

Tema 793: consolidação no STF e posições antagônicas nos tribunais superiores

Theme 793: consolidation at the Supreme Court and antagonical positions at the superior courts

Guilherme H. Hamada¹

Eduardo Pedro Souza Borri²

RESUMO: A nova redação do Tema 793 representou a alteração do paradigma até então vigente em relação à solidariedade dos entes federativos em relação ao direito à saúde. Sua aplicação, em especial com as regras enunciadas no voto vencedor, não foi imediata, mesmo na Corte Constitucional. O presente artigo busca descrever como se consolidou a aplicação da nova redação do Tema 793 no STF, analisando decisões proferidas logo após a publicação do inteiro teor do acórdão, em 2020. Um ano após, em meados de 2021, e em 2022, quando há a definição das posições dos Ministros. Por fim, analisa como o IAC 14 e o Tema 1234 de repercussão geral podem ser compreendidos como uma contraposição do STJ e de alguns Ministros do STF em relação aos tratamentos de saúde não incorporados ao SUS, mas com registro na Anvisa.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde Pública; Judicialização da saúde; Tema 793 de repercussão geral; Direito Constitucional.

1 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Procurador do Estado do Paraná.

2 Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, estagiário de graduação na Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

ABSTRACT: The new wording of Theme 793 represented a change at the paradigm in force regarding the solidarity of the federal entities relating to the right to health. Its application, especially with the rules enunciated in the winning vote, was not immediate, even in the Constitutional Court. This article seeks to describe how the application of the new wording of Theme 793 was consolidated in the STF, analyzing decisions pronounced shortly after the publication of the entire content of the judgment, in 2020, a year later, in mid-2021, and in 2022, when the Justices' positions were defined. Finally, it analyzes how the IAC 14 and Theme 1234 of general repercussion can be understood as a contrast between the STJ and some STF Justices in relation to health treatments not incorporated into the SUS, but registered with Anvisa.

KEYWORDS: Public health; Health judicialization; Theme 793 of general repercussion; Constitutional Law.

1. INTRODUÇÃO

Em maio de 2019, ao julgar embargos de declaração opostos pela União contra o acórdão que havia estabelecido a redação original do Tema 793 de repercussão geral (Tema 793), o Supremo Tribunal Federal (STF) alterou o paradigma até então vigente nas demandas por tratamentos de saúde ajuizadas em face dos entes públicos. Até aquele momento, a jurisprudência considerava que havia uma solidariedade geral e irrestrita entre os entes federativos que permitia o ajuizamento de uma demanda de saúde contra qualquer deles, independentemente da organização do Sistema Único de Saúde (SUS) ou da incorporação do tratamento pretendido à rede pública.

A nova tese desenvolvida pela Corte Constitucional, embora reconhecendo a existência de solidariedade dos entes federativos nessas demandas, acresceu um trecho final ao enunciado vinculante, exigindo da autoridade judicial o direcionamento do cumprimento de suas determinações

consoante regras de repartição de competências e permitindo o ressarcimento do ente que suportou o ônus financeiro. Em junho daquele ano foi publicada a ata de julgamento, mas não estavam claras as consequências práticas da alteração promovida.

Apenas em maio de 2020, um ano após o julgamento, foi possível compreender o exato significado da alteração promovida no Tema 793. A publicação do inteiro teor do acórdão revelou a existência de teses enunciadas no voto vencedor que integravam o precedente vinculante e explicavam como deveria ser abordada a questão da solidariedade dos entes federativos nas demandas de saúde, que incluíam, inclusive, regras de alteração de competência em razão da necessidade de direcionamento das obrigações para a União.

Como não se trata de procedimento usual a existência de uma tese de repercussão geral cuja aplicação dependa de enunciados disponíveis apenas no voto do Ministro Relator, a aplicação desses enunciados, mesmo no STF, não foi imediata, e até os dias atuais encontra resistência em sua aplicação por alguns órgãos jurisdicionais. Esta resistência se revelou de forma mais contundente na instauração do Incidente de Assunção de Competência n.º 14 (IAC 14) no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e na inauguração do Tema 1234 de repercussão geral (Tema 1234) na própria Corte Constitucional.

O presente artigo irá abordar o Tema 793 sob a óptica da integridade da assistência farmacêutica do SUS e suas consequências na crescente judicialização da saúde pública. Também irá descrever a progressiva consolidação da aplicação dos enunciados que integram o Tema 793 a partir de decisões proferidas pelo STF em três momentos distintos: logo após a publicação do inteiro teor do acórdão, em 2020; um ano depois de sua publicação, em 2021; e dois anos depois, em 2022, quando finalmente foi consolidada a posição da Corte Constitucional.

Por fim, irá analisar como o IAC 14 e o Tema 1234 podem ser compreendidos como uma reação do STJ e de alguns Ministros do próprio

STF contra o novo paradigma estabelecido à solidariedade dos entes federativos nas demandas de saúde, que vigora desde a publicação do inteiro teor do acórdão que originou a nova redação do Tema 793, mas cuja aplicação se consolidou apenas em 2022.

2. O TEMA 793 NO CONTEXTO DA CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

A crescente busca de tratamentos públicos de saúde através do ajuizamento de demandas é uma realidade do Poder Judiciário brasileiro. Conforme pesquisa elaborada pelo INSPER e divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2019,³ entre 2008 e 2017 houve um crescimento de 130% nas demandas relacionadas ao direito à saúde distribuídas em primeira instância na Justiça Estadual de todo o país. Este crescimento é superior ao crescimento do número total de processos no período, estimado em 50% pelo CNJ.⁴

O fenômeno da judicialização da saúde pública teve início em meados dos anos de 1990. A partir do início da década seguinte houve uma aceleração do aumento do número de novas ações, que superaram 800 mil entre 2014 e 2019, sem tendência de diminuição desse volume.⁵ O Poder Judiciário se tornou um caminho autônomo para obtenção de tratamentos públicos de saúde. Na perspectiva de garantir o direito à saúde, essa via acabou causando distorções no sistema.

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019. 172 p.

4 INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa (contratado pelo Conselho Nacional de Justiça). **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019, p. 46.

5 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 15, n. 3, 2019, p. 2.

Dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, a judicialização da saúde, por si própria, não é algo negativo, especialmente se relacionada à consciência da população quanto ao seu direito constitucional à saúde.⁶ O uso de ações individuais almejando prestações não disponibilizadas pelo Estado em razão de entraves administrativos ou sua ineficiência é um fenômeno presente em diversos países⁷ e a judicialização da saúde pode ser considerada um desdobramento da conscientização dos direitos que resulta em uma maior cobrança dos entes estatais.⁸

A existência de muitas demandas pleiteando tratamentos médicos poderia significar que o Estado não está desempenhando adequadamente suas funções, seja por deficiências da Administração Pública ou pela previsão de direitos cuja concretização se mostra inviável. Alguns pesquisadores atrelam a judicialização da saúde a problemas do SUS, enquanto outros a inserem no contexto da judicialização das políticas públicas e dos diversos direitos sociais assegurados pela Constituição.

Flávio da Silva Andrade, por exemplo, aponta três falhas do sistema público de saúde que contribuem para o aumento dessas demandas: a) falta de medicamentos que deveriam estar disponíveis administrativamente, por estarem incorporados ao sistema; b) ausência de atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), ainda que o tratamento tenha sido aprovado pelos órgãos técnicos do SUS; e c) ausência de aprovação, pelos órgãos técnicos, para que um tratamento autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) seja incorporado ao SUS.⁹

6 FERRAZ, 2019, p. 2.

7 VASCONCELOS, Natalia Pires. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan/abr 2020, p. 85.

8 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, p. 243.

9 ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a progressiva judicialização da saúde no Brasil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [S. l.], v. 31, n. 03, p. 23-35, 2019, p. 25.

A base jurídica das demandas de saúde está no art. 196 da Constituição, que vincula o exercício do direito à saúde com a universalidade, gratuidade e integralidade.¹⁰ Estes três valores aparentam assegurar a todas as pessoas todos os tratamentos possíveis de forma gratuita, como se houvesse um dever do Estado de disponibilizá-los e um direito das pessoas de reivindicá-los caso não lhes sejam facilmente ofertados administrativamente. Além de se tratar de uma interpretação superficial, há, nesta concepção, uma equivocada suposição de que o alto número de ações judiciais revelaria que o Poder Judiciário estaria concretizando o sistema público de saúde do modo delineado pela Constituição.

