

Consolidando o pacto federativo e o protagonismo da União na judicialização da saúde: o reconhecimento da obrigatoriedade da presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde

Consolidating the federative pact and the Union's leading role in health judicialization: recognition of the mandatory presence of the federal entity in lawsuits that seeks to provide not incorporated treatments into the Brazilian Unified Health System

*Fernando Alcantara Castelo*¹

RESUMO: O artigo trata do reconhecimento da obrigatoriedade da presença da União nas demandas que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. Demonstra que com o fortalecimento do federalismo cooperativo e o reconhecimento da solidariedade mitigada se consolida o pacto federativo e o protagonismo da União na judicialização da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da saúde; Sistema Único de Saúde; Solidariedade; Federalismo cooperativo.

ABSTRACT: The article deals with the recognition of the mandatory presence of the Federal Union in the lawsuits that seeks to provide not

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Procurador do Estado do Paraná, com atuação na Procuradoria de Saúde.

incorporated treatments into the Brazilian Unified Health System. It demonstrates that with the strengthening of cooperative federalism and the recognition of mitigated solidarity, the federative pact and the federal entity leading role in the health judicialization are consolidated.

KEYWORDS: Health Judicialization; Brazilian Unified Health System; Solidarity; Cooperative Federalism.

1. INTRODUÇÃO

Embora não tanto quanto gostaria, há algum tempo venho pesquisando e escrevendo sobre o direito à saúde e a sua judicialização. Em ensaios anteriores tratei da necessidade de se atuar com racionalidade e eficiência na judicialização, escrevi sobre a necessidade de se incluir a União nessas demandas, abordei a necessidade de especialização e capacitação dos atores envolvidos, bem como a necessidade de se restabelecer o pacto federativo na judicialização da saúde.

O traço mais marcante de tudo que já escrevi sobre o assunto sempre foi a defesa do respeito à repartição de competências do Sistema Único de Saúde nas ações que envolvem o pedido de fornecimento de tratamentos médicos. Vale dizer, o respeito ao pacto federativo na judicialização da saúde.

Agora, a partir das ideias de federalismo cooperativo e solidariedade mitigada, parece que finalmente estamos chegando no momento de reequilíbrio do pacto, com o Supremo Tribunal Federal reconhecendo o protagonismo da União e consolidando o entendimento de que é necessária a presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. É o que se passa a demonstrar.

2. FEDERALISMO COOPERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 adotou o federalismo de cooperação, forma de Estado em que União, Estados, Distrito Federal e Municípios combinam esforços e compartilham competências como meio de garantir desenvolvimento equilibrado, harmônico e integrado. O federalismo cooperativo é baseado na ideia de apoio mútuo como meio de evitar choques e dispersão de recursos e esforços, através de ações coordenadas das pessoas políticas com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios.²

O art. 23, II, da Constituição assevera ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde. Já o art. 194 afirma que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Por outro lado, o art. 198 disciplina que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, com a participação de todos os entes da Federação, que tem como diretrizes essenciais a descentralização, a hierarquização e a regionalização, além da universalidade e integralidade.

Logo, o Sistema Único de Saúde é coordenado para desenvolver ações e serviços por diversos entes, de acordo com a organização social e econômica do país, consoante os critérios de reciprocidade, coordenação e complementariedade.³ É fácil perceber, portanto, pelo seu desenho

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 774.

3 SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2019, p. 134.

institucional e pela sua forma de organização, que o SUS é a materialização do federalismo cooperativo.⁴

Esse sistema, que pressupõe atuação irmanada dos entes em favor da coletividade, é organizado com base na conjugação de esforços e distribuição de atribuições entre as três esferas de governo, de acordo com a preponderância de interesses e capacidades institucionais, onde os interesses mais amplos, da União, se sobrepõem aos mais restritos, de Estados e Municípios.⁵

Com efeito, a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS) disciplina as diversas responsabilidades de cada um dos entes federativos, delimitando o campo de atuação da União, dos Estados e dos Municípios, a fim de integrar e otimizar a prestação do serviço público de saúde.

