

SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS: LACUNAS DO TEMA 793

SOLIDARITY OF THE FEDERATIVE ENTITIES: GAPS IN THE THEME 793

HOMERO LAMARÃO NETO¹

ELIANA MARIA DE SOUZA FRANCO TEIXEIRA²

MATHEUS COELHO DA SILVA³

RESUMO

Na fixação do Tema 793 do Supremo Tribunal Federal alguns pontos deixaram de ser abordados ou foram desenvolvidos de maneira genérica, deixando lacunas em pontos como a definição de responsabilidade e o ressarcimento entre os entes. O objetivo do artigo é averiguar quais critérios foram indicados para que os magistrados possam determinar as responsabilidades dos entes federativos quanto às demandas em saúde relativas à assistência farmacológica, considerando o SUS e a RENAME. Adotou-se o método hipotético-dedutivo, em que a hipótese é de que será necessária a utilização de completude interpretativa a partir de critérios estabelecidos pela Lei nº 8.080/1990 e na RENAME, a fim de que seja evitada a responsabilização equivocada de ente federativo em demandas de saúde. Os encaminhamentos metodológicos se desenvolveram a partir da pesquisa de jurisprudência, doutrina e textos científicos contemporâneos. Os resultados confirmaram a hipótese, pois restou comprovado que o precedente vinculante apresenta lacunas quanto à responsabilização dos entes federativos em questões de saúde. As conclusões indicam que, enquanto vigorar o referido julgado, os magistrados deverão se apoiar em critérios existentes para determinar a responsabilidade do ente, até que este seja modificado ou aperfeiçoado em novo julgado ou que ocorra alteração legal que responda à questão.

Palavras-chave: assistência farmacêutica; precedente vinculante; Sistema Único de Saúde; solidariedade federative; Tema 793.

ABSTRACT

In the setting of Theme 793 of the Federal Supreme Court, some points were not addressed or were developed in a generic way, leaving gaps in points such as the definition of responsibility and compensation between the entities. The objective of the article is to investigate which criteria were indicated so that magistrates can determine the responsibilities of federative entities regarding health demands related to pharmacological assistance, con-

1 Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3535753064014781>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4674-502X>.

2 Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Professora do Programa de Mestrado em Gestão Pública do NAEA/UFPA. Professora Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento na Amazônia do ICJ/UFPA. Coordenadora de Pesquisa e Extensão do ICJ/UFPA. E-mail: elianafranco@ufpa.br. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5865287894194983>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7979-2404>.

3 Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1344375167337121>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-2221-3408>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; SILVA, Matheus Coelho da. Solidariedade dos entes federativos: lacunas do tema 793. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 242-262, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8620>.

sidering the SUS and RENAME. The hypothetical-deductive method was adopted, in which the hypothesis is that it will be necessary to use interpretative completeness based on criteria established by Law No. 8.080/1990 and in RENAME, in order to avoid the mistaken liability of a federative entity in health demands. The methodological approaches were developed from the research of jurisprudence, doctrine and contemporary scientific texts. The results confirmed the hypothesis, as it was proven that the binding precedent has gaps regarding the accountability of federative entities in health matters. The conclusions indicate that, while the aforementioned judgment is in force, the magistrates should rely on existing criteria to determine the entity's responsibility, until this is modified or improved in a new judgment or there is a legal change that answers the question.

Keywords: pharmaceutical assistance; binding precedent; unified health system; federative solidarity; theme 793.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho vislumbra debater a (in) completude de um precedente vinculante com efeitos diretamente ligados à garantia do direito à saúde, concretizado a partir de políticas públicas que sustentam o Sistema Único de Saúde. Serão analisadas as repercussões no âmbito do Poder Judiciário concernentes à temática da saúde e as decorrências advindas a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 (inclusive os embargos de declaração opostos) e a criação do Tema 793, precedente vinculante alusivo ao tema da responsabilidade solidária entre os entes federados que integram o Sistema Único de Saúde.

Por inúmeros motivos, como, por exemplo, a ineficiência na gerência dos recursos públicos, o congelamento de gastos públicos, a judicialização excessiva contrariando a tônica da medicina baseada em evidências científicas e, ainda, os desvios advindos da corrupção, o Sistema Único de Saúde, não raro, não atende adequadamente às demandas da população, momento em que o Poder Judiciário, a partir do fenômeno da judicialização da saúde, torna-se palco de reivindicações, assumindo eventual protagonismo, uma vez que os efetivos responsáveis e legitimados pela gerência dos recursos – Poderes Legislativo e Executivo – deixam de cumprir com suas funções constitucionais.

Nos últimos anos, a judicialização em massa da saúde vem acarretando problemas técnicos, jurídicos e administrativos, no tocante à repartição de poderes e atribuições, além de questões relativas à organização financeira dos entes federativos e à própria efetivação das prestações requeridas.

Ferreira, Lamarão Neto e Teixeira (2020, p. 1335) destacam que a evolução exponencial dessas ações pode ser considerada um desdobramento de uma maior conscientização de direitos por parte dos cidadãos, resultando em uma maior cobrança dos entes estatais. No entanto, também resulta de uma constante falta de recursos e de gestão competente, que acabam repercutindo em um crônico subfinanciamento, aliado aos desvios decorrentes da corrupção, impedindo uma ampliação e otimização da distribuição das políticas públicas de saúde.

Nesse viés, por meio da análise do RE 855.178 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o trabalho em tela tem por finalidade demonstrar os efeitos dessa decisão e as consequências ocasionadas pelas lacunas existentes no tocante à temática, abordando questões processuais confusas, trazidas a partir da análise da responsabilidade solidária dos entes e as

repercussões que essas lacunas e incertezas acarretam para o ordenamento jurídico como um todo, por tratarem de relevante tema de repercussão geral. (MELO, 2020)

Diante do indicado RE e da formação do Tema 793 do STF, a pesquisa busca responder ao seguinte problema: de que maneira o Tema 793 do STF, enquanto precedente vinculante no ordenamento jurídico nacional, apresenta integração e completude suficientes para orientar os órgãos de julgamento do Poder Judiciário a estabelecer responsabilidades quanto à assistência farmacológica em relação ao Sistema Único de Saúde?

Para responder ao problema da pesquisa, o objetivo da investigação perpassará pela análise da tese estabelecida no Tema 793, a fim de averiguar quais critérios foram indicados para que os magistrados possam determinar as responsabilidades dos entes federativos quanto às demandas em saúde relativas à assistência farmacológica, considerando o SUS e a RENAME.

No presente trabalho, foi utilizado o método científico hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas exploratórias, da jurisprudência vigente do tema, da pesquisa sobre o que preceitua a doutrina corrente e de artigos científicos, com o fito de explicitar a problemática e as lacunas deixadas pelo precedente. A hipótese é de que a decisão precisará, enquanto não for modificada ou aperfeiçoada, de completude interpretativa, a fim de precisar a repartição de competências e responsabilidade solidária dos entes federados frente à satisfação do direito à saúde, de modo que os magistrados possam responsabilizar o ente a partir de critérios já existentes e atinentes ao grau de complexidade e de custos, não necessitando confrontar o precedente vinculante, mas aperfeiçoá-lo, evitando a “Judicialização da Judicialização” (AMARAL, 2019) dos casos referentes ao direito à saúde, especialmente aqueles ligados à assistência farmacêutica.