Não é isso que ocorre. Ainda que o Poder Judiciário busque a máxima efetividade dos direitos constitucionais, assegurando seu acesso às pessoas em questões cuja atribuição seria, originalmente, dos Poderes Executivo e Legislativo,¹¹ a judicialização da saúde no Brasil tem servido para assegurar privilégios e servido de fonte para desorganização do sistema público de saúde, uma vez que os problemas do SUS não são discutidos nas ações judiciais.¹²

Nas milhares de demandas que compõem o fenômeno da judicialização da saúde, não há investigação dos problemas do sistema público de saúde. Há, por parte dos demandantes, o interesse de obter gratuitamente um tratamento médico, independentemente do restante da população e mesmo que resulte na preterição de pessoas na mesma situação. Por parte do julgador, ainda que possa existir uma preocupação com a totalidade

10 BEZERRA, André Augusto Salvador; SARAIVA, Fabiane Borges. Judicialização das políticas públicas de saúde: efetivar direitos sem violar a isonomia dos entes federativos. **Revista Judicial Brasileira**. Brasília, v. 1, n. 1, p. 227-250, 2022, p. 228-229.

11 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, p. 1336.

12 FERRAZ, 2019, p. 2.

do sistema, há apenas a solução de um caso específico, no qual se conclui existir o dever do Estado de oferecer o tratamento pretendido.

A atual situação da judicialização da saúde também decorre do efeito multiplicador gerado pelas decisões anteriores. O aumento do número de demandas afasta dos novos julgamentos a discussão sobre as causas que originaram as primeiras decisões, que acabam replicando a “fórmula” utilizada nos julgamentos pretéritos. As discussões sobre os limites do direito à saúde acabam se restringindo às instâncias recursais, especialmente nos Tribunais Superiores.

No final da década de 2000, o STF teve de decidir a abrangência do direito à saúde previsto na Constituição. Para não o tornar uma mera norma programática, consolidou a posição de que se trata de um direito público subjetivo.¹³ Mas, no impasse entre a efetivação de direitos prestacionais e seu impacto nas políticas públicas, cabe à Corte Constitucional a definição de balizas vinculantes para concessão judicial de tratamentos de saúde.¹⁴

Em 2009 já havia um consenso no meio jurídico de que a judicialização da saúde se tornara um problema. Naquele ano, o Ministro Gilmar Mendes organizou a primeira audiência pública da Corte Constitucional, convidando 37 especialistas para debater sobre a questão. O resultado serviu de subsídio à posição que seria adotada pelo Ministro no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175,¹⁵ julgamento de suma importância por debater no plenário da Corte Constitucional o direito constitucional à saúde e os deveres do Estado para implementá-lo.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Recomendação n.º 31, contendo um conjunto de sugestões aos juízes na

13 VASCONCELOS, Natalia Pires. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020, p. 89.

14 FERREIRA; LAMARÃO NETO; TEIXEIRA, 2020, p. 1337.

15 VASCONCELOS, op. cit., p. 90-91.

análise de ações em saúde. O colegiado ainda criou o Fórum da Saúde do Judiciário, constituído por comitês executivos nacional e estaduais, responsável pelo monitoramento de ações e pela realização de três Jornadas da Saúde.¹⁶

Portanto, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário consolidou sua posição em prol da máxima efetividade do art. 196 da Constituição, houve uma preocupação de definição das balizas para concessão judicial dos tratamentos de saúde. Esta preocupação pode ser constatada nos inúmeros temas repetitivos ou com repercussão geral reconhecidos pelo STF e pelo STJ e cuja decisão possui efeito vinculante em relação a todos os órgãos judiciários.

Tiveram a repercussão geral reconhecida questões como a legitimidade do Ministério Público para ajuizar demandas para compelir o Poder Público a disponibilizar tratamentos médicos (Tema 262), a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para assegurar tratamentos (Tema 289) e o dever do Estado de fornecer tratamentos não registrados na Anvisa (Tema 500).¹⁷ Na Corte de Justiça também já foram definidos os requisitos para concessão de medicamentos não incorporados ao SUS (Tema 106/STJ).

Uma das questões que teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF foi a trazida no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 855.178/SE. Neste recurso, interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que a havia condenado em solidariedade com o Estado de Sergipe a fornecer tratamento médico, o ente federal questionou sua legitimidade ante a descentralização administrativa do SUS.¹⁸

16 VASCONCELOS, 2020, p. 97-99.

17 MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni; ZALAZAR, Claudia Elizabeth. A interpretação da Repercussão Geral pelo STF nos Precedentes sobre Direito Sanitário. *Revista Brasileira de Direito*, v. 15, n. 1, p. 25-38, jan./abr. 2019, p. 32-36.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 10 jan. 2023, p. 4.

Em julgamento ocorrido no dia 05/03/2015, o plenário do STF reconheceu a constitucionalidade da questão e sua repercussão geral. No mérito, a Corte Constitucional apenas reafirmou a jurisprudência até então dominante editando o seguinte enunciado vinculante: “O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.”¹⁹

O que a decisão reconheceu foi, em síntese, a existência de uma solidariedade geral e irrestrita dos entes federativos nas prestações de saúde, permitindo que qualquer pessoa ajuizasse uma demanda pleiteando qualquer tratamento médico contra qualquer ente federativo. Além dos valores da universalidade, gratuidade e integralidade, consolidou-se a interpretação do art. 196 da Constituição a partir da responsabilidade solidária prevista no inc. II, do art. 23 e dos dispositivos que tratam do custeio da saúde pública brasileira (arts. 195, 198 e 200), extraindo-se uma solidariedade ilimitada que afastaria dos julgamentos qualquer alegação de ilegitimidade passiva dos entes federativos nas demandas por saúde pública.

3. ALTERAÇÃO DE PARADIGMA NO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O julgamento do Recurso Extraordinário 855.178/SE teve, até o julgamento ocorrido em 05/03/2015, o andamento usual de uma demanda que versa sobre tratamentos públicos de saúde. A parte autora pretendia a dispensação do medicamento Bosentana (Tracleer 52,5mg/125mg). Ajuizou a ação contra o Estado de Sergipe e a União, obtendo liminarmente a tutela antecipada. A sentença reconheceu a necessidade de cofinanciamento do custeio da medicação por ambos os entes federativos, fixando o

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 10 jan. 2023.

ressarcimento de 50% dos gastos estaduais pela União.²⁰

A União recorreu, mas o Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve a sentença, sob fundamento de que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos é solidária.²¹ Foi, então, interposto pela União o recurso extraordinário que originou a tese vinculante que reconhecia a solidariedade geral e irrestrita dos entes federativos nas demandas de saúde pública.

Como destacam Gustavo da Silva Santanna e Felipe Scalabrin, a decisão do plenário do STF, de que o polo passivo das demandas poderia ser composto por qualquer ente federativo, isolada ou conjuntamente, apenas reafirmava jurisprudência que já estava consolidada na Corte Constitucional após o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 ocorrida em 17/03/2010.²² Contra esta decisão foram opostos embargos de declaração pela União, que objetivava a modificação do julgado. O Min. Luiz Fux, Relator do recurso, votou pelo desprovimento dos aclaratórios, mas o Min. Edson Fachin, embora concordando com a rejeição recursal, propôs a elaboração de uma tese esclarecedora quanto à aplicação da solidariedade no âmbito processual.²³

Antes de efetuar a leitura de seu voto-vista, o Min. Edson Fachin destacou a necessidade de aprimoramento e desenvolvimento da tese vinculante, tendo em vista que já haviam passado dez anos da decisão da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175. Conforme destacou, seu voto reapreciou as bases constitucionais e doutrinárias da judicialização da saúde, analisando a repartição de competências a partir de

20 LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; SILVA, 2021, p. 244-245.

21 Ibid., p. 245.

22 SANTANNA, Gustavo da Silva; SCALABRIN, Felipe. A solidariedade no direito à saúde vista pelos tribunais gaúchos após o julgamento do tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da ESDM**, v. 8, n. 15, p. 98-114. 2022, p. 101-102.