De fato, o art. 15 da Lei nº 8.080/90 prevê as atribuições administrativas comuns dos entes federados, ao passo que os artigos 16, 17 e 18 preveem as atribuições que competem à União, aos Estados e aos Municípios, respectivamente. Dentre outras competências que lhe foram atribuídas, à União compete planejar, coordenar e controlar as ações do SUS, além de prestar cooperação técnica e financeira aos demais entes. Em outras palavras, a União é a gestora nacional do sistema.

Por esta razão, embora exista obrigação comum dos entes públicos de cuidar da saúde da população, assim como tem defendido a doutrina

4 DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da Corte? **Revista Direito Público**. vol. 17. n. 96. Brasília: IDP, 2020, p. 52.

5 DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. *In: Judicialização da saúde no Brasil*. Org. SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda. Campinas: Saberes, 2014, p. 25-57.

especializada,⁶ há bastante tempo afirmo que não haveria que se falar em responsabilidade solidária dos entes públicos, uma vez que as normas do Sistema Único de Saúde preveem um sistema claro de repartição administrativa de competências, com diversidade de obrigações dos entes federativos.

Neste sentido, conforme as regras de repartição de competências do Sistema Único de Saúde, cabe à União o financiamento de medicamentos de alto custo e oncológicos.⁷ Além disso, também é atribuição da União, através do Ministério da Saúde, com a assessoria da CONITEC, deliberar sobre a incorporação de novas de tecnologias ao SUS, como se extrai do art. 19-Q da Lei nº 8.080/90.⁸

Isso acontece porque, obviamente, cada um dos entes tem diferentes possibilidades e capacidades, sobretudo econômicas. É somente assim que se permite a manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do Sistema Único de Saúde, sendo certo que a solidariedade enfraquece não apenas o SUS, mas o próprio pacto federativo.

Portanto, é fundamental que se observe a repartição de competências como forma de consolidar o federalismo de cooperação, reconhecendo o exato sentido do pacto federativo na judicialização da saúde.

6 FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71. Observe-se as lições do autor: “Nada obstante o compromisso [...] agentes políticos.”

7 SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Pactuação da assistência farmacêutica no SUS**: decifra-me ou te devoro. Direito em comprimidos, 11/10/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-medicamentos-sus/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

8 Lei Federal nº 8080/1990. “Art. 19-Q: A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS”.

3. SOLIDARIEDADE MITIGADA: A FIXAÇÃO DA NOVA TESE DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 793

Como se sabe, há muito tempo o Poder Judiciário vem recebendo e enfrentando uma série descomunal de demandas envolvendo o fornecimento de tratamentos de saúde. Tendo sido o direito à saúde alçado ao patamar de direito social fundamental, previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, os Tribunais consolidaram o entendimento de que este direito pode ser tutelado judicialmente, notadamente através de ações que buscam o fornecimento gratuito de medicamentos.

Aliado a este fato, os Tribunais passaram a reconhecer a solidariedade dos entes públicos, entendendo que qualquer um deles poderia ser acionado para atender às demandas em saúde, independente das regras de repartição de competências, o que evidentemente provoca um enfraquecimento do Sistema Único de Saúde, na medida em que se permitia impor a entes sem capacidade a responsabilidade pelo cumprimento de demandas judiciais, independente de qualquer contrapartida, gerando um incontestável desequilíbrio das contas públicas, sobretudo dos entes estaduais e municipais.

