de Alta Complexidade. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2001/prt0627_26_04_2001.html [Acesso em 25 ago 2019].
8. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 2, de 28 de setembro de 2017. Dispõe sobre a Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html [acesso em 25 ago 2019].
9. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Turma Regional de



Uniformização da 4ª Região. Incidente de Uniformização JEF nº 5019997-38.2015.4.04.7200/SC. Relator Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva. Julgado em 09/08/2016.

10. Naundorf B, De Carli P, Goulart B. O estado do Rio Grande do Sul e os impactos da judicialização da saúde na gestão pública. In: *Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*. Org. Santos AO, Lopes LT. Brasília: Conass, 2018. v.2. p. 208-217.

11. Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Vara Federal de Londrina. Processo nº 5014094-95.2019.4.04.7001 [Acesso em 27.ago.2019]

12. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. Suspensão de Liminar 175 AgR., Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. Dje 30/04/2010.

13. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Primeira Seção. Recurso Especial 1203244/SC. Relator Min. Herman Benjamin. Julgado em 09/04/2014. DJe 17/06/2014.

14. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Civil Originária (ACO) nº 2983, Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 31/10/2018. Publicado em 07/11/2018.

15. Brasil. Advocacia-Geral da União. Processo Administrativo n. 00400.009919/2013/89.

16. Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação cível n. 5014955-81.2015.4.04.7208. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento8866043 [Acesso em 17.jul.2019].

17. Brasil. Secretaria de Saúde do Estado do Paraná. Relatório de atividades do ano de 2018.

18. Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Turma Regional de Uniformização. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (TRU) 5016782-88.2014.404.7200. Relator para Acórdão Fernando Schenkel do Amaral e Silva. Juntado aos autos em 09/08/2016.

19. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 855.178. Certidão de julgamento. Relator Min. Edson Fachin. Julgado em 23/05/2019. Dje 03/06/2019.

20. Morozowski AC, Oliveira LV. Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS. Migalhas. 1º julho 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI305311,91041-da+responsabilidade+solidaria+na+assistencia+a+saude+no+SUS>. [Acesso em 15.jul.2019]

21. Freitas DC. Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo. Belo Horizonte: Fórum; 2018. p. 167.

22. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, 8 de outubro de 1988. Disponível



em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm [Acesso em 25.ago.2019]

23. Schulze CJ, Neto JPG. Direito à saúde. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2019. p. 99-130.

24. Lima RC. Princípios de direito administrativo. 7ª edição, revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros; 2007.

25. Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf> [Acesso em 25.ago.2019].

26. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Turma Regional Suplementar de SC. Apelação Cível n. 5000713-34.2017.4.04.7213. Rel. Des. Federal Celso Kipper, juntado aos autos em 06/06/2019.

Submetido em: 29/07/19

Aprovado em: 15/08/19

Como citar esse artigo:

Leite RS, Castelo FA, Lopes FAM. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2019 jul./set.; 8(3): 70-88.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v8i3.550>