23 LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; SILVA, op. cit., p. 245.

diversos precedentes.²⁴ Ao final do julgamento, o Tema 793 passou a ter a seguinte nova redação:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

O julgamento dos embargos de declaração ocorreu em 22/05/2019. A nova tese fixada foi divulgada no dia 23/05/2019 e a publicação da ata de julgamento ocorreu no Diário de Justiça Eletrônico de 03/06/2019. Ainda que os enunciados que constavam do voto do Min. Edson Fachin para elucidar a tese fossem conhecidos, sem a publicação do inteiro teor do acórdão não havia clareza de como proceder em relação à formação do polo passivo das demandas de saúde pública e havia muita incerteza quanto ao direcionamento das determinações judiciais e eventual deslocamento da competência.²⁵ Como destacou Marcia Coli Nogueira, questões processuais como a inclusão de ofício de um réu e a natureza jurídica do litisconsórcio passivo teriam de ser enfrentadas.²⁶

Apenas em 16/04/2020 o inteiro teor do acórdão foi publicado, revelando os enunciados propostos pelo Min. Edson Fachin nas páginas 76

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator p/ acórdão: Min. Edson Fachin, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 33.

25 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. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.** Brasília, v. 8, n. 4, out/dez, 2019, p. 08-26, p. 12-13.

26 NOGUEIRA, loc. cit.

e 77 de seu voto vencedor.²⁷ Ainda que o STF tenha mantido a solidariedade, afastou de seu conteúdo o caráter civilista que lhe é usualmente atribuído, extraíndo uma noção constitucional a partir do art. 23 da Carta Brasileira. Isto significa, em síntese, que o Poder Judiciário teria de observar as divisões de atribuição dos entes públicos nas prestações de saúde, obrigando, primariamente, o ente federativo responsável pela atuação administrativa que resultaria na disponibilização do tratamento, enquanto os demais entes federativos poderiam compor o polo passivo

27 O voto-condutor do Min. Edson Fachin continha os seguintes enunciados: "(...) 3) Quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade enuncia-se o seguinte: i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no art. 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.º 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas; 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, compete a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento; 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 art. 28 do Decreto federal n.º 7.508/11." Cf. voto do Min. Edson Fachin, p. 76-77 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356B>. Acesso em: 09 jan. 2023.)

da demanda, mas apenas como garantidores da obrigação e com direito de ressarcimento dos valores gastos pelo cumprimento da ordem judicial.

Os enunciados deram forma à solidariedade dos entes federativos na saúde pública reconhecendo as obrigações específicas de cada um. Ainda que a parte autora possa escolher contra quem demandar, o ente federado responsável pelo financiamento do tratamento deve figurar no polo passivo da demanda, permitindo o direcionamento do cumprimento das determinações judiciais e eventual ressarcimento, caso outro ente tenha cumprido a obrigação em face da omissão do devedor principal. Caso o tratamento não esteja incorporado ao SUS, a União deve necessariamente compor o polo passivo da ação.

A principal consequência dessas regras foi trazer às demandas de saúde pública a discussão quanto à repartição de atribuições do SUS, uma vez que o juiz da causa deve analisar o sistema público de saúde para verificar a regularidade da composição do polo passivo da demanda, podendo, inclusive, acarretar na alteração de competência para julgamento da causa. Por outro lado, afastou a ideia da solidariedade geral e irrestrita dos entes públicos, até então dominante na jurisprudência, e impediu eventuais discussões quanto ao conteúdo da expressão solidariedade.

Embora os recursos que originaram o Tema 793 tivessem sido apresentados pela União, este foi o ente federativo mais impactado pelos enunciados, uma vez que a maior parte das demandas de saúde pública envolvem tratamentos não incorporados ao SUS ou de sua responsabilidade financeira. Como destaca Versalhes Enos Nunes Ferreira *et al.*, o Relatório Justiça em Números de 2019 indicou que de 1.778.269 demandas de saúde, apenas 544.378 pleiteavam medicamentos já constantes em políticas públicas.²⁸ Ou seja, mais de dois terços das demandas de saúde pública passaram a exigir a presença da União no polo passivo da demanda em razão de o tratamento não estar incorporado ao SUS.

28 FERREIRA; LAMARÃO NETO; TEIXEIRA, 2020, p. 1334.

Em adição, na mesma sessão de julgamento foi decidido o Tema 500 de repercussão geral, que exige que as demandas que versem sobre tratamentos de saúde não aprovados pela Anvisa sejam necessariamente ajuizadas em face da União.²⁹ Destaca-se que o julgamento dos Temas 500 e 793 de repercussão geral ocorreu após o STJ ter limitado as hipóteses de concessão judicial de tratamentos não incorporados ao SUS no julgamento do Tema Repetitivo 106, em 21 de setembro de 2018.³⁰

Diante da alteração dos paradigmas até então prevalentes na Justiça Brasileira, houve incerteza quanto ao real significado que seria atribuído pelo próprio STF ao Tema 793. Decisões díspares passaram a ser proferidas

29 Tema 500/STF: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jan. 2023.)

30 Tema 106/STJ: “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.”(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial 1657156/RJ**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 25/04/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 12 jan. 2023.)

pelos Tribunais Estaduais.³¹ O STJ ainda resiste em aplicar os enunciados do Ministro Relator e no próprio STF a consolidação de sua aplicação foi progressiva. E, quando pacificada a questão na Corte constitucional, tanto o IAC n.º 14 como o Tema 1234 pretendem discutir aspecto já definido nos enunciados do Ministro Relator.

4. PRIMEIRO MOMENTO NA APLICAÇÃO DO TEMA 793 NO STF: DIVERGÊNCIA E NÃO APLICAÇÃO IRRESTRITA

Como o próprio Ministro Relator, Edson Fachin, expressou durante o julgamento dos embargos de declaração no RE 855.178, a nova redação do Tema 793 não buscava contrariar a tese de solidariedade dos entes federativos nas prestações de saúde. Almejava compreender a solidariedade dentro de uma perspectiva de organização do SUS a partir de premissas constitucionais, especialmente os art. 196 e seguintes da Constituição.³²

Além da questão das repartições administrativas, os enunciados que integram a tese vinculante prezam pela noção de sustentabilidade do sistema de saúde brasileiro. Direcionar o cumprimento de um tratamento de baixa complexidade à União, ou o fornecimento de medicamentos de alto custo ao Município ou Estado, contraria princípios norteadores do sistema público de saúde. Ao direcionar o cumprimento de demanda incompatível com a atuação do ente federativo, colocar-se-ia um empecilho na concretização das atribuições regulares deste, de modo a comprometer

31 Marcia Coli Nogueira exemplifica a questão descrevendo decisões dos Tribunais de Justiça da Paraíba, Goiás e São Paulo. A primeira, que apreciava pedido de tratamento oncológico de alta complexidade, determinava a emenda da petição inicial para inclusão da União no polo passivo. A segunda, que também apreciava pedido de tratamento oncológico, extinguiu a ação por ilegitimidade passiva do Estado. A terceira, que tratava de disponibilização de fraldas, condenou apenas o município, excluindo o Estado em razão da sua ilegitimidade passiva (NOGUEIRA, 2019, p. 8-26).

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 34-35.

todo sistema de saúde pública.³³

A partir da nova redação dada ao tema de repercussão geral, foi rechaçada a tese de que a solidariedade dos entes federados no cumprimento das demandas de saúde seria irrestrita. Não se negou a competência comum, extraída da redação constitucional, mas houve avanço no sentido da instrumentalização eficaz da solidariedade através da verificação da repartição das atribuições entre União, Estados e Municípios. Contudo, nem sempre é fácil indicar qual o ente federativo responsável por qual atuação na saúde pública.

Dentro da expressão judicialização da saúde pública estão diversas modalidades de tratamento, cuja atribuição administrativa não é facilmente imputada a um único ente federativo. Por vezes, o tratamento depende da iniciativa e colaboração de diversos deles. O voto do Min. Edson Fachin, sem limitar a abrangência da decisão a uma espécie de tratamento médico específico, teve como base o tratamento medicamentoso, haja vista suas referências à RENAME, por exemplo.