Neste sentido, o ajuizamento desenfreado de ações buscando o fornecimento de tratamentos não incorporados, aliado ao reconhecimento da pura e simples solidariedade, permitia que os Estados e Municípios fossem obrigados a custear tratamentos de altíssimo custo, cuja responsabilidade deveria ser atribuída à União, acabando por provocar um impacto gigantesco nas contas públicas dos entes menos abastados, dada a impossibilidade de ressarcimento, enfraquecendo o próprio pacto federativo.⁹

Ciente de tais fatores, mas atento à necessidade de se proteger o jurisdicionado, em maio de 2019, apreciando embargos de declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178, Tema de Repercussão Geral nº 793, acerca da

9 FREITAS, 2018, p. 73.

solidariedade dos entes federados em prestar assistência à saúde, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prescricionais 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.

Da tese fixada pelo STF é possível extrair que, conquanto a responsabilidade dos entes públicos permaneça sendo solidária, a partir de então o magistrado deve direcionar o cumprimento da ordem de acordo com as regras de repartição de competências, em razão dos critérios de descentralização e hierarquização.

Vale dizer que o julgamento dos embargos de declaração se deu nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, designado para redigir o acórdão. O voto vencedor do Ministro Edson Fachin, redator do acórdão, estabeleceu seis conclusões que bem iluminam o alcance da tese acima transcrita:¹⁰

i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido *lato*, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização (arts. 196 e ss. CF);

ii) Afirmar que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente” significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas, que devem ser observadas em suas consequências

10 STF. RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, p. 36-37.

de composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário;

iii) Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde;

iv) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico processual, sua inclusão deverá ser levada a efeito pelo órgão julgador, ainda que isso signifique deslocamento de competência;

v) Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90), de modo que recaia sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação;

vi) A dispensa judicial de medicamentos, materiais, procedimentos e tratamentos pressupõe ausência ou ineficácia da prestação administrativa e a comprovada necessidade, observando, para tanto, os parâmetros definidos no artigo 28 do Decreto federal n. 7.508/11.

Como se viu no tópico anterior, cada ente tem o dever de responder pelas prestações específicas que lhe impõem as normas de organização e funcionamento do SUS, que devem ser necessariamente observadas pelo órgão judicial.

A responsabilidade pela incorporação de novos tratamentos ao Sistema Único de Saúde é da União, conforme as regras de repartição de competências do SUS. Desta forma, em casos em que a tecnologia demandada

não está prevista nas políticas públicas do SUS, a tese indica que a União deve necessariamente compor o polo passivo, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar tais demandas, privilegiando o disposto no art. 19-Q da Lei Orgânica do SUS.

É dizer, ações que pleiteiam o fornecimento de tratamentos não padronizados devem ter a União como ré, isto porque a tese foi fixada nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, que a detalhou e estabeleceu tal conclusão, como se demonstrou acima. E, se isso não ocorrer, caberá ao juiz determinar a inclusão do ente federal, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva.¹¹

Nunca é demais lembrar que tal entendimento é vinculante aos demais juízes e tribunais, conforme art. 927, III, do Código de Processo Civil.

Assim, a partir da fixação da nova tese do Tema de Repercussão Geral nº 793, passa a haver uma solidariedade mitigada, temperada, na medida em que se reconhece que o SUS se assenta num sistema descentralizado e hierarquizado, em que os entes políticos têm distintas responsabilidades, que devem, necessariamente, ser observadas pelo Poder Judiciário.¹²

Neste sentido, a solidariedade ganha matizes, uma vez que, embora quaisquer dos entes públicos possa ser demandado para fornecer tratamentos médicos, quando se tratar de pedidos envolvendo tratamentos não incorporados ao sistema, a União deve ser chamada para compor o polo passivo da demanda.

11 MOROZOWSKI, Ana Carolina. **Tema 793 do STF: pato, coelho ou chinchila?** Direito em comprimidos, 02/08/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-pato-coelho/>. Acesso em 13 ago. 2021.