A pesquisa foi desenvolvida em cinco partes: a primeira consiste na introdução do tema; a segunda diz respeito à formação do Tema 793 do Supremo Tribunal Federal; a terceira remete à análise da repartição de competências no Sistema Único de Saúde, regra de solidariedade e concretude do direito à saúde; já a quarta, trata da investigação das lacunas deixadas pela decisão em sede dos embargos de declaração no RE nº 855.178, formatando o Tema 793; e, por fim, a última, aborda as conclusões da pesquisa.

2. A FORMAÇÃO DO TEMA 793 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Tema 793 foi firmado como precedente vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 (com alteração a partir de embargos de declaração), para dirimir um dos maiores problemas do fenômeno da judicialização da saúde, inerente à responsabilidade sobre prestações no âmbito do Sistema Único de Saúde, estipulando-se a qual ente federativo deve a pessoa direcionar a propositura da ação para obter a efetivação do seu direito.

O recurso em questão foi interposto pela União, a fim de que fosse reconhecida a sua ilegitimidade passiva para figurar na relação jurídica processual em ação proposta objetivando a obrigação de fornecimento, pelos entes federativos, do medicamento BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg).

A parte autora ajuizou a ação, pretendendo a dispensação do medicamento BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg), tendo o seu pedido concedido já em sede de tutela de cognição sumária, em relação ao Estado de Sergipe e União. Em sentença de mérito, foi reconhecida a necessidade de cofinanciamento do custeio do medicamento com a União, fixando-se o ressarcimento de cinquenta por cento do que havia sido pago pelo Estado em desfavor da União.

Irresignada com a decisão, a União interpôs recurso de apelação para o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mantendo-se, no entanto, a decisão do juízo de 1º grau, sob o entendimento de que a responsabilidade para fornecimento de medicamentos é solidária entre os entes federativos, gerando o dever de compartilhamento na efetivação do direito à saúde.

A União interpôs Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (RE nº 855.178), pugnando, preliminarmente, pela repercussão geral da lide e, com fulcro em uma possível violação aos artigos 2º e 198, da Constituição Republicana de 1988, pelo juízo *ad quem*, ao reconhecê-la como legítima para compartilhar junto do Estado de Sergipe o dever de conceder o medicamento solicitado pela autora, arguiu que tal pressuposto iria de encontro ao princípio da descentralização propagado pelo Sistema Único de Saúde, devendo os órgãos locais efetivarem a pretensão deduzida na lide, eximindo-se da responsabilidade.

O Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, entendeu que a questão reportada tratava de temática constitucional e de repercussão geral, na medida em que a demanda permeava não só os interesses das partes, como também as atribuições e o funcionamento de normas constitucionais e institucionais vinculadas ao Sistema Único de Saúde.

Quanto ao argumentado pela União acerca da sua ilegitimidade passiva, o relator (voto vencedor pela maioria) salientou que a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região estava de acordo com a jurisprudência vigente da Suprema Corte, enaltecendo-se a responsabilidade solidária entre os entes federativos e a indicação de um ou todos no polo passivo da lide, na medida em que a efetivação ao direito à saúde é dever do Estado (Municípios, Distrito Federal, Estados e União), como promulga o artigo 196 da Constituição Republicana de 1988.

Salientou, ainda, que cuidar da saúde é um dever comum entre os entes federativos, conforme o artigo 23, inciso II da Constituição Brasileira, acrescentando a fixação de que a solidariedade entre os entes deve prevalecer nas decisões judiciais e que, no caso tratado, não haveria equívoco em apontar a União como legítima para ocupar o polo passivo da relação jurídica processual, sendo possível impor o ressarcimento ao Estado de Sergipe.

Em ato contínuo, foram opostos embargos de declaração com notório propósito de modificação do julgado. O Ministro relator, Luiz Fux, considerou, em seu voto, que o fornecimento de medicamentos diretamente à população por parte da União não afasta a regra de solidariedade entre os entes federativos em relação ao dever da efetivação do direito à saúde, ou seja, a teoria da responsabilidade solidária entre os entes não estaria ferindo o princípio da descentralização do Sistema Único de Saúde, na medida em que a promoção do direito à saúde é um dever comum dos entes.

O Ministro Edson Fachin, além de propor o entendimento de que os embargos deveriam ser recebidos e desprovidos, entendeu pela necessidade de elaborar uma tese esclarecedora atinente à solidariedade e à sua aplicabilidade no âmbito processual.

Afirmou que, assim como o Ministro Luiz Fux argumentou em seu voto, por se tratar de responsabilidade entre os entes federativos, a aplicação efetiva do direito à saúde integraria todas as esferas componentes, edificando-se a ideia de que quaisquer dos entes federativos poderiam figurar no polo passivo em processos envolvendo requerimento de medicamentos, o que não infringiria a hierarquização do Sistema Único de Saúde e o seu princípio da descentralização.

Ademais, frisou que, acaso o efetivo responsável pelo custeio dos medicamentos não esteja integrando o polo passivo no decorrer da ação, poderia, o juiz, de ofício, de acordo com as regras de repartição de competência, determinar que o ente responsável deva ressarcir o valor ao ente que assegurou o pagamento do objeto da ação, sem ser o competente para tal.

Destacou também que, em relação às ações que requererem medicamentos que não constem em listas oficiais de políticas públicas do Sistema Único de Saúde, por qualquer hipótese, deverá ser verificada necessariamente a presença da União no polo passivo da relação jurídica processual, ensejando, portanto, a tramitação do processo perante a justiça federal, em franco alinhamento ao que já havia sido fixado no âmbito do Tema 500.

Destarte, ressalta-se que o voto-vista supramencionado do Ministro Fachin (Redator) foi vencedor e declarado acórdão pela maioria dos votos elaborados pelos Ministros da Suprema Corte, tendo sido vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli.

3. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO SUS, REGRA DE SOLIDARIEDADE E CONCRETUDE DO DIREITO À SAÚDE

A repartição de competências constitucionais entre os entes da federação coloca o direito à saúde como direito que deve ser resguardado e garantido por todos os entes porque sua competência é concorrente, conforme estipula o inciso II, do artigo 23 da Constituição Brasileira de 1988.

A repartição de competências entre os entes federados é delimitada pela Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/1990, a qual determina as competências comuns e específicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. As competências comuns definidas pelo artigo 15 da indicada Lei albergam vinte e um incisos, destacando-se: fiscalizar ações e serviços de saúde; administrar recursos orçamentários; divulgar o nível de informações de saúde da população; administrar recursos orçamentários; regular as atividades do serviço privado; elaboração e atualização periódica do plano de saúde, bem como da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde, em conformidade com o referido Plano de Saúde; realizar operações externas financeiras de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal; possibilidade de requisitar bens e serviços para fazer frente à calamidade pública e epidemias, sendo assegurada justa indenização; implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Deriva-

dos; e propor e celebrar convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, ao saneamento e ao meio ambiente.