Os medicamentos são a intervenção terapêutica mais utilizada no Brasil e sua judicialização é o principal pleito dos cidadãos em face do Estado.³⁴ Como explicam Jorge Antonio Zepeda Bermudez *et al.*, foi na assistência farmacêutica que surgiu o paradigma da integralidade. A previsão de acesso universal à saúde pública brasileira ocorreu apenas após 1988, com a Constituição e o surgimento do SUS (Lei n.º 8.080/1990). Neste momento surge a concepção de assistência farmacêutica com foco no abastecimento de medicamentos.³⁵

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 34-35.

34 FERREIRA; LAMARÃO NETO; TEIXEIRA, 2020, p. 1334.

35 BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda *et al.* Assistência farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade. **Ciências & Saúde Coletiva**, n. 23, v. 6, p. 1937-1951, 2018, p. 1938.

A Lei Orgânica do SUS prevê a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, inc. I, “d”, da Lei n.º 8.080/1990). Três períodos podem ser destacados a partir de então: a) até 1997, quando se extingue o sistema de abastecimento de medicamentos do sistema público de saúde, originado no início da década de 1970; b) após a criação da Política Nacional de Medicamentos em 1998, que estabeleceu o tripé descentralização, financiamento e ações logísticas; e c) a partir da reorganização do SUS ocorrida em 2011, através da Lei n.º 12.401/2011 e do Decreto n.º 7.508/2011, que estabeleceu uma articulação interfederativa na assistência farmacêutica e estabeleceu mecanismos para incorporação, exclusão ou alteração de tratamentos no SUS.³⁶

Portanto, o próprio SUS se encontra em processo de organização e consolidação. A partir do momento em que o Poder Judiciário reconheceu o direito constitucional à saúde pública como fundamento para obtenção de tratamentos na via judicial, ingressou nesse processo, cujas maiores atribuições pertencem aos Poderes Executivo e Legislativo. Elogiável que sejam definidas balizas para o exercício desse direito e que o sistema público de saúde seja observado pelas ações judiciais.

Ao determinar o direcionamento das determinações judiciais ao ente federativo administrativamente responsável por sua prestação, o Tema 793 tornou vinculante uma posição já recomendada pelo CNJ no Enunciado n.º 60 das jornadas de direito da saúde.³⁷ O órgão já havia reconhecido que seria benéfico se as decisões judiciais observassem as normas administrativas. A Corte Constitucional apenas incorporou a sugestão, tornando-a obrigatória nos processos judiciais.

36 BERMUDEZ, 2018, p. 1938-1939.

37 LOPES, Fernando Augusto Montai y. O financiamento pelos Estados de política pública de saúde de atribuição da União: a afronta às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal e à regra de ouro do Direito Financeiro. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 89-101, jul./set. 2019, p. 94.

Antes da nova redação do Tema 793, havia um descompasso entre a descentralização de competências no âmbito administrativo e a jurisprudência em torno da solidariedade dos entes federativos. Administrativamente, os entes federados se planejam conforme a capacidade organizacional e financeira de cada um. Já na via judicial, a possibilidade de a parte autora escolher contra qual ente poderia exigir a prestação produziu um efeito concentrador de obrigações a um único ente federado, obrigando-o a suportar o financiamento de tratamentos que não lhe competem administrativamente.³⁸

Até então, na perspectiva de consolidação da efetividade do direito constitucional à saúde, prevalecia na jurisprudência o entendimento de que não era impositiva a participação do ente federativo administrativamente responsável pela atribuição, pois a intervenção de terceiro no processo seria medida protelatória e sem utilidade, dificultando o acesso do autor da ação ao seu direito.³⁹ Esta posição privilegiava a efetivação do direito à saúde, ainda que pudesse impactar no ainda não consolidado sistema público de saúde. Exigir da parte autora o ajuizamento da demanda contra o ente federativo correto, em um sistema de saúde cujas atribuições administrativas não são claramente repartidas, seria negar a solidariedade dos entes públicos e a própria prestação do direito.

Na nova redação do Tema 793, o STF alterou este paradigma, adotando uma posição intermediária. Como destacou o Min. Edson Fachin, a solidariedade está presente, mas seu contorno não seria mais aquele atribuído pelo direito civil. A solidariedade prevista foi extraída do próprio texto constitucional, o que significa admitir que a atuação dos entes federativos nesta esfera obedece a uma lógica de divisão horizontal, tal como

38 LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai y. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário n. 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. *Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 70-88, jul./set. 2019, p. 76-77.

39 *Ibid.*, p. 73-74.

as demais competências comuns do art. 23 da Constituição, que rejeita a sobreposição do um ente sobre os demais.⁴⁰

Diante disso, a solidariedade que se buscou reconhecer é a que determina aos entes da federação que concretizem o direito à saúde, organizando o SUS e cumprindo os deveres a eles atribuídos constitucionalmente. Nesse contexto, a divisão de competências – e a consequente previsibilidade em relação a quem deve prestar determinada obrigação – contribuem para a efetivação desse direito. Mas não é tarefa fácil incluir esta discussão nos processos judiciais, especialmente através de regras vinculantes que contrariam a posição até então consolidada sobre a composição do polo passivo das demandas de saúde pública.

Tão logo publicado o inteiro teor do acórdão que originou a nova redação do Tema 793, em 16 de abril de 2020, a aplicação deste pelo STF não se deu de maneira uniforme. Inicialmente, houve divergência entre os posicionamentos adotados pelos Ministros. Em que pesem decisões em suspensões de tutela provisória que mitigaram a solidariedade irrestrita, há decisão do Min. Roberto Barroso no ARE 1267643, reafirmando a solidariedade irrestrita no fornecimento de medicamentos. Neste julgamento, foi inadmitido recurso extraordinário que buscava a aplicação da nova redação do Tema 793.

No recorte temporal da presente pesquisa, que abrange de maio a setembro de 2020, não foram encontradas decisões mencionando expressamente os enunciados do voto condutor em suas fundamentações, apesar da existência de decisões em conformidade com tais enunciados, como a proferida na Suspensão de Tutela Provisória n.º 297.⁴¹ No mesmo sentido,

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178 ED**. Relator: Luiz Fux, Relator p/ acórdão: Edson Fachin, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 56-58.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Provisória 297/AL**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1110288/false>. Acesso em: 13 jan.2023.

foram proferidas as decisões nos STP 278 MC e STP 280 MC, ambos de relatoria do Min. Dias Toffoli, e no RE 1286407/PR, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, no qual foi mantida a inclusão da União no polo passivo em demanda de medicamento não constante da RENAME.

Contudo, mesmo com a publicação da íntegra da decisão dos embargos de declaração, algumas decisões ainda não aplicavam o novo paradigma. A Reclamação 41677/GO de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, por exemplo, teve seu seguimento negado, sob o fundamento de que o fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, mas não incorporado ao SUS, não seria de responsabilidade exclusiva da União, sendo desnecessária sua inclusão no polo passivo da demanda.

Não é possível inferir se as decisões que deixaram de aplicar o novo paradigma o fizeram por erro ou por entenderem alguns Ministros que o julgamento dos embargos de declaração no RE 855178/SE não representou ruptura na posição até então consolidada na jurisprudência. De todo modo, o que caracteriza este momento das decisões do STF é que, mesmo com a publicação da íntegra do acórdão, não havia expressa menção aos enunciados que integram o Tema 793.

5. SEGUNDO MOMENTO NA APLICAÇÃO DO TEMA 793: MENÇÃO AOS ENUNCIADOS QUE O INTEGRAM

Os enunciados que integram o Tema 793 estabeleceram regras para aplicação da tese de solidariedade nas prestações de saúde. A premissa é conciliar o direito a uma prestação solidária do usuário em consonância com a noção de que cada ente federativo possui prestações específicas.⁴² A solução encontrada é a obrigação de a parte autora ajuizar a ação em

42 Cf. enunciado “ii” do voto condutor (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 76-77.)

face do ente federativo responsável pelo tratamento na via administrativa, podendo incluir outros entes no polo passivo, apenas para ampliar sua garantia.⁴³

Se o ente responsável pelo financiamento da obrigação principal não figurar no polo passivo da demanda, cabe à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competência, podendo redirecionar aos demais entes em caso de descumprimento, resguardado o direito de ressarcimento destes.⁴⁴ A presença da União tornou-se obrigatória quando o tratamento não estiver incorporado ao SUS, pois esta é uma atribuição que lhe compete administrativamente.⁴⁵ Esta é a regra mais fácil de ser aplicada.