12 LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai. 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.

Com isso, garante-se o equilíbrio entre os entes federativos, vale dizer, reequilibra-se o pacto federativo e ganha relevo o federalismo cooperativo delineado no Sistema Único de Saúde e expressamente reconhecido no acórdão dos embargos de declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178, que deu ensejo à fixação da nova tese do Tema de Repercussão Geral nº 793.

4. O RECONHECIMENTO DO PROTAGONISMO DA UNIÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Após a fixação da nova tese do Tema de Repercussão Geral acerca da solidariedade dos entes públicos, muito se tem discutido acerca da obrigatoriedade ou não da presença da União nas demandas que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde.

De fato, embora em alguns Tribunais a questão esteja quase que praticamente pacificada, como acontece no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹³ e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região,¹⁴ é sabido que em muitos

13 AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE PORTADORA DE NEUROMIELITE ÓPTICA. PLEITO DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO RITUXIMABE 100MG, NA MODALIDADE OFF LABEL. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TUTELA. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. APLICAÇÃO DA TESE PROFERIDA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 855178 (TEMA 793). FÁRMACO QUE NÃO CONSTA NA LISTA DE MEDICAMENTOS EDITADA PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE - SUS. NECESSIDADE DE A UNIÃO COMPOR O POLO PASSIVO DA LIDE. DIREITO DA PACIENTE DEVIDAMENTE COMPROVADO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. **REMESSA DOS AUTOS, DE OFÍCIO, À JUSTIÇA FEDERAL.** (TJPR - 5ª C.Cível - 0009987-10.2021.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ MATEUS DE LIMA - J. 02.08.2021)

14 O TRF4 pacificou a questão ao analisar Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ajuizado, em conjunto, pelos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Na ocasião, o TRF4 entendeu que o IRDR não deveria ser conhecido, tendo em vista ser absolutamente obrigatória a presença da União nas demandas buscando o fornecimento de tratamentos não incorporados. Observe-se a ementa do acórdão proferido pela Terceira Seção: DIREITO DA SAÚDE. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. **LEGITIMIDADE E DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA UNIÃO PARA PARA AÇÕES SOBRE FÁRMACOS E PRESTAÇÕES NÃO REGISTRADAS NA ANVISA E/OU NÃO INCORPORADAS**

Tribunais ao redor do país a questão ainda não se encontra resolvida.¹⁵⁻¹⁶

Sem embargo, é indubitoso que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a obrigatoriedade da presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, reconhecendo que o SUS está baseado no federalismo cooperativo e, sobretudo, consolidando o pacto federativo nas demandas de saúde, na medida que reconhece o papel de protagonista da União no financiamento do sistema único.

AO SUS. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO STF FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL. IRDR INADMITIDO. A questão da legitimidade e do litisconsórcio passivo necessário da UF, tanto para ações sobre fármacos e prestações não registradas na Anvisa e/ou não incorporadas ao SUS, como nas demais, restou pacificada nos temas 500 e 793, já decididos pelo STF, inviabilizando o trânsito do IRDR, nos termos do art. 976, § 4º, do CPC. (TRF4 5051304-03.2020.4.04.0000, TERCEIRA SEÇÃO, Relator para Acórdão PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 18/12/2020). Vale citar trechos do voto vencedor, proferido pelo eminente Des. Paulo Afonso Brum Vaz, redator do acórdão: “Então, se a pretensão, que tenha sido ajuizada na Justiça Estadual, veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), porque a União deverá figurar como litisconsorte passivo necessário, deve o processo ser encaminhado para a Justiça Federal, que, segundo dispõe o art. 45 do CPC e Súmula 150 do STJ, detém competência exclusiva para decidir sobre a legitimidade da União. Em suma: **a UF é litisconsorte necessário se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses).** A consequência é que se a União não for citada, a ação deve ser extinta por ilegitimidade passiva.”