As competências de cada ente federado em termos de saúde estão definidas nos artigos 16 (União), 17 (Estado) e 18 (Município). À União, foram determinados dezenove incisos, ressaltando-se: definir e coordenar os sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade, de laboratórios de saúde pública e de vigilância epidemiológica e sanitária; formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais; coordenar e participar na execução das ações epidemiológicas; prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização dos serviços e ações de saúde para as Unidades Federadas e para os Municípios; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais; e elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal.

Aos Estados, foram designados quatorze incisos, sendo salientadas as seguintes atribuições na área da saúde: promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde; prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios para executar supletivamente ações e serviços de saúde; coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de vigilância epidemiológica, sanitária, de alimentação, nutrição e saúde do trabalhador; em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde; identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional; e acompanhar, avaliar e divulgar os indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Quanto aos Municípios, as competências na área da saúde consideram a questão local. Destacam-se as seguintes atribuições: planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, e gerir e executar os serviços públicos de saúde; executar serviços de vigilância epidemiológica, sanitária, de alimentação e nutrição, saneamento básico e de saúde do trabalhador; dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde; formar consórcios administrativos intermunicipais; colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde; e normatizar, complementarmente, as ações e os serviços de saúde no seu âmbito de atuação.

Uma vez verificadas as competências dos entes da federação, estipuladas pela Lei Orgânica da Saúde, o momento é de analisar a legitimidade passiva, relacionada com as competências dos entes federativos, que traz grandes repercussões para o viés econômico destes quanto ao planejamento financeiro e à organização orçamentária. Essas competências viabilizam a organização do sistema com o devido respeito aos procedimentos e à forma que se rege a administração.

Caso contrário, com a tese fixada no Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, sem a discriminação do verdadeiro ente responsável que deverá compor o polo passivo da relação jurídica processual, essa organização procedimental poderá ser prejudicada, o que geraria

problemas diversos ligados ao orçamento e, conseqüentemente, à gestão dos recursos públicos. Apesar dos problemas que podem ser gerados em termos administrativos e orçamentários, para Oliveira e Lippi (2020), se a prestação à saúde for emergencial, sem a qual a falta de atendimento poderá implicar no risco de morte, o direito subjetivo à prestação é imperioso, inclusive pelo princípio da dignidade humana.

Como destacado por Lamarão Neto, Teixeira e Ferreira (2021, p. 282), especialmente em um cenário excepcional de privações, como o da pandemia por Covid-19, em que diversas prestações, ações e serviços diretos de saúde foram suspensos, como a realização de cirurgias eletivas, o represamento de demandas é um fato relevante a se considerar no enfrentamento da judicialização da saúde, destacando-se que, nas unidades federativas em que já se registrava alguma deficiência, dificuldade ou atraso na prestação desses serviços, deve ser idealizado um modelo de gestão rigoroso para evitar o colapso do sistema.

Neste aspecto, ainda que deva ser observada a atuação conjunta dos entes federados para superação da crise pandêmica com eficiência e eficácia, mantendo-se a ideia de federalismo cooperativo e solidário (REYMÃO; AGRASSAR; KOURY, 2020, p. 305), como reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a medida cautelar na ADI 6341, ratificando-se a tônica da competência concorrente dos entes federativos integrantes do Sistema Único de Saúde para legislar, tal circunstância não desautoriza a apreciação otimizada, equitativa e incisiva de responsabilidades bem delineadas em políticas públicas, sob pena de se esvaziar o propósito de eficiência no âmbito do serviço público.

Percebe-se que, em relação à discriminação dos critérios objetivos para a identificação, por parte do magistrado, do efetivo responsável pela obrigação, faltou clareza durante o julgamento, ocasionando diversas dúvidas no momento de atribuição dessas competências e a conseqüente responsabilização do ente e ressarcimento em momento futuro e oportuno. Nesse sentido:

Não está claro em que momento o juiz deverá direcionar o cumprimento da obrigação, especialmente se o ente para o qual o cumprimento deverá ser direcionado não integrou o polo passivo da demanda, não foi citado para contestar e não participou de nenhum ato processual até o momento em que lhe será imputado o cumprimento da ordem judicial (AMARAL, 2019, p. 56).

No tocante ao polo passivo das demandas, percebe-se haver conflito em relação ao procedimento a ser adotado pelo magistrado, quando constatar, na petição inicial, indicação equivocada de legitimação passiva para a causa, existindo, entre as decisões judiciais, disparidades de entendimento.

Alguns magistrados consideram que, quando isso acontecer, deverá ser considerado caso de litisconsórcio necessário, intimando-se a parte autora para constar todos os possíveis entes responsáveis no polo passivo; outros, consideram que deverão extinguir a demanda sem resolver o mérito, devido à ilegitimidade passiva, quando esta for configurada, a exemplo dos julgados de nº 0852.844-47.2019.8.15.2001, da 5ª Vara de Fazenda Pública da comarca de Belém, e de nº 5493.365-68.2019.8.09.0000, Mandado de Segurança da 1ª Câmara Cível Tribunal de Justiça de Goiás, respectivamente.

Existem, ainda, decisões que consideram a possibilidade de julgar a improcedência do pedido apenas em relação à indicação equivocada do polo passivo, mas procedente no que a

indicação for correta, tendo como exemplo a decisão proferida no processo de nº 1064.825-44.2018.8.26.0053, da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública – São Paulo.

Pode-se observar, portanto, a incerteza em relação ao procedimento a ser adotado pelo magistrado no momento de apreciação das demandas alusivas à saúde, a partir da compreensão do estipulado no Tema 793. Uma das maneiras de dirimir esses problemas relacionados aos critérios a serem adotados pelos magistrados seria a maior observância das normativas do Sistema Único de Saúde ou, ainda, a possibilidade de haver acordos administrativos que estabeleçam, de forma mais clara, a obrigação e quem são os entes responsáveis para arcar com estas.

Em havendo clareza do efetivo responsável para arcar com a demanda, valorizando, por conseguinte, o constante nas diretrizes do Sistema Único de Saúde e, seguindo seus princípios, seria possível concretizar com maior assertividade a proposição do Tema 793, levando-se em consideração que o magistrado, dispondo de elementos robustos e claros, poderá, de ofício, direcionar a demanda ao ente que deveria, desde o princípio, ter custeado o que é de sua atribuição, devendo este, necessariamente, compor o polo passivo, o que diminuiria, assim, a mora e os custos da demanda (NOGUEIRA, 2019).

Caso contrário, uma das consequências geradas a partir da responsabilização de ente que não seja o efetivo responsável será o profundo desequilíbrio financeiro acarretado pelo elevado impacto no momento de cumprimento de demandas judiciais. Isto é, casos em que se responsabiliza outro ente que não possui recursos financeiros suficientes para arcar com determinadas obrigações.