De acordo com a Lei n.º 8.080/1990, a União é a gestora nacional do sistema, competindo-lhe planejar, coordenar e controlar as ações do SUS. Também lhe cabe deliberar sobre a incorporação de novas tecnologias, através da CONITEC, órgão vinculado ao Ministério da Saúde.⁴⁶ Esta previsão, contida no art. 19-Q, foi inserida pela Lei n.º 12.401/2011, e já constava do Enunciado 78 das jornadas de direito à saúde.⁴⁷

Embora não haja vedação para que outros entes federativos tenham iniciativa quanto à disponibilização de tratamentos de saúde nas

43 Cf. enunciado “ii” do voto condutor (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 76-77.)

44 Cf. enunciado “iv” do voto condutor (Idem.)

45 Cf. enunciado “v” do voto condutor (Idem.)

46 Idem.

47 CASTELO, Fernando Alcantara. 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. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, n. 13, p. 251-268, 2022, p. 254-255.

suas localidades, a Lei Orgânica do SUS evidencia que se trata de atuação complementar ou suplementar à da União.⁴⁸ Fernando Augusto Montai y Lopes considera que não existem regras claras quanto à atribuição de disponibilização de medicamentos não padronizados, mas atribui à União a responsabilidade de fornecer tratamentos oncológicos e que integrem o Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CEAF).⁴⁹ No mesmo sentido a posição de Fernando Alcantara Castelo, para quem a União é a financiadora dos tratamentos oncológicos e de alto custo.⁵⁰

O cumprimento das regras de repartição de competências administrativas se apresenta como questão mais complexa. Primeiro porque se discute em juízo um tratamento que está incorporado no sistema público de saúde e que, por algum motivo, não foi disponibilizado à parte autora. Segundo porque a resposta exige conhecimento da execução do SUS na localidade de atendimento do paciente. Terceiro porque, como destacado por Tarsila do Amaral, as competências assistenciais e financeiras do SUS não se limitam a listas ou tabelas, especialmente em razão da complexidade do processo de regionalização que ainda está em formação.⁵¹

Nas zonas de incerteza do sistema público de saúde vão desde tratamento cuja incorporação já foi aprovada pelo CONITEC, mas ainda não implementada na prática, por problemas orçamentários ou questões de

48 O art. 17, que trata das atribuições estaduais, por exemplo, expressamente declara o caráter complementar ou suplementar das ações nos inc. IV, VIII e XI. (BRASIL. **Lei n.º 8.080, de 19 de set. de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.)

49 LOPES, 2019, p. 93.

50 CASTELO, 2022, p. 255.

51 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**, v. 16, n. 2, p. 46-65, 2019, p. 53.

viabilidade técnica ou política, até tratamentos de elevado custo, cuja atribuição seria da União, mas que devem ser aplicados pela atenção primária de saúde, de atribuição essencialmente municipal.⁵² Muitos tratamentos de saúde dependem da cooperação de todos os entes federativos. Um atendimento médico não se resume à disponibilização de medicamentos ou à realização de um procedimento de alto custo. Envolve recursos financeiros e humanos aplicados em atendimentos rotineiros ou extraordinários, inovadores ou tradicionais.

O Tema 793 não resolve todos os problemas relacionados à identificação de cada atribuição dos entes federativos em determinado atendimento, concentrando-se nos problemas oriundos do tratamento medicamentoso. Como já mencionado, o tratamento medicamentoso é responsável pela maior fatia da judicialização da saúde, além de ser a principal alternativa terapêutica do SUS. Também, possibilita a identificação do ente federativo responsável pela disponibilização dos principais fármacos através de listas como a RENAME.

Na RENAME estão elencados os medicamentos indicados para tratamentos no sistema público de saúde, servindo de diretriz da assistência farmacêutica. O financiamento dos medicamentos constantes desta lista pertence a três componentes: a) componente básico, dispensados principalmente pelos municípios com recursos dos três entes federativos; b) componente estratégico, utilizados no tratamento de epidemias e endemias, com recursos da União (que adquire e repassa os fármacos aos Estados); e c) componente especializado, que visa a integralidade de tratamentos previstos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDT).⁵³

Os tratamentos incorporados ao SUS nos PCDT elaborados pelo Ministério da Saúde com assessoramento da CONITEC são divididos em três grupos: a) Grupo 1, financiados pela União com aquisição centralizada (Grupo 1A) ou mediante transferência de recursos aos Estados (Grupo 1B);

52 AMARAL, 2019, p. 54.

53 NOGUEIRA, 2019, p. 13-14.

b) Grupo 2, financiados pelos Estados; e c) Grupo 3, de responsabilidade dos municípios. No caso do Grupo 3, embora a responsabilidade seja municipal, o financiamento pode ser responsabilidade tripartite, cabendo ao município apenas a aquisição e dispensação do fármaco.⁵⁴

Portanto, ainda que não seja possível individualizar completamente a atribuição administrativa de cada ente federativo no SUS, é possível identificar os tratamentos cuja atribuição ou financiamento incumbiriam à União, por serem oncológicos, de alto custo ou figurarem no Grupo 1 do componente especializado da RENAME. Os enunciados do Min. Edson Fachin que integram o Tema 793 contemplam essa realidade do sistema.

Não se pode interpretar o Tema 793 apenas a partir do enunciado da tese, o que poderia resultar em uma aplicação equivocada das conclusões vinculantes, especialmente em relação à manutenção da solidariedade passiva geral e irrestrita dos entes federativos. Por não ser usual a edição de enunciados que integram os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores brasileiros, os operadores do direito divergiram quanto à ruptura, ou não, do paradigma vinculante. Um dos problemas estaria no julgamento desfavorável à União em sede de embargos de declaração opostos por este ente federativo.

O STJ é um dos órgãos jurisdicionais que não reconhece a alteração de paradigma imposta ao Tema 793. A Corte Superior não inclui os enunciados do STF no precedente vinculante e entende que a Corte Constitucional apenas reafirmou sua posição no julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, mesmo alterando a redação do Tema 793.

Nas decisões proferidas pelo STF entre maio e julho de 2021 é possível perceber um segundo momento na aplicação da repercussão geral em análise. Os enunciados do Min. Edson Fachin passaram a ser mencionados em alguns julgamentos, reconhecendo-se que integram o precedente vinculante e fundamentando o direcionamento do cumprimento das obrigações conforme as regras administrativas de divisão de competências do SUS.

54 NOGUEIRA, 2019, p. 14-15.

É o que ocorre, por exemplo, na decisão proferida no RE 1.319.990/RS, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski, e na Reclamação 47.331/GO, relatada pelo Min. Dias Toffoli. Nesta, foi considerada equivocada decisão do Tribunal de Justiça de Goiás que rejeitou a inclusão da União no polo passivo de demanda que versava sobre tratamento oncológico, condenando unicamente o Estado de Goiás.⁵⁵ Na Reclamação n.º 45.777/GO, relatada pelo Min. Roberto Barroso, o mesmo órgão estadual também deixou de incluir a União no polo passivo da demanda quando o tratamento seria de atribuição administrativa da União no SUS.⁵⁶

Na ação autônoma relatada pelo Min. Dias Toffoli houve a transcrição dos enunciados que integram o Tema 793 e a discussão sobre o tratamento médico pleiteado nos autos. Já na segunda, de relatoria do Min. Roberto Barroso, houve apenas menção às regras estabelecidas pelo Min. Edson Fachin e a afirmação de que o precedente vinculante não deixa margem para interpretação, especialmente em relação ao diferimento do direcionamento da obrigação para a fase de cumprimento de sentença, tese por vezes mencionada em decisões do STJ.