- 15 MELO, Felipe Barreto de. **O tema 793 do STF e o dissenso jurídico.** Aqui tem SUS? Direito em comprimidos, 18/10/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-stf-dissenso-juridico/>. Acesso em: 13 ago. 2021.
- 16 Há até bem pouco tempo, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando conflitos de competência entre juízes estaduais e federais, entendia que deveria prevalecer a opção da parte autora, devendo os feitos tramitarem na justiça estadual quando o autor optasse por não incluir a União. Mais recentemente, em novembro de 2021, apreciando uma série de Recursos Extraordinários interpostos em face destas decisões em conflitos de competência, a Vice-Presidência do STJ entendeu que este entendimento conflitaria com o decidido pelo STF no tema 793, já que seria imperativa a presença da União nas demandas envolvendo o pedido de tratamentos não incorporados ao SUS, razão pela qual devolveu os processos à Primeira Seção para exercício do juízo de retratação. Neste sentido as decisões proferidas nos CC 173950; CC 174256CC; 174281; CC 174545; CC 174675; CC 174694; CC 175588; CC 176482; CC 178101.

Isso porque a solidariedade irrestrita tende a acarretar a falência do sistema, vez que permite que se atribua aos entes estaduais e municipais, sem que se imponha qualquer contrapartida e que se possibilite o ressarcimento dos gastos, o fornecimento de quaisquer tipos de tratamento, inclusive aqueles de altíssimo custo.

Deste modo, é primordial a observância às regras de repartição de competências atribuídas aos entes públicos, o que atrai, obrigatoriamente, a participação da União na hipótese de tratamentos não incorporados, assim como nos casos de tratamentos de alto custo e oncológicos.¹⁷

De fato, em relação à nova tese fixada no tema 793, as recentes decisões dos Ministros que integram a Corte são mais do que recorrentes e têm se consolidado no sentido de que a tese impõe a presença da União nas ações que postulam tratamentos fora das políticas públicas.

No RE 1.332.520-RS,¹⁸ o *Ministro Dias Toffoli*, em decisão monocrática proferida em 02 de agosto de 2021, deu provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul para determinar a remessa do feito à Justiça Federal, tendo em vista a necessidade de presença da União no polo passivo da demanda.

Já no RE 1.297.448-RS,¹⁹ o *Ministro Edson Fachin*, em decisão unipessoal proferida em 14 de abril de 2021, igualmente deu provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul por entender que, tratando-se de demanda que buscava o fornecimento de tratamento não incorporado, o feito deveria ser encaminhado à Justiça Federal para inclusão da União.

Por outro lado, a *Ministra Cármen Lúcia*, no RE 1.307.921-PR, em

17 MELO, 2020.

18 No mesmo sentido, também de relatoria do Min. Dias Toffoli: ARE 1.298.536, 1.308.197, 1.298.493.

19 Na mesma linha, também de relatoria do Min. Edson Fachin: ARE 1.298.325

decisão monocrática proferida em 19 de março de 2021, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que determinara a inclusão da União no polo passivo e a remessa à Justiça Federal, por entender que a decisão local estava em harmonia com a tese fixada pelo STF, uma vez que o medicamento demandado não estava incluído em protocolos do SUS.

Do mesmo modo, o *Ministro Marco Aurélio*, no RE 1.299.593-PR, em decisão unipessoal proferida em 20 de janeiro de 2021, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná por entender que a decisão local, que determinara a inclusão do ente federal, estava em consonância com a jurisprudência do Supremo.

Apreciando a Reclamação nº 41.954-GO,²⁰ o *Ministro Gilmar Mendes*, em decisão prolatada em 26 de abril de 2021, julgou procedente a reclamação do Estado de Goiás, por entender que o Tribunal de Justiça daquele estado desrespeitou a autoridade da tese firmada no tema 793 quando não determinou a inclusão da União em demanda que buscava o fornecimento de tratamento não incorporado.