Assim, parece precário discutir a judicialização da saúde e, sobretudo, solidariedade do SUS, sem discutir o financiamento do Sistema e ignorando a ótica da macrojustiça. Tão frágil quanto ignorar as regras de organização, hierarquização, regionalização e descentralização previstas na Constituição, nas Leis nº 8.080/90 e 8.142/90 e em todo o arcabouço normativo que orienta as políticas públicas de saúde, é ficar o Judiciário autorizado a condenar qualquer um dos entes federativos a prover atendimentos que não são de sua alçada e que, muito frequentemente, sequer lhes seja possível atender na prática. (AMARAL, 2019, p. 52)

Em linhas gerais, os municípios não possuem condições suficientes para arcar com as despesas de um Estado ou da União, pois, em regra, sua arrecadação não se equipara a daqueles. Portanto, ao onerá-lo com carga maior que sua capacidade, o problema relacionado à gestão de recursos cresce, havendo descontrole na organização de políticas públicas devidas, idealizadas e garantidas com certa previsibilidade de orçamento e planejamento para a concretização de suas etapas e ações.

A responsabilização de um ente pelo descumprimento de obrigações que caberiam a outro permite um claro descontrole das contas públicas, o que acaba por prejudicar o sistema como um todo e, à vista disso, a coletividade, que depende dos serviços públicos.

Podemos dar como exemplo um anti-hipertensivo, medicamento integrante do componente básico, cuja responsabilidade de aquisição e distribuição nas unidades básicas de saúde é exclusiva dos municípios, mas, de forma absurda, é postulado contra o estado, ente que não tem em suas políticas orçamentárias, a priori, a previsão de custeio desse medicamento, desordenando por

completo não apenas a previsão orçamentária do ente equivocadamente demandado, como logicamente a aquisição possivelmente sem procedimento licitatório e com custo final maior. (LAMARÃO NETO, 2019, p. 20)

Nesse contexto, além de ser levado em conta os custos gerados a partir da demanda judicial, deve-se observar, também, uma das regras de ouro do Sistema Único de Saúde: a hierarquização na prestação dos serviços, compreendendo o grau de complexidade de cada atendimento e considerando a capacidade de cada ente, para que haja uma relação direta e equivalente entre a arrecadação e as despesas, de maneira equilibrada.

Entretanto, torna-se necessário refletir acerca das consequências práticas em permitir a presença de entes que não sejam os efetivos responsáveis nas demandas judiciais, pois, ainda que se objetive a ampliação da efetividade do direito à saúde, com maior número de possíveis cumpridores da obrigação, acaba-se aumentando o custo da demanda e a mora. De acordo com Nogueira (2019, p. 18), “a definição de qual réu deva integrar o polo passivo deve levar em conta, além da custosa prestação, a manutenção de uma rede hierarquizada que considere o grau de complexidade do atendimento ao paciente.”

Esse contexto demonstra a exigência de uma análise crítica a respeito da efetividade dessas demandas e os efeitos que acarretam para os cofres públicos, compreendendo os custos dos direitos e que estes devem ser arcados com os recursos limitados que o Estado possui, para que se efetivem os direitos sociais e fundamentais. Portanto, demandar o efetivo responsável poderia ser mais categórico, prático e lógico, além de menos custoso, havendo uma judicialização otimizada, responsável e assertiva.

Para tanto, é imprescindível compreender as regras de repartição de competências e solidariedade existentes no Sistema Único de Saúde, havendo uma cooperação entre todos os entes na busca pela efetivação dos direitos. O artigo 198 da Constituição Brasileira de 1988 estabelece a organização do sistema de maneira hierarquizada e regionalizada, considerando a complexidade dos serviços e a realidade de cada ente e local, com sua respectiva arrecadação.

Em relação à repartição de competências, destaca-se a necessidade de compreender a qual ente deve ser imputada a responsabilização pelo financiamento de medicamentos, segundo critérios adotados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), abrangendo o bloco de financiamento e o componente em que determinado medicamento está incluído.

A RENAME constitui a lista de medicamentos propostos a assistir aos anseios primeiros relacionados à saúde dos cidadãos brasileiros, servindo de mecanismo elementar no tocante às ações de assistência farmacêutica em nosso sistema. O artigo 25 do Decreto nº 7.508/2011 estabelece que “a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.” (BRASIL, 2011a)

De acordo com o Conselho Federal de Farmácia (2020), a RENAME configura estratégia da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos, padronizando, assim, a lista de medicamentos previstos, devendo ser “respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores” (BRASIL, 2011a), de acordo com o artigo 27 do Decreto nº 7.508/2011.

Desse modo, essa separação é feita analisando se o medicamento faz parte do componente básico, estratégico ou especializado da assistência farmacêutica, nos moldes do artigo 535, da Portaria de Consolidação nº 6/2017. O componente básico (Cbaf) trata da atenção básica, sendo os medicamentos dispensados pelos municípios, tendo os três entes responsabilidade pelo financiamento destes, de acordo com o exposto no artigo 537, da Portaria supramencionada. O Componente Estratégico (Cesaf) possui como responsável pelo financiamento a União que, através do Ministério da Saúde, transfere aos Estados e estes fornecem aos Municípios.

O Componente Especializado, segundo consta no site do Ministério da Saúde (BRASIL, 2017), possui como principal característica “a garantia da integralidade do tratamento medicamentoso para todas as condições clínicas contempladas no CEAF, por meio das diferentes linhas de cuidado definidas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)”.

Os medicamentos constantes no Componente Especializado são divididos em grupos, de acordo com o artigo 49, da Portaria de Consolidação nº 2/2017, que expõe em seu *caput* que: os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas (BRASIL, 2013).

Dessa forma, a União Federal é responsável pelo financiamento dos medicamentos constantes no Grupo 1, os Estados pelos medicamentos do Grupo 2, enquanto o Grupo 3 é de responsabilidade de todos os entes, com o financiamento tripartite, tendo os Municípios a responsabilidade pela aquisição e dispensação. Conforme molda o parágrafo primeiro do art. 540 da Portaria de Consolidação nº 6/2017: os medicamentos do Grupo 3 são financiados conforme regras do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, definido em ato normativo específico (BRASIL, 2013).

Oportuno frisar que, dentre outros, o critério a ser utilizado para diferenciar as responsabilidades dos grupos mencionados será, principalmente, o nível de complexidade dos tratamentos e seus respectivos valores, sendo o Grupo 1 aquele de medicamentos de maior impacto financeiro e doenças mais complexas (NOGUEIRA, 2019). Tal entendimento encontra-se em conformidade com o que promulgam os artigos 50 e 51 do Anexo XXVIII da Portaria de Consolidação nº 2/2017.

Imprescindível frisar a diferença de critérios de argumentação para tratar de ações que versam sobre medicamentos que estão na RENAME, já previstos e garantidos pelo Sistema Único de Saúde, e ações que tratam sobre medicamentos que não estão, as chamadas demandas “dentro do pacote” e “fora do pacote”, respectivamente, conforme enfatizado por Lamarão Neto (2019).

Nesse sentido, a Suprema Corte vem buscando assentar, em suas decisões, a vinculação de que as ações que postulam medicamentos diante de um ente público devem se ater à regra da responsabilidade solidária entre os entes. Os recursos extraordinários nº 657.718, nº 855.178 e nº 566.471 possuem tal peso normativo vinculante, na medida em que possuem âmbito de repercussão geral sobre o tema e solucionam aspectos práticos, como o que pode ser demandado, contra quem pode ser demandado e em qual condição pode haver tal reivindicação.

