

Saúde Judicializada

Questões Complexas

Webnário Enfam

Módulo 1

Dia 24 de julho de 2020

Texto base para participação

Introdução

A Constituição Federal de 1988 consagrou o acesso à saúde como direito humano fundamental. É direito de todos e dever do Estado, mediante a criação e a manutenção de políticas públicas sociais e econômicas. Neste contexto constitucional se insere o fenômeno da judicialização da saúde, que já era crescente mesmo antes da pandemia pela COVID/19. Ao que se percebe, a situação agudizou. O arcabouço constitucional está nos artigos 6º, 196 e 198 da CF/88 e temos um consistente sistema universal de saúde estruturado, o SUS, patrimônio nacional.

Temos políticas públicas bastante consistentes para o fornecimento de medicamentos e insumos, mas que nunca são suficientes. Existem órgãos estruturados e de bom nível de desempenho como a ANVISA e o próprio Ministério da Saúde, que desenvolveram reconhecidos esforços para oferecer bons serviços, mas, mesmo assim, há deficiências, carências e muitas críticas. A atuação judicial sobre todo esse sistema causa forte impacto e tensão para os gestores públicos. Penso assim aconselhável uma boa medida de autocontenção por parte do Judiciário e deferência em relação às escolhas técnicas e orientações da ciência.

O enfrentamento da judicialização intensa exige conhecimentos transversais. O Direito só não é suficiente. Necessária uma visão realista, caso contrário o sistema brasileiro não será sustentável.

Feitas estas considerações iniciais, pretendo comentar questões complexas sem qualquer pretensão de esgotar a matéria ou solucioná-las.

1ª questão complexa – A tese fixada no Tema 793 e o anterior Tema 500, as Súmulas 150 e 224 e a STP 455 (plantão STF, Min. Dias Toffoli em 10/07/2020)

O Tema 793 restou assim ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que 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. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 22.5.2019, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer, preliminarmente, dos embargos de declaração. No mérito, por maioria, o Tribunal rejeitou os embargos, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Dias Toffoli (Presidente). Na sequência, a Corte deliberou fixar tese de repercussão geral em assentada posterior. Na sessão Plenária de 23.5.2019, o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793): “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”, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese.

(RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020)

Na Sessão Plenária do dia 22 de maio de 2019, sob a Relatoria para o acórdão do Ministro Edson Fachin, em Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário nº 855.178/Sergipe, o STF fixou a tese do Tema 793. Quase 10 anos após a célebre Audiência Pública nº 04 (Min. Gilmar Mendes), ocorrida entre os dias 27 a 29 de abril e 4 a 7 de maio de 2009, e 9 anos após o julgamento da STA 175, precedente histórico, finalmente o intenso labor dos magistrados resultou em uma tese muito esperada. Nestes 10 anos, o Judiciário analisou esta pauta complexa, referente à dispensação de medicamentos e houve evolução legislativa sobre o tema onde destaco as atualizações promovidas na Lei 8.080/90 e aquelas trazidas pela nº 9.836/99 e também pela Lei Complementar nº 141/2012.

É este o estado da arte no trato da judicialização da saúde, chegamos à questão da distribuição do ônus financeiro das prestações concedidas judicialmente e a repercussão da questão no polo passivo das ações.

Pois bem, nos Embargos Declaratórios, o STF, em detalhamento quanto aos termos enunciados na STA 175, esclarecendo que a tese da responsabilidade solidária se mantém hígida, desenvolve-a, clareando relacionar-se a responsabilidade solidária, a decorrente da competência material comum do artigo 23, II, CF, critérios de hierarquização e descentralização, artigos 196 e seguintes da CF, o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (Lei 8.080/90) o direito é a uma prestação solidária, embora cada ente responda por prestações específicas.

Esta obrigação solidária se mantém ainda havendo pactuação realizada pela Comissão Tripartite. No item IV, vemos que se o ente legalmente responsável pelo financiamento não compuser o polo passivo, sua inclusão deverá ser levada a efeito pelo órgão julgador, ainda que isso signifique deslocamento de competência. No item V, se o medicamento ou insumo não estiver incluído nas políticas públicas, a União necessariamente comporá o polo passivo, também em face do artigo 19-Q da Lei nº 8.080/90.

Temos ainda no item VI que a dispensa judicial pressupõe ausência ou ineficácia da prestação administrativa e a comprovada necessidade (art. 28, Dec. 7508/2011).

Observamos um sofisticado detalhamento e, embora o esforço feito, a questão é complexa e os magistrados ainda têm dúvidas. As interpretações do que foi julgado são as mais diversas, mas sempre invocando o Tema 793.

Nos Embargos Declaratórios houve a confirmação de que a União deve figurar no polo passivo sempre que o medicamento ou tratamento não estiver padronizado no SUS, os demais Ministros não se pronunciaram no ponto.

A presença da União no feito já foi estabelecida no Tema 500 STF, em que a hipótese é de pedido de medicamento ou insumos não registrados pela ANVISA.

Diversas visões em precedentes do TRF4

Ilustro com alguns precedentes do TRF4. Além da decisão monocrática proferida no AI 50307270420204040000/SC, transcrevo a ementa do AG 50007359520204040000, Relatora Juíza Tais Schilling Ferraz, além das ementas dos AGs 50117688220204040000, 50525905020194040000, 50488984320194040000 e AC 50259011920184047108:

[...]