Na mesma linha, apreciando a Reclamação nº 45.777-GO,²¹ o *Ministro Luís Roberto Barroso*, em decisão proferida em 02 de junho de 2011, também julgou procedente a reclamação do Estado de Goiás, afirmando que a tese fixada no tema 793 não deixa margem de dúvidas, devendo o juiz promover o direcionamento ao responsável primário, segundo a relação do SUS, ainda que tal medida importe na modificação da competência para o feito. O Ministro foi além, afirmando não fazer sentido que caiba aos Estados a entrega de medicamentos de responsabilidade da União, que tem mais condições técnicas e financeiras.

20 No mesmo sentido, também de relatoria do Min. Gilmar Mendes: ARE 1.285.333.

21 De igual modo, também de relatoria do Min. Roberto Barroso: RE 1.303.165.

Por sua vez, analisando o pedido de suspensão de tutela provisória nº 768,²² o *Ministro Luiz Fux*, na qualidade de Presidente da Corte, em decisão proferida em 25 de junho de 2021, determinou a remessa do feito à Justiça Federal, entendendo cabível o chamamento da União ao processo, nos termos do tema 793, por ser o ente que tem mais condições financeiras.

Do mesmo modo, a Primeira Turma, composta pelos Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, apreciando o ARE 1.301.670-PR,²³ de relatoria do *Ministro Alexandre de Moraes*, por unanimidade, entendeu que a decisão que determinara a inclusão da União no polo passivo de demanda que buscava o fornecimento de medicamento não previsto nos regulamentos do SUS estava em conformidade com a jurisprudência do STF firmada no Tema de Repercussão Geral nº 793.

Na mesma linha, a Segunda Turma, composta pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia, Edson Fachin e Nunes Marques, apreciando o ARE 1.298.325-PR, de relatoria do *Ministro Edson Fachin*, por unanimidade, entendeu que a parte final da tese do tema 793 impõe observância da repartição de competências e, consequentemente, a inclusão da União nas demandas que buscam o fornecimento de medicamentos não padronizados.

Percebe-se, assim, que todos os Ministros do STF já se manifestaram, seja através de decisões monocráticas, seja através do colegiado, no sentido de que, após a fixação da nova tese do Tema de Repercussão Geral nº 793, é absolutamente imperativa a presença da União nas demandas que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao SUS.

Portanto, não há mais espaço para interpretações no sentido de que

22 No mesmo sentido, também de relatoria do Ministro Presidente, Luiz Fux, as decisões nas STP 649 e STP 694.

23 Na mesma linha, também de relatoria do Min. Alexandre de Moraes: RE 1.299.733.

a solidariedade impediria a participação da União quando não demandada inicialmente pela parte autora. É que a solidariedade foi temperada, ganhou matizes, de modo que a União deverá ser chamada a participar do processo quando a demanda versar sobre o fornecimento de tratamentos não incorporados ao SUS.

O reconhecimento da solidariedade mitigada, que pressupõe a atenção às regras de organização de SUS e a sua distribuição de competências, fortalece a hierarquização e descentralização do sistema, de modo que a presença da União passa a ser fundamental, devendo o magistrado convocá-la, ainda que de ofício, passando o redirecionamento e o ressarcimento a serem impositivos.²⁴

Assim, qualifica-se a judicialização da saúde, uma vez que se evita que entes incompetentes assumam ônus e responsabilidades que não lhes pertencem, vale dizer, impede que entes estaduais e municipais assumam sobrecarga financeira que compete à União, preservando o bom funcionamento e a higidez do SUS.²⁵

A partir da jurisprudência que se consolida no Supremo, esta incongruência deixa de ser possível e definitivamente se reequilibra e se consolida o pacto federativo, na medida em que se respeita a repartição de competências e se reconhece o protagonismo da União na judicialização da saúde, ente que deve ser responsável, especialmente, pelo financiamento de tratamentos de alto²⁶ custo e oncológicos.²⁷

24 MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. **Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS**. Migalhas, 01/07/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-assistencia-a-saude-no-sus>. Acesso em: 14 ago. 2021.