Temos o RE nº 657.718 (5), onde se discutia a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos que ainda não foram autorizados pelas autoridades sanitárias; o RE nº 855.178, por intermédio do qual se questionava a aplicação da regra constitucional de solidariedade dos entes federativos para dispensação de medicamentos; e o RE nº 566.471, que avalia a obrigação do Estado de fornecer medicamentos considerados de alto custo [...] (Lamarão Neto, 2019, p. 14).

A regra de solidariedade advém do estabelecimento constitucional de que o direito à saúde deve ser resguardado e garantido de forma comum e concorrente pelos entes da federação. O fato de se tratar de competência comum dos entes os coloca em posição de solidariedade, ou seja, todos respondem conjuntamente pelo referido direito. (OHLAND, 2010)

Além dos ditames constitucionais, a Lei Orgânica da Saúde também estabelece complementação de direito à saúde entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A regra da solidariedade é ratificada pela Constituição Republicana de 1988, pela Lei Orgânica da Saúde e pelas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Desde os primeiros debates sobre a responsabilidade solidária em

[...] Audiências Públicas sobre Saúde, o Supremo tem decidido que os entes públicos possuem responsabilidade solidária pela saúde, tanto do indivíduo como da coletividade, e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é uma prestação à saúde do SUS (seja na esfera municipal, estadual ou federal) [...] (OHLAND, 2010, p. 39).

Observa-se que tais Audiências ocorreram em 2009, ou seja, a questão da solidariedade entre entes já vem sendo discutida de longa data.

Segundo Ohland (2010), na ocasião, o atual Ministro Luís Roberto Barroso já salientava que deixar a regra de solidariedade sem uma definição de responsabilidade, na prática, criaria grande dificuldade administrativa e dispêndio de recursos, porque os três entes passariam a responder em juízo pelas demandas.

Apesar da percepção do significado da regra de solidariedade, faz-se necessário compreender que a regra de solidariedade não é gratuita, havendo custos diversos para que seja efetivada e cumprida. Com isso, os efeitos do RE nº 855.178 devem ser analisados nessa perspectiva e, por conseguinte, as consequências advindas deste.

Colocar os três entes no polo passivo não é nada barato e eficiente, nem mesmo para o autor, que deve aguardar a citação e o pronunciamento de todos eles, com infundáveis apartes, idas e vindas, recursos e incertezas. É, sem dúvida, um efeito ruim da solidariedade sob o ponto de vista do Estado, que deve arcar com os custos do processo nas suas diferentes esferas (NOGUEIRA, 2019, p. 21).

Além da necessidade de indicação, pelo magistrado, de critérios objetivos para a fixação do ente efetivamente responsável pela obrigação, destaca-se a relevância da reflexão a respeito das situações de ressarcimento ao ente que arcou com a despesa da demanda judicial sem ser o efetivo responsável e que, portanto, deverá receber o valor, sendo ressarcido pelo ente que deveria ter composto o polo passivo ou concretamente garantido a prestação judicialmente determinada.

Reflete-se em como cobrar de um ente que sequer compôs a lide e não teve direito à ampla defesa e contraditório. A questão processual é indagada e deverá ser cuidadosamente analisada, sendo necessário haver um controle e uma ordem de procedimentos para a existência de segurança jurídica.

A liberdade plena na atribuição de responsabilidades (e a imposição de obrigação ao ente federativo de forma alheia às diretrizes do Sistema Único de Saúde) tem como consequência direta a perspectiva de que esse ente direcionará a pretensão de ressarcimento, movimentando novamente o sistema judicial, ocasionando mais gastos e procedimentos, em um cenário em que a judicialização em massa já se faz presente e cada vez mais problemática.

A saúde constitui direito fundamental social e deverá ser assegurada pelo Estado, não devendo este se esquivar de suas obrigações. Contudo, o que se discute é de que modo os recursos do Estado podem ser otimizados, a partir do entendimento de que ações judiciais podem gerar gastos e que estes podem interferir no orçamento que seria utilizado para políticas públicas, as quais acabam ficando limitadas.

A judicialização da saúde impacta de forma significativa a gestão pública, na medida em que interfere diretamente nas rotinas administrativas de gestão de recursos humanos e financeiros da secretaria de saúde. Também impõe aos entes federativos o fornecimento de tratamentos fora das suas listas de competência e da legalidade a que se vincula à Administração Pública, desprezando as diretrizes, organização e princípios que orientam o SUS e vulnerando, assim, a sua futura existência (CARLI; NAUNDORF, 2019, p. 119).

Há um planejamento de gastos que deveria seguir os limites orçamentários e as prioridades da população, que são analisados pelos representantes públicos. Esse planejamento é atropelado por uma demanda com pedido individual ao ente que não é o efetivo responsável e que não possui capacidade para arcar com determinadas demandas.

Entrementes, sem a regionalização e hierarquização das funções, subtrai-se do Poder Público o estabelecimento de parâmetros para reger os recursos, finitos por natureza. As competências entre os entes não são iguais por motivos fundamentados e organizacionais, imprescindíveis para a eficiência no momento dos gastos, seja com saúde ou com qualquer outra área de responsabilidade estatal.

A judicialização, sem observância da organização administrativa do SUS, acaba por vulnerar as políticas públicas, na medida em que não observa os princípios de organização e financiamento da saúde, razão pela qual o debate acerca da solidariedade entre os entes federativos ganha mais pertinência e atualidade (CARLI; NAUNDORF, 2019, p. 127).

A estrutura do Sistema Único de Saúde deve ser seguida e respeitada para utilização eficiente e otimizada dos gastos públicos, buscando a máxima garantia das normas sociais e direitos fundamentais. Caso contrário, nota-se nítido desequilíbrio na prestação de serviços referentes à saúde, que constituem um dever do Estado.

Assim, percebe-se a necessidade da eficiência na utilização dos gastos públicos, em busca da maximização da riqueza e da consequente melhora na prestação de serviços públicos, que constituem direito fundamental e dever do Estado.

4. AS LACUNAS DEIXADAS PELO TEMA 793

A aplicação de critérios práticos no âmbito da política de assistência farmacêutica, especialmente em relação às atribuições dos entes federativos para concretização das diretrizes ali estabelecidas, não foi adequadamente tratada no julgamento do RE nº 855.178 e nos embargos de declaração opostos, para fixação do Tema 793, propiciando lacunas, principalmente de cunho processual, e estimulando a massificação desordenada das demandas na área da saúde pública, não raro sem que haja o devido controle e organização destas, razão pela qual Schulze (2018, p. 180) adverte para o necessário combate ao ajuizamento de ações com indicação aleatória de ente federativo para cumprimento da obrigação, sobretudo nos casos em que já há obrigação específica e determinada dentro da política pública, classificando essas demandas como “fórum shopping da saúde”.

Costa e Venturelli (2020) alegam que a exigência da observação consequencialista das decisões dos magistrados, tendo que realizar um exercício de futurologia para efetivar a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, pode impedir o cumprimento de normas e princípios, com o intuito de frear o ativismo judicial. Apesar de se tratar de uma árdua exigência legal, é de fato um dever ao qual os magistrados estão comprometidos, pois suas decisões podem gerar mais embaraços reflexos e menor cumprimento dos direitos constitucionais pela desorganização administrativa e orçamentária que tais decisões podem ocasionar.