Apesar do reconhecimento, por parte de alguns Ministros, da força vinculante dos enunciados, foram localizadas decisões que não só deixavam de incluí-los expressamente em suas redações, mas se furtavam de aplicar os esclarecimentos que integram o Tema 793. Os Min. Rosa Weber (Rcl 47.582/DF) e Nunes Marques (RE 1330809/RS) posicionaram-se no sentido da solidariedade irrestrita. Respectivamente, os posicionamentos foram exarados em demandas que se relacionam a medicamentos não incorporados às políticas públicas e em medicamentos cuja aquisição e financiamento competem à União.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 47331/GO**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 27/09/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1240577/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1, 4-5.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 45777/GO**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 02/06/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1206396/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1-2.

Não obstante a divergência entre os Ministros, é possível concluir que a Corte Constitucional, naquele momento, firmou maioria no sentido de que o julgamento dos embargos de declaração no RE 855178/SE representou alteração do paradigma até então vigente nas demandas de saúde. Esta posição foi reafirmada, posteriormente, no julgamento da reclamação 51.661/MS.

Nesse julgamento, realizado pela Primeira Turma em junho de 2022, a Ministra Relatora apontou a existência inicial de posicionamentos divergentes. Contudo, as decisões foram convergindo em razão do princípio da colegialidade. Reconheceu-se que o entendimento acerca da solidariedade entre os entes federativos nas demandas de saúde foi alterado, além de que, conforme o novo posicionamento do colegiado, é mandatária a observância do dever de direcionamento ao ente responsável pela realização do tratamento pleiteado.⁵⁷ Inaugurou-se, assim, o terceiro momento de aplicação do Tema 793.

6. TERCEIRO MOMENTO NA APLICAÇÃO DO TEMA 793: VERIFICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES ADMINISTRATIVAS NO SUS

A compreensão de que os enunciados do Min. Edson Fachin integram o Tema 793 leva à conclusão de que estas regras são também vinculantes e devem ser observadas por todos os julgadores. Uma das questões que tem sido abordada por pesquisadores diz respeito à natureza jurídica da solidariedade e seus reflexos na judicialização da saúde pública.

Um equívoco comum tem sido o tratamento civilista conferido à expressão solidariedade. Parte-se da definição constante no art. 264 do

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 51661/MS**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 13/06/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465944/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 9.

Código Civil⁵⁸ e lhe são atribuídos os efeitos previstos no art. 275 do Estatuto Civil.⁵⁹⁻⁶⁰ Esta visão considera que a permissão para que alguém ajuíze uma demanda de saúde pública em face de qualquer dos entes federativos parte da noção de solidariedade do direito civil, fazendo com que um credor possa exigir de qualquer dos réus solidários a totalidade da prestação à saúde.⁶¹

No Direito Administrativo, contudo, solidariedade reflete comprometimento para atendimento das necessidades individuais e coletivas, assegurando-se o respeito aos direitos fundamentais.⁶² Correta a posição de Tarsila Costa do Amaral de que a solidariedade, no âmbito do SUS, se relaciona à responsabilidade cooperativa e colaborativa, afastando-se da noção de igualdade ou de cotas equivalentes. Haveria, assim, um sentido de integração de serviços de todos os entes.⁶³

58 Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. (BRASIL. **Lei n.º 10.406, 10 de jan. de 2002**, Art. 264. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.)

59 Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores. (BRASIL. **Lei n.º. 10.406, 10 de jan. de 2002**, Art. 275. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.)

60 SANTANNA; SCALABRIN, 2022, p. 101.

61 BOCHENEK, Antônio César. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. v. 7. n. 1. p. 77-98. Jan./Jul. 2021, p. 82.

62 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 224.

63 AMARAL, 2019, p. 49-50.

As noções de solidariedade no direito público são diferentes daquelas previstas no direito privado. Por esta razão, correta a crítica do Min. Edson Fachin ao caráter civilista conferido à solidariedade das prestações de saúde pelo STF. De acordo com o Ministro, apenas na área da saúde há esta conotação à competência comum dos entes federativos estabelecida no art. 23 da Constituição.⁶⁴

Como não há definição legal de solidariedade no Direito Público, nem disposição de quais seriam seus efeitos, é preciso construí-los no caso concreto. Inicialmente, conferiu-se um caráter de direito geral e irrestrito para se pleitear qualquer tratamento de saúde de qualquer ente federativo, mas, como acentua Fernando Alcantara Castelo, no julgamento do Tema 793 houve uma mitigação da solidariedade, reconhecendo-se que o SUS se sustenta em um sistema descentralizado e hierarquizado em que cada ente federativo possui distintas responsabilidades.⁶⁵

Por se tratar de definição jurisprudencial de seu conteúdo e efeitos, incorreta a discussão, no caso concreto, quanto à natureza da solidariedade e de seus efeitos segundo a lei processual civil. Correta a posição de Homero Lamarão Neto, Eliana Maria de Souza Franco Teixeira e Matheus Coelho da Silva de que a solução mais efetiva das ações judiciais exigiria uma pronta delimitação do Magistrado de qual o ente responsável, de acordo com as diretrizes do SUS, pela prestação de saúde pretendida pela parte autora. A partir daí se discutem as consequências processuais.⁶⁶

Em decisões monocráticas proferidas em 2021, alguns Ministros do STF já determinavam a inclusão da União no polo passivo da demanda,

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 57.

65 CASTELO, 2022, p. 259.

66 LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; SILVA, 2021, p. 257.

com remessa dos autos à Justiça Federal, quando a ação tivesse sido ajuizada na Justiça Estadual e versasse sobre tratamento não incorporado ao SUS ou de atribuição administrativa do ente federal.⁶⁷ Apenas a partir de 2022, contudo, é possível delimitar um terceiro momento na análise da aplicação do Tema 793 na Corte Constitucional.

Sedimentou-se a aplicação do enunciado “iv”: a necessidade de direcionamento das determinações judiciais ao ente federativo responsável pela prestação administrativa – ou o financiamento – do tratamento pretendido. Os tratamentos oncológicos de alta complexidade, por exemplo, integram grupo de tratamentos atribuídos primordialmente à União. Medicamentos pertencentes ao Grupo 1 da RENAME são adquiridos com recursos federais. Ambas questões, ainda que veiculem teor infraconstitucional, foram objeto de apreciação pelo STF.

Por ocasião da análise da questão dos tratamentos oncológicos, a 1ª Turma concluiu pela imprescindibilidade do direcionamento da determinação de cumprimento à União. No AgR no RE 1.346.224/RS, os Ministros identificaram a atribuição do Ministério da Saúde para o financiamento dos tratamentos de câncer, de tal sorte que deveria haver o direcionamento das obrigações à União.⁶⁸ Em sentido semelhante, encontram-se as decisões no RE 1.331.005/RS AgR (Rel. Min. Alexandre de Moraes), RE 1.365.888/RS AgR (Rel. Min. Roberto Barroso) e RE 1377282/RS AgR-ED (Rel. Min. Cármen Lúcia).

Com relação ao direcionamento do cumprimento de ordem judicial relativa aos tratamentos constantes no Grupo 1A da RENAME, a 1ª Turma proferiu acórdão em 22/03/2022 entendendo pela necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda (Rcl 49909 AgR,

67 CASTELO, 2022, p. 262-264.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1346224/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 30/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465849/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1, 5-6.

Rel. Min. Alexandre de Moraes). Em julgamento de 30/05/2022, houve decisão consignando que se o tratamento estivesse incorporado ao SUS, seria desnecessária a presença da União (RE 1368340 AgR, Rel. Min. Rosa Weber). Entretanto, esta decisão foi reformada em sede de embargos de declaração julgados em 22/08/2022.

Desse modo, é possível verificar um esforço para convergência das decisões da 1ª Turma em relação aos medicamentos do Grupo 1A da RE-NAME. Por sua vez, na 2ª Turma, foi proferido apenas um acórdão no mesmo sentido (Rcl 52258/MS, Rel. para o acórdão Min. Edson Fachin), não sendo localizadas decisões colegiadas em sentido oposto.⁶⁹

No tocante aos tratamentos não incorporados ao SUS, sedimentou-se posição na 1ª Turma de que as demandas são de competência da Justiça Federal, ante a necessidade de a União figurar no polo passivo. Neste sentido, deu-se decisão no AgR no RE 1.375.223/MG, relatado pelo Min. Alexandre de Moraes.⁷⁰ A 2ª Turma tem emitido posicionamento colegiado semelhante, como observado no julgamento do AgR na Reclamação 50.456/MS (Rel. Designado Min. Edson Fachin). No entanto, consta do acórdão que ainda há divergência de entendimentos. Os Min. André Mendonça e Nunes Marques, vencidos na ocasião do julgamento, encampam entendimento alinhado à solidariedade geral e irrestrita, como se verifica na decisão proferida monocraticamente pelo Min. Nunes Marques no âmbito do ARE 1.385.867/SP.