25 SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Divisão de competências nas ações e serviços públicos em saúde no SUS: decifra-me ou te devoro – parte II**. Direito em comprimidos, 22/11/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-da-assistencia-farmaceutica-parte-ii/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

26 Conforme art. 540, § 3º, da Portaria de Consolidação nº 6/2017 do Ministério da Saúde.

27 Consoante Portaria nº 874/2013 do Ministério da Saúde.

5. CONCLUSÃO

O Sistema Único de Saúde é baseado no federalismo de cooperação, que prevê diferentes atribuições a cada um dos entes públicos, sem embargo da competência comum para cuidar da saúde da população. Neste sentido, cabe à União a incorporação de novas tecnologias em saúde.

Ao estabelecer a nova tese do Tema de Repercussão Geral nº 793, embora tenha reconhecido a responsabilidade solidária dos entes políticos de prestar assistência em saúde, o Supremo Tribunal Federal temperou a solidariedade, atribuindo ao magistrado a responsabilidade de direcionar o cumprimento da decisão judicial conforme as regras administrativas de repartição de competências.

A partir de então, em se tratando de demandas que busquem tratamentos não incluídos nas políticas públicas, quando não propostas inicialmente em face do ente federal, a União deve ser necessariamente chamada para compor o polo passivo, atraindo a competência da Justiça Federal, conforme entendimento que se consolida no STF.

Reconhecido o protagonismo a União, que deve obrigatoriamente integrar o polo passivo em demandas de saúde que requerem tratamentos não incorporados ao SUS, consolida-se o pacto federativo na judicialização da saúde, evitando que os entes estaduais e municipais assumam ônus financeiros que não lhes pertencem.

REFERÊNCIAS

CASTELO, Fernando Alcantara. Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente. **Revista de Processo**. Vol. 274. Ano 42. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017, p. 317-342.

CASTELO, Fernando Alcantara. 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*. SANTOS A. O.; LOPES, L. T. (Orgs.). Brasília: Conass, 2018. v.2, p. 132-145.

CASTELO, Fernando Alcantara; FAGLIONI, Aline Fernanda. A especialização das procuradorias dos estados nas questões relativas ao direito à saúde como instrumento eficaz na defesa dos entes estaduais: a experiência da PGE/PR. *In: Coletânea direito à saúde: boas práticas e diálogos institucionais*. SANTOS A. O.; LOPES, L. T. (Orgs.). Brasília: Conass, 2018. v.3, p. 84-90.

DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da Corte? *Revista Direito Público*. vol. 17. n. 96. Brasília: IDP, 2020, p. 37-64.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. *In: Judicialização da saúde no Brasil*. Org. SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda. Campinas: Saberes, 2014, p. 25-57.

FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai. 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.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Felipe Barreto de. **O tema 793 do STF e o dissenso jurídico**. Aqui tem SUS? Direito em comprimidos, 18/10/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-stf-dissenso-juridico/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

MELO, Felipe Barreto de. **O tema 793 do STF, o dissenso jurídico e o SUS**. Empório do direito, 15/11/2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-tema-793-do-stf-o-dissenso-juridico-e-o-sus>. Acesso em: 13 ago. 2021.

MOROZOWSKI, Ana Carolina. **Tema 793 do STF: pato, coelho ou chinchila?** Direito em comprimidos, 02/08/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-pato-coelho/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. **Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS**. Migalhas, 01/07/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-assistencia-a-saude-no-sus>. Acesso em: 14 ago. 2021.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Pactuação da assistência farmacêutica no SUS**: decifra-me ou te devoro. Direito em comprimidos, 11/10/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-medicamentos-sus/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Divisão de competências nas ações e serviços públicos em saúde no SUS**: decifra-me ou te devoro – parte II. Direito em comprimidos, 22/11/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-da-assistencia-farmaceutica-parte-ii/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2019.