Uma dessas lacunas foi sanada no julgamento dos embargos de declaração opostos, no caso do pedido para dispensação de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, hipótese na qual a União necessariamente deveria constar no polo passivo da relação jurídica processual, de acordo com as diretrizes firmadas pelos Temas 6 (ainda sem tese firmada) e 500 do STF, além do teor diretivo do enunciado 78 da III Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça: “Compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS – segundo a regra de responsabilidade” (BRASIL, 2019).

O enunciado 8 da I Jornada da Saúde do Conselho Nacional de Justiça estabelece: “Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados” (BRASIL, 2019). Essa repartição de competências é necessária, inclusive, em relação à própria regência e organização do Sistema Único de Saúde, constituindo sua regra de ouro, com a devida regionalização, hierarquização e repartição das competências, conforme a capacidade financeira de cada ente e a complexidade das demandas.

A indicação de qualquer um dos entes para compor indistintamente o polo passivo nas demandas de saúde apenas agrava a situação atual do enfrentamento da judicialização da saúde, fazendo com que os processos se tornem ainda mais custosos e morosos, além de acarretar a chamada “Judicialização da Judicialização”, tendo em vista que, após a responsabilização de ente que não era efetivamente responsável pela dispensação de determinado medicamento, deverá ser feito o ressarcimento de valores pelo ente que teria essa atribuição originariamente fixada. Neste aspecto:

[...] o STF poderia ratificar em precedente vinculante, a organizada, necessária e oportuna repartição de atribuições na assistência farmacêutica, optando por deixar a critério do julgador a identificação de responsabilidades administrativas e indicar meios de ressarcimento ao ente que, condenado à dispensação, deveria demandar aquele que seria o efetivo responsável pela política pública. (LAMARÃO NETO, 2019, p. 12)

Diferentemente do que se induz a partir da compreensão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal com a elaboração do Tema 793, esse ressarcimento nem sempre ocorre de maneira pacífica e prática. Na realidade, o ente federativo que deveria, em primeiro plano, ter sido responsabilizado para cumprir com suas obrigações, opõe resistência ao ressarcimento ao ente que indevidamente adimpliu a obrigação, alegando não ter possuído direito à ampla defesa e contraditório na demanda que o condenou, muitas vezes não tendo sequer sido citado ou tomado conhecimento sobre aquele determinado assunto, eventualmente possibilitando o questionamento se seria viável a condenação do ente federativo sem que restasse efetivamente demonstrada a resistência a uma pretensão.

Em relação a esses questionamentos que surgem a partir da interpretação da decisão da Suprema Corte, verifica-se nitidamente a presença dessas lacunas que desestabilizam a organização do sistema e geram consequências maléficas, tanto para o Poder Público quanto para os cidadãos, em razão do desequilíbrio causado, afetando diversas áreas que dependem daqueles orçamentos. Sobre o tema:

Enaltece-se, assim, a desordem financeira e estrutural do sistema, em detrimento a um valor abstrato de saúde como direito fundamental e de responsabilidade solidária de todos os entes federativos, como se a previsão infraconstitucional fosse absolutamente desprezível e destituída de qualquer relevância prática, econômica e organizacional, em desacordo ao que preceitua o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (LAMARÃO NETO, 2019, p. 20-21)

Portanto, percebe-se que, com a tese geral e abstrata da solidariedade, o Supremo Tribunal Federal deixou de considerar a distribuição de responsabilidades, atribuições e as devidas peculiaridades de cada caso, permitindo incertezas no âmbito da organização das políticas públicas e uma franca perspectiva de surgimento de outras demandas envolvendo o ressarcimento por políticas públicas inadimplidas.

Um dos problemas oriundos dessa generalização é a desconsideração das desigualdades existentes regionalmente por todo o país, pois, em relação ao princípio da solidariedade de garantia ao direito à saúde, este acaba por impor responsabilidades idênticas, de modo indiscriminado, sem analisar devidamente a existência de significantes diferenças econômicas, estruturais e demográficas.

Quando se tratar de pleito por medicamento já garantido em política pública, o ressarcimento entre os entes deverá seguir a repartição de competências do Sistema Único de Saúde, buscando direcionamento nas listagens da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) e nas Leis nº 8.080/90 e 8.142/90, além de portarias institucionais do próprio SUS, que buscam a organização, a hierarquização, a regionalização e a descentralização entre os entes federativos para garantir concretude quanto à aplicação do direito à saúde. Neste aspecto:

A clareza nas pactuações e competências administrativas do SUS é o que garantirá embasamento ao julgador para que possa direcionar o cumprimento da ação judicial ao ente administrativamente responsável, assim como balizará as eventuais ações de ressarcimento propostas em seguida. (AMARAL, 2019, p. 56)

No entanto, é importante destacar também que, mesmo com tal arcabouço normativo, a repartição de competência não é clara em alguns pontos, estando em gradativo processo de edificação e consolidação, devido à complexidade demasiada do seu processo de regionalização e especificação das atribuições entre os entes. Em meio a essa peculiaridade, o Poder Judiciário se vê diante de “zonas de certeza” e “zonas de incerteza” dentro das normas do Sistema Único de Saúde, como pontua Amaral (2019), para definir e justificar qual ente deva ser realmente responsabilizado pelo objeto de determinada lide.

As “zonas de certeza” são definidas como o espaço instrumental onde as responsabilidades entre os entes, para viabilização, fiscalização e regulamentação perante a população, são delimitadas, como, por exemplo, os medicamentos firmados nos componentes básico, especializado e estratégico (RENAME). Já as chamadas “zonas de incerteza” configuram lacunas normativas, onde não se delimita de forma específica qual ente federativo é responsável pela sua viabilização, como os medicamentos que ainda não foram incorporados pelo SUS ou medicamentos que ainda estão em processo de definição de competências administrativas para o fornecimento. Por consequência, essas zonas são as que mais exigem esforço interpretativo e argumentativo do julgador, na medida em que não há um molde ou especificação normativa para seguir (AMARAL, 2019), gerando dúvidas a respeito da possibilidade de se atribuir a obrigação à União, justamente pela ausência de deliberação da Comissão Intergestores Tripartite (CIT).

Em se tratando de pedido de dispensação de tecnologias ainda não incorporadas no Sistema Único de Saúde, o Supremo Tribunal Federal impõe três requisitos para que seja aferida a necessidade, a organização e possíveis limitações às ações. O primeiro requisito se baseia na necessária comprovação científica da eficácia, acurácia e segurança do medicamento pretendido, além da demonstração de que não há medicamento incorporado nas políticas públicas brasileiras, adequado ao tratamento da patologia do paciente.

Entretanto, o pedido de dispensação de medicamentos já integrantes de políticas públicas do Sistema Único de Saúde, caracterizando “demandas dentro do pacote” (LAMARÃO NETO, 2019), já goza de pressuposto técnico prévio e efetiva comprovação científica, tendo em vista que houve manifestação da CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias) para que um medicamento seja integrado ao Sistema Único de Saúde e incorporado na RENAME.