Parece existir um esforço do STF para que o Tema 793 de repercussão geral seja aplicado pelos julgadores. Em decisão monocrática, a Min.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 52258/MS**. Relator: Min. Nunes Marques, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465506/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1-2.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1375223/MG**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 30/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465461/false>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 1.

Rosa Weber (Rcl 47.582/DF) explica que não compartilhava do entendimento expresso pela maioria da 1ª Turma. Contudo, em razão do princípio da colegialidade e da uniformidade das decisões judiciais, aderiu ao posicionamento majoritário.⁷¹

Desse modo, após cerca de dois anos da publicação do inteiro teor do acórdão que originou a nova redação do Tema 793, incluindo enunciados para sua aplicação, há uma tendência de reconhecimento, pelo STF, da necessidade de presença da União no polo passivo da demanda sempre que os tratamentos não estiverem incorporados ao SUS, se a atribuição administrativa for da União ou se for dela a responsabilidade pelo custeio da aquisição do fármaco (Grupo 1 da RENAME).

Contudo, existem decisões monocráticas dos Min. André Mendonça (Rcl 54740, julgado em 14/09/2022, e Rcl 54549, julgada em 31/08/2022) e Nunes Marques (RE 1366502, julgado em 23/03/2022) negando a necessidade de inclusão da União quando o medicamento foi incorporado ao SUS no Grupo 1A da RENAME. Apenas estes dois julgadores possuem posições divergentes na Corte Constitucional. Os demais Ministros da 2ª Turma seguem o mesmo entendimento da 1ª Turma.

Ao mesmo tempo em que se consolidou a aplicação dos enunciados que integram o Tema 793 na Corte Constitucional, também foram mantidas as posições antagônicas de dois Ministros. Na hipótese de medicamentos aprovados pela Anvisa, mas não incorporados ao SUS, tanto o STJ como o STF pretendem rediscutir a questão, ainda que seja objeto de enunciado específico que integra o Tema 793 e, portanto, de observância obrigatória.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 47582/DF**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 05/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur469392/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1, 10-11.

7. CONTRAPOSIÇÃO DO TEMA 793 NO STJ E NO STF

A jurisprudência inicialmente se consolidou no sentido de que o direito à saúde é um direito a tudo que possa contribuir para a saúde do demandante, independentemente das razões pelas quais o Estado deixou de efetuar o tratamento. Ainda que o tratamento seja experimental ou caro, se regularmente prescrito pelo médico do paciente, estaria presente o direito de obtê-lo.⁷² Alguns temperamentos surgiram com a edição do Tema Repetitivo 106 no STJ, como a comprovação, através de laudo médico fundamentado e circunstanciado, da imprescindibilidade do tratamento e da ineficácia dos fármacos disponibilizados pelo SUS, a incapacidade financeira e a existência de registro na Anvisa.

Em 2018, a Corte de Justiça já havia enfrentado o alto volume de demandas de saúde pela sistemática dos recursos repetitivos. À luz da Lei Federal n.º 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS), no âmbito do RESP 1657156/RJ, a Corte de Justiça editou o Tema Repetitivo 106. A tese vinculante estabeleceu requisitos para concessão judicial de tratamentos de saúde não incorporados ao SUS.

O STJ também se preocupou com a necessidade de inclusão da União no polo passivo das demandas de saúde. Em 2010 houve afetação do REsp n.º 1.144.382/AL para que fosse decidido sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema Repetitivo 799). Entretanto, a questão não teve seu mérito apreciado, pois se considerou que a matéria era constitucional e julgamentos do STF poderiam refletir naquele processo, que restou sobrestado.

Embora o STJ não seja o destinatário direto de recursos envolvendo o Tema 793 (cujo fundamento é constitucional), teve de enfrentar a questão em diversos conflitos de competência instaurados pela Justiça Federal após a Justiça Estadual reconhecer a necessidade de inclusão da União

72 FERRAZ, 2019, p. 9-10.

no polo passivo da demanda em razão de dois fundamentos: a atribuição administrativa do tratamento – ou seu financiamento – é da União, ou o tratamento, embora possua registro na Anvisa, não está incorporado na rede pública de saúde.

Entre 20/05/2020 e 17/09/2022, período pesquisado no sistema de jurisprudência do STJ, foram localizados 54 acórdãos e 3.469 decisões monocráticas contendo os termos “competência”, “793” e “150”. Estas decisões, de modo geral, limitam-se a afirmar que: a) cabe à Justiça Federal definir sua competência, nos termos da Súmula 150; b) a competência para julgamento de tratamentos com registro na Anvisa é da Justiça Estadual; ou c) que o Tema 793 se relaciona à fase de cumprimento de sentença. Estas posições são opostas ao entendimento que se consolidou no STF.

O STJ também tem contrariado o STF ao analisar recursos especiais em casos cujo objeto recursal é uma suposta ofensa à Lei Orgânica do SUS (Lei n.º 8.080/1990). Em decisão de relatoria do Min. Benedito Gonçalves no AgInt no REsp 1950976/SC, cujo objeto da demanda era o fornecimento de tratamento não incorporado ao SUS, foi reconhecida a solidariedade geral e irrestrita dos entes federativos, fundamento para rejeição da formação de litisconsórcio passivo necessário entre Estado e a União e, conseqüentemente, da necessidade de remessa do processo da Justiça Estadual para a Justiça Federal.⁷³

Mesmo quando as decisões são objeto de recurso extraordinário, e devolvidas ao órgão prolator para exercício de juízo de retratação, este tem sido rejeitado, mantendo-se a decisão original, como foi observado em acórdão de relatoria do Min. Francisco Falcão (AgInt no CC 177.803/PR). No caso, tratava-se de pleito de fornecimento de fármaco registrado

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial 1950976/SC**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 28/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202102336087&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 1.

na Anvisa, porém não incorporados ao SUS. Na decisão proferida, o colegiado entendeu não haver, na tese do Tema 793, comando que determinasse a inclusão da União no polo passivo da demanda. Os julgadores não ignoraram a existência dos enunciados integrantes da tese, mas trataram das considerações do Min. Edson Fachin como mero *obiter dictum*.⁷⁴

Existiram decisões que acompanharam o entendimento do STF, como a proferida pela 2ª Turma no AgInt no REsp n.º 1.953.659/SE (julgado em 21/03/2022, Min. Rel. Herman Benjamin), mas, em 08/06/2022, no julgamento de três conflitos de competência (CC 187.276/RS, CC 187.533/SC e CC 188.002/SC) a 1ª Seção instaurou o IAC 14, cujo objeto é a análise da necessidade de a União integrar o polo passivo de demandas que versam sobre medicamentos registrados na Anvisa, mas não incorporados ao SUS.

No momento em que já estava pacificado no STF a aplicação dos enunciados que integram o Tema 793, o STJ instaurou conflito de competência para decidir questão já definida pela Corte Constitucional. Determinou, ainda, a abstenção, pelos Juízos Estaduais, da prática de atos que envolvam declinação de competência à Justiça Federal nessas hipóteses.⁷⁵ Ou seja, além de não observar a posição do STF, obstou a aplicação do precedente vinculante nos casos afetos ao julgamento.

Em pesquisa da jurisprudência do STF utilizando os termos “793”, “conflito”, “competência” e “STJ”, foram localizadas 18 decisões

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Conflito de Competência 177.803/PR**. Relator: Min. Francisco Falcão. Julgado em: 16/08/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100476056&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jan, 2023.

75 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência 187.276/RS**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 31/05/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202200976139>. Acesso em: 17 jan. 2023.

monocráticas em recursos extraordinários contra acórdãos do STJ, todas proferidas entre junho e agosto de 2022. 14 decisões reconheceram a competência da Justiça Federal em razão de desrespeito ao Tema 793, sendo Relatores os Min. Alexandre de Moraes (2 decisões), Cármen Lúcia (4 decisões), Dias Toffoli (4 decisões), Ricardo Lewandowski (1 decisão), Roberto Barroso (2 decisões) e Rosa Weber (1 decisão).