É o sucinto relatório. Decido.

A norma constitucional extraída do artigo 196 da Carta Magna consagra a responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde pública, eis que o vocábulo "Estado", considerado em sua maior amplitude, retrata o Poder Público como um todo, alcançando, indubitavelmente, a União, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios.

A reforçar tal ilação, o artigo 23, inciso II, bem como o artigo 198, caput e §1º, ambos do Texto Maior, trataram de firmar a competência comum das pessoas federativas com relação à prestação de serviços públicos de saúde e de instituir um Sistema Único de Saúde (SUS), cujo financiamento fosse levado a efeito a partir dos recursos orçamentários de todos os entes.

A jurisprudência corrente dos Tribunais Superiores orienta-se, de maneira uniforme, no sentido de que a responsabilidade dos entes federados traduz litisconsórcio passivo facultativo, de modo que, em ações deste jaez, é dado ao cidadão enfermo obter os medicamentos de que necessita perante quaisquer das pessoas políticas, cabendo-lhe, portanto, o direito subjetivo de demandá-las em conjunto ou isoladamente.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento tomado sob a sistemática da repercussão geral, houve por bem concluir o que se segue:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 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. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178, Plenário, Relator Ministro Luiz Fux, j. 05/03/2015, sem o grifo no original)

Em idêntica linha de conta, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n.º 1203244/SC, pelo método dos recursos representativos de controvérsia (Tema 686), firmou a seguinte tese jurídica:

"O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde."

Na oportunidade, o aresto proferido pela referida Corte Superior restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTADO. CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. ART. 77, III, DO CPC. DESNECESSIDADE. Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC I. O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. Precedentes do STJ. 2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende que "o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios", e "o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional", razão por que "o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida" (RE 607.381 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011). Caso concreto 3. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido negou o chamamento ao processo da União, o que está em sintonia com o entendimento aqui fixado. 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (1ª Seção, rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 9/4/2014)

Em alinhamento à inteligência referenciada, anoto que todas as Turmas integrantes da 3ª Seção deste Regional - e, portanto, com competência para julgamento das ações de saúde - pacificaram o entendimento de que a responsabilidade solidária das pessoas políticas implica litisconsórcio facultativo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. 1. A norma constitucional extraída do artigo 196 da Carta Magna consagra a responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde pública, eis que o vocábulo "Estado", considerado em sua maior amplitude, retrata o Poder Público como um todo, alcançando, indubitavelmente, a União, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. 2. A jurisprudência corrente dos Tribunais Superiores e também deste Regional orienta-se, de maneira uniforme, no sentido de que a responsabilidade dos entes federados traduz litisconsórcio passivo facultativo, de modo que, em ações deste jaez, é dado ao cidadão enfermo obter os medicamentos de que necessita perante quaisquer das pessoas políticas, cabendo-lhe, portanto, o direito subjetivo de demandá-las em conjunto ou isoladamente. 3. Agravo de Instrumento provido para excluir o Município de Itajai/SC do polo passivo da ação. (TRF4, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, AI n.º 5044558-90.2018.4.04.0000, Relator Desembargador Federal Celso Kipper, j. 19-06-2019, sem o grifo no original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. TUTELA DE URGÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. MEDIDAS DE CONTRACAUTELA. 1. A responsabilidade dos Entes Federados configura litisconsórcio passivo facultativo, podendo a

ação em que se postula fornecimento de prestação na área da saúde ser proposta contra a União, Estado ou Município, individualmente ou de forma solidária, a critério da parte proponente, devendo, eventual acerto de contas em virtude do rateio estabelecido, ser realizado administrativamente ou em ação própria. 2. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 3. Hipótese em que as circunstâncias do caso concreto são suficientes, em uma análise preliminar, para a caracterização da verossimilhança das razões que embasaram o pedido inicial. 4. Nos casos de fornecimento de medicamentos por prazo indeterminado, a adoção de medidas de precaução são necessárias, a fim de garantir o exato cumprimento da decisão judicial, podendo ser determinadas inclusive de ofício. (TRF4, Turma Regional Suplementar do Paraná, AI n.º 5031520-74.2019.4.04.0000, Relator Desembargador Federal Luiz Fernando Wow Penteado, j. 15-10-2019, sem o grifo no original)

DIREITO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. ADALIMUMABE (HUMIRA®). UVEÍTE POSTERIOR. SÍNDROME DE VOGT-KONAYAGUI-HARADA. MEDICAMENTO INCORPORADO AO SUS. CONTRACAUTELAS. DIRECIONAMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. TEMA 793 DO STF. 1. É matéria pacificada no âmbito do STF a legitimidade passiva dos três entes federados nas demandas relativas à tutela da saúde no âmbito do SUS, havendo litisconsórcio passivo facultativo, motivo pelo qual cabe à parte autora escolher contra a qual órgão litigar. Tal legitimidade não foi alterada pelo julgamento do Tema n.º 793 do STF, cuja decisão plenária ratificou a solidariedade passiva dos réus. 2. O direito fundamental à saúde está reconhecido pela