O segundo requisito se delinea na lógica de que, em se tratando de medicamento ainda não incorporado pelo Sistema Único de Saúde, este deveria ter sido submetido à apreciação da CONITEC, órgão vinculado ao Ministério de Saúde, o que se interpreta no necessário interesse da União sobre a lide. Assim, conforme foi assentado no julgamento do RE nº 657.718, no segundo requisito, estipula-se que para as “demandas fora do pacote” deve haver a integração necessária da União no polo passivo da relação jurídica processual, aferindo, ainda, que tal ação deverá ser proposta perante a Justiça Federal, demonstrando a pertinência do Enunciado 78 da III Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2011).

Ademais, cabe destacar que o Enunciado 78 vai ao encontro do que foi afirmado no Tema 793, na medida em que a competência da justiça federal é fixada para o julgamento de demandas em que se postule tecnologia ainda não incorporada ao Sistema Único de Saúde.

O terceiro requisito é o da aplicabilidade da subsidiariedade, permitindo a compreensão de que o Poder Público deve fornecer o medicamento ou o tratamento requisitado, na impossibilidade de o particular custeá-lo, sem que haja influência negativa deste no custeio do mínimo necessário de sua sobrevivência digna. No entanto, esta não é uma tarefa de simples resolução, pois seria complexo propor uma interpretação geral sobre o tema, tanto pela capacidade financeira do indivíduo quanto pelo custo do medicamento.

A interpretação do magistrado em ações ajuizadas perante a justiça estadual, em que a União deva estar necessariamente no polo passivo da relação jurídica processual, enseja uma perspectiva crítica, tendo em vista que há a possibilidade de um particular ajuizar a demanda perante a justiça estadual e somente contra o Estado ou contra o Município.

A extinção do processo sem resolução de seu mérito (após a oportunidade de eventual emenda da petição inicial) e não de declinação de competência é pertinente, pois não há como, na lide em tramitação perante a Justiça Estadual, ser determinado pelo magistrado estadual a inclusão da União na causa, devendo o julgador atentar ao Enunciado 78 da III Jornada da Saúde. (LAMARÃO NETO, 2019)

Portanto, para que as demandas dentro do pacote possam ser solucionadas de maneira mais efetiva, o magistrado poderia, de ofício, delimitar o ente responsável para compor o polo passivo, seguindo as diretrizes do SUS, assegurando maior presteza ao litígio e contribuindo para uma aplicação satisfatória da solidariedade.

Quando o ente, que tem a política pública definida, falha na sua missão, ele deve obrigatoriamente constar do polo passivo e ser instado a cumprir a obrigação pelo juiz. A *Rename*, juntamente com outros instrumentos de pesquisa [...], orientam a formação do polo passivo, e o juiz deve exigir esse cuidado do litigante ao direcionar seu pedido, com a consequente deslocação da competência, se necessário. (NOGUEIRA, 2019, p. 22)

Em análise de caso concreto, destaca-se a ação de ressarcimento promovida pelo Município de Jundiaí em face do Estado de São Paulo e da União (processo nº 5004.572-08.2018.4.03.6128), em trâmite na 1ª Vara Federal de Jundiaí-SP, onde o município, por força de decisão judicial, custeou e forneceu o medicamento IMUNOGLOBINA HUMANA, que consta no componente especializado, para um particular.

No procedimento originário, houve condenação aos outros entes federativos (Estado de São Paulo e União), para que efetuassem o ressarcimento de parte dos gastos feitos pelo Município. Todavia, mesmo em se tratando de responsabilidade especificamente estipulada, os entes federativos ofereceram resistência ao pagamento, atrasando o procedimento, gerando a “Judicialização da Judicialização” e promovendo um gasto desproporcional ao município de Jundiaí, o que corrobora os demais aspectos práticos e processuais já citados, de que o Tema 793 não obteve êxito em esclarecer e especificar.

Vê-se, então, que, mesmo quando a norma abrange as circunstâncias de responsabilidade, quando o Poder Judiciário viabiliza o ressarcimento entre os entes federativos, a providência não se concretiza de maneira simples, tendo em vista que não há qualquer ato

normativo que regulamente de que forma esta reparação será feita, seja em norma administrativa (SUS) ou no ordenamento jurídico brasileiro, ocasionando o aumento das demandas judiciais envolvendo saúde pública.

Ademais, outro ponto que merece exposição é o concernente à lacuna deixada pelo STF em relação ao pagamento de penalidades e condenações em honorários, cabendo apenas ao ente originalmente responsável e competente arcar com o “pagamento de multas, sequestros, bloqueios judiciais e honorários advocatícios, pois foi quem deu causa à demanda por se omitir ou não cumprir com as suas competências administrativas ou com a ordem judicial.” (NOGUEIRA, 2019, p. 21)

A importância do direcionamento dos custos citados para o ente originalmente responsável seria uma das medidas cabíveis para que houvesse um verdadeiro estímulo ao cumprimento da determinação judicial. Desse modo, “diminui-se os custos da judicialização, trazendo mais assertividade ao processo judicial, objetividade em relação às penalidades, e menos abuso nas cobranças de multas, dirigidas indistintamente contra todos os entes da Federação” (NOGUEIRA, 2019, p. 21).

Em síntese, a perspectiva de pacificação de conflitos abrangentes através de um precedente vinculante não foi devidamente atendida pela Suprema Corte, permitindo-se que essas lacunas tornem o fenômeno da judicialização da saúde ainda distante de alcançar resolutividade plena, otimizada, racional e célere.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida abrangeu a temática pertinente à repartição de competências e responsabilidade solidária dos entes federados em matérias relacionadas ao direito fundamental à saúde, com o exame do julgamento dos Embargos de Declaração propostos pela União Federal no Recurso Extraordinário nº 855.178, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2019, fixando-se, então, o Tema 793.

Em resposta ao problema da pesquisa, que buscou averiguar a precisão em termos de orientação clara aos magistrados acerca do estabelecimento das responsabilidades pela assistência farmacológica, por parte dos entes federativos, em relação ao SUS, referente ao Tema 793 do STF, a investigação observou que a *ratio decidendi* do referido Tema não delimitou, tampouco orientou aos magistrados a forma de indicar e responsabilizar o ente federativo encarregado pela assistência farmacológica em demandas relativas à saúde.

Para responder ao problema da pesquisa, o objetivo da investigação perpassou pela análise da tese estabelecida por meio do Recurso Extraordinário nº 855.178 (inclusive os embargos de declaração opostos) e a criação do Tema 793, a fim de averiguar quais critérios foram indicados para que os magistrados possam determinar as responsabilidades dos entes federativos quanto às demandas em saúde relativas à assistência farmacológica, referentes ao SUS.

O objetivo da pesquisa foi alcançado porque foram demonstradas as responsabilidades dos entes da federação no que diz respeito à assistência farmacêutica no âmbito constitucional, da Lei Orgânica de Saúde e da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. A jurisprudência

dência pode criar insegurança e responsabilização inadequada de ente da federação que não tenha a responsabilidade direta quanto à assistência farmacológica demandada.