Em sentido contrário, mantendo a decisão do STJ, o Min. André Mendonça proferiu 2 decisões afirmando que o Tema 793 não exige a inclusão da União no polo passivo da demanda (RE 1391228/SC e RE 1394891/MG). A Min. Cármen Lúcia desproveu o Recurso Extraordinário n.º 1391091/SC por considerar que o fornecimento de fraldas geriátricas, por estar previsto na rede pública de saúde, não enseja interesse da União. Por fim, o Min. Nunes Marques sobrestou seu julgamento no Recurso Extraordinário n.º 1386221/SC em razão do Tema 1234 de repercussão geral.

Desse modo, o STF tem majoritariamente revertido, em sede recursal, as decisões do STJ que contrariam os enunciados que integram o Tema 793. Contudo, também há movimento para mitigar a aplicação dos enunciados que integram o Tema 793. Além das decisões contrárias do Ministro André Mendonça, o Tema 1234 de repercussão geral foi inaugurado em 08/09/2022 (publicação do acórdão em 13/09/2022) no julgamento do RE 1.366.243/SC. Seu objeto é o mesmo do IAC 14, ou seja, a existência de interesse da União nas demandas que versam sobre o fornecimento de medicamentos registrados na Anvisa, mas não padronizados no SUS.

Como reconhecido na própria decisão que reconheceu a repercussão geral da matéria, atualmente o STF entende, majoritariamente, pela necessidade de ingresso da União nesses casos.⁷⁶ Foram mencionadas dezenas de decisões colegiadas e monocráticas no mesmo sentido, e apenas

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 08/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12825/false>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 12-13.

uma em sentido contrário, proferida pelo Min. André Mendonça na Reclamação n.º 53.632.⁷⁷ O Ministro sempre se manifestou contrariamente à aplicação do Tema 793 com os enunciados que o integram, mesmo após a consolidação da posição do STF em meados de 2022. Ainda assim, foi o suficiente para que a repercussão geral da matéria fosse reconhecida.

Com o reconhecimento da repercussão geral da questão envolvendo a competência da Justiça Federal para julgamento das ações que versam sobre tratamentos registrados na Anvisa, mas não incorporados ao SUS, é possível que o IAC 14 não seja julgado pelo STJ, de modo semelhante ao ocorrido com o Tema Repetitivo 799. De todo modo, será preciso aguardar a decisão para verificar como a Corte de Justiça se posicionará em relação ao Tema 793.

Atualmente, é possível concluir que tanto o STJ, como os Min. André Mendonça e Nunes Marques, no STF, resistem em aplicar integralmente os enunciados que integram o Tema 793. A instauração do IAC n.º 14 e o reconhecimento do Tema 1234 de repercussão geral, após a consolidação, no STF, de que as regras enunciadas no voto do Ministro Relator integram esse precedente vinculante, demonstram clara oposição à aplicação do precedente vinculante em sua integralidade.

O rejuízo da existência do interesse da União – e a consequente competência da Justiça Federal para julgamento dessas ações – nas demandas que versam sobre tratamentos aprovados na Anvisa, mas não incorporados ao SUS, não apenas contraria enunciado que integra o Tema 793 e deveria ser observância obrigatória. Gera incerteza em relação à posição que deve ser adotada pelos órgãos jurisdicionais e contribui para desorganização do sistema público de saúde, retrocedendo o papel que vinha sendo desempenhado pelo Poder Judiciário na solidificação do SUS.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 08/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12825/false>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 12-13.

8. CONCLUSÃO

O julgamento que originou a nova redação do Tema 793 representou um novo paradigma nas ações que versam sobre o direito à saúde pública. A partir de embargos de declaração opostos pela União, e sob a óptica da integralidade da assistência farmacêutica do SUS, a Corte Constitucional exigiu que as autoridades judiciais direcionem o cumprimento de suas determinações consoante as atribuições administrativas de cada ente federativo no sistema público de saúde.

Para possibilitar a correta aplicação do novo paradigma foram enunciadas teses no voto vencedor. Em um primeiro momento, estas regras não foram expressamente mencionadas pelas decisões proferidas pelo STF, ainda que algumas delas as considerassem. Passado um ano da publicação do inteiro teor do acórdão, os enunciados começaram a ser mencionados por algumas decisões, ainda divergentes quanto ao seu alcance e efeitos.

Em 2022, houve a consolidação no STF de que os enunciados integram o Tema 793. Com exceção dos Min. André Mendonça e Nunes Marques, a Corte Constitucional aplicou os enunciados e passou a verificar o caso concreto para, a partir do tratamento pretendido judicialmente, definir se a presença da União no polo passivo é obrigatória, com a consequente competência da Justiça Federal para julgamento.

Contudo, após a consolidação da posição dos Ministros do STF houve uma contraposição do STJ e de alguns Ministros do próprio STF que pretendem rejulgar uma das hipóteses em que a presença da União no polo passivo é obrigatória: quando o tratamento pretendido não está incorporado ao SUS.

Desse modo, a instauração do IAC 14 e do Tema 1234 no STJ e no STF, respectivamente, refletem a posição antagônica da Corte de Justiça e de dois Ministros da Corte Constitucional. Até a definição destes precedentes, remanesce a incerteza quanto à competência da Justiça Federal para julgamento de demandas que se enquadrem nessa hipótese, contribuindo para a desorganização do sistema público de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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**, v. 16, n. 2, p. 46-65, 2019.

ANDRADE, Flavio da Silva. Reflexões sobre a progressiva judicialização da saúde no Brasil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [S. l.], v. 31, n. 03, p. 23-35, 2019.

BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda *et al.* Assistência farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade. **Ciências & Saúde Coletiva**, n. 23, v. 6, p. 1937-1951, 2018.

BEZERRA, André Augusto Salvador; SARAIVA, Fabiane Borges. Judicialização das políticas públicas de saúde: efetivar direitos sem violar a isonomia dos entes federativos. **Revista Judicial Brasileira**. Brasília, v.1, n.1, p. 227-250, 2022.

BOCHENEK, Antônio César. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. v. 7. n. 1. p. 77-98. Jan/Jul 2021.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, 10 de jan. de 2002, art. 264**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.080, de 19 de set. de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência 187.276/RS**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 31/05/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202200976139>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial 1657156/RJ**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 25/04/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Conflito de Competência 177.803/PR**. Relator: Min. Francisco Falcão. Julgado em: 16/08/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100476056&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial 1950976/SC**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 28/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202102336087&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 47582/DF**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 05/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur469392/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 52258/MS**. Relator: Min. Nunes Marques, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465506/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1346224/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 30/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465849/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1375223/MG**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 30/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465461/false>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 45777/GO**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 02/06/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1206396/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 47331/GO**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 27/09/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1240577/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 51661/MS**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 13/06/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465944/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 08/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12825/false>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Provisória 297/AL**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1110288/false>. Acesso em: 13 jan. 2023.

CASTELO, Fernando Alcantara. 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. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, n. 13, p. 251-268, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019. 172 p.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 15, n. 3, 2019.

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 de 2020.

INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa (contratado pelo Conselho Nacional de Justiça). **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

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.

LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai y. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário n. 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 70-88, jul./set. 2019.

LOPES, Fernando Augusto Montai y. O financiamento pelos Estados de política pública de saúde de atribuição da União: a afronta às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal e à regra de ouro do Direito Financeiro. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 89-101, jul./set. 2019.

MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni; ZALAZAR, Claudia Elizabeth. A interpretação da Repercussão Geral pelo STF nos Precedentes sobre Direito Sanitário. **Revista Brasileira de Direito**, v. 15, n. 1, p. 25-38, jan./abr. 2019.

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. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.** Brasília, v. 8, n. 4, out./dez. 2019, p. 8-26.

SANTANNA, Gustavo da Silva; SCALABRIN, Felipe. A solidariedade no direito à saúde vista pelos tribunais gaúchos após o julgamento do tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da ESDM**, v. 8, n. 15, p. 98-114. 2022.

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