A pesquisa investigou a formação do Tema 793 do STF, que surge a partir de demanda judicial contra o Estado de Sergipe de medicamento BOSENTANA (TRACLEER 62m5, m/125mg). Ocorre que, em primeira instância, o pedido foi concedido em sede de tutela de cognição sumária, mas, em sentença de mérito, foi reconhecido o cofinanciamento do custeio da medicação pela União, tendo sido fixado o cofinanciamento em cinquenta por cento que deveria ser pago pela União ao Estado. Assim, o RE nº 855.178 foi interposto pela União sob a alegação de que todos os entes federados são solidários na demanda.

A respeito do julgado dos Embargos de Declaração do RE nº 855.178, ponderou-se acerca das lacunas deixadas após o julgamento dos Embargos de Declaração, destacando o impacto que estas produzem sobre o Poder Judiciário, suscitando dúvidas predominantemente de ordem processual que acarretam efeitos lesivos para a organização e a padronização das demandas do judiciário, além de embaraços no planejamento financeiro dos entes federados e da organização do SUS, no que concerne à perspectiva de atendimento efetivo de políticas públicas.

Ao mesmo tempo em que o Tema 793 trouxe avanços significativos na busca pela concretização de direito fundamental, trouxe incertezas que ocasionam um retrocesso para o enfrentamento da judicialização da saúde, frisando-se que essas incertezas permitem imprecisões de ordem processual e material.

A indicação de qualquer um dos entes federativos para compor indistintamente o polo passivo nas demandas de saúde intensifica a massificação das ações neste âmbito, aumentando os gastos dos procedimentos judiciais e desencadeia o que se denominou “Judicialização da Judicialização”, pois, seguindo a regra abstrata de solidariedade, não foram tratadas questões essenciais, majorando os impasses tanto para os pedidos que estão fora como para aqueles já integralizados e regulamentados pelas políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

As consequências das omissões constatadas na formação do Tema 793 são desfavoráveis para o Poder Público, permitindo desorganização orçamentária nas diversas esferas e afetando outras áreas que dependem daqueles recursos. Assim, constata-se prejuízo inquestionável ao cidadão, enquanto destinatário final de todas as políticas públicas, tendo o Poder Público o dever de assegurar os direitos elencados no ordenamento jurídico da forma mais vantajosa possível, priorizando os anseios primeiros da população.

As regras que norteiam o Sistema Único de Saúde são pautadas na regionalização e hierarquização na prestação da assistência médica, princípios que regem o sistema e são necessários para que haja uma efetiva aplicação do constante nas diretrizes que o norteiam. Por via de consequência, a solidariedade precisa estar necessariamente associada às regras de repartição de competências, prioritariamente com a baliza dos Enunciados 8 e 78 das Jornadas de Direito da Saúde.

As lacunas constatadas na formação do Tema 793 demandam aperfeiçoamento da decisão, na via da completude interpretativa por parte dos magistrados, a fim de evitar responsabilização inadequada de ente federativo frente à assistência farmacêutica. De outro modo, o Tema pode ser retomado em nova demanda e ser aperfeiçoado, a fim de esclarecer a responsabilização dos entes, sem violar a regra de solidariedade. Outra solução seria o Poder Legislativo ajustar a norma existente, incluindo critérios mais claros para definir as responsa-

bilidades de cada ente da federação no tocante à prestação do direito à saúde, especialmente da Assistência Farmacológica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Tarsila Costa do. Reflexões sobre a responsabilidade solidária e o ressarcimento no Sistema Único de Saúde a partir da tese fixada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 46-65, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/0IN22>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://bitly.com/VoGrV>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 29 jun. 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

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. Brasília, DF: Presidência da República, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF: Presidência da República, 29 abr. 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de setembro de 2017*. Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: MS, 28 set. 2017a. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria de Consolidação nº 6, de 28 de setembro de 2017*. 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. Brasília, DF: MS, 28 set. 2017b. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0006_03_10_2017.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013*. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: MS, 30 jul. 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 566.471-Rio Grande do Norte*. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 657.718-Minas Gerais*. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de setembro de 2011c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 855.178-Sergipe*. Relator: Min. Luiz Fux, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CARLI, Patrícia de; NAUNDORF, Bruno. A aplicação do princípio da solidariedade na judicialização da saúde a partir dos princípios do SUS, da fixação de entendimento pelo STF e da trajetória do Rio Grande do Sul. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 112-130, jul./set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. *Rename*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.cff.org.br/pagina.php?id=140&menu=16&titulo=Rename>. Acesso em: 22 nov. 2020.

COSTA, Ilton Garcia da; VENTURELLI, Antonio Cyro. Direito à saúde e os problemas do discurso consequencialista. *Revista Meritum*, v. 15, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7988>. Acesso em: 30 ago. 2021.

FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. A judicialização pela dispensação de medicamentos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 3, p. 1332-1361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/502>. Acesso em: 28 ago. 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado. *Processo nº 5493365.68.2019.8.09.0000*. 1ª Câmara Cível. Relator: Maurício Porfírio Rosa, 19 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/236943310/processo-n-54933656820198090000-do-tjgo>. Acesso em: 21 nov. 2020.

LAMARÃO NETO, Homero. A regra de solidariedade dos entes federados na área da saúde e sua atual interpretação pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 10-26, jul./set. 2019.

LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. Políticas Públicas, judicialização da saúde e o período pós pandemia. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, v. 9, n. 1, p. 265-294, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/883>. Acesso em: 28 ago. 2021.

MELO, Felipe Barreto de. O Tema 793 do STF e o dissenso jurídico. Aqui tem SUS? *Direito em comprimidos*, [S. l.], 10 out. 2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-stf-dissenso-juridico/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

NOGUEIRA, Marcia Coli. O Tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 4, p. 8-26, out./dez. 2019.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Borota de; LIPPI, Maria Clara. Judicialização e ativismo judicial sobre as demandas de saúde pública no Brasil. *Revista Derecho del Estado*, n. 45, p. 245-274, 2020. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/3376/337662821009/html/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

OHLAND, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 29-44, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/8857/6313>. Acesso em: 27 mar. 2021.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neyrão; AGRASSAR, Hugo José de Oliveira; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A competência constitucional legislativa concorrente em meio às crises causadas pela Covid-19 e a interpretação dada pelo STF no julgamento da medida cautelar na ADI 6341. *Revista Meritum*, v. 15, n. 02, p. 292-307, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7942>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. **O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência e os precedentes judiciais**. 2015. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

SÃO PAULO. Fazenda Pública. *Processo nº 1064825-44.2018.8.26.0053*. 2ª Vara. Juiz: José Mário Estevam da Silva, 14 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://bityli.com/xBGpt>. Acesso em: 25 nov. 2020.

SCHULZE, Clenio Jair. *Judicialização da saúde no século XXI*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

STÉDILE, Luís Otávio. Há saída para a judicialização da assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 4, p. 78-102, out./dez. 2019.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/07/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/07/2021
- Avaliação 1: 18/08/2021
- Avaliação 2: 21/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 22/08/2021
- Retorno rodada de correções: 30/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 06/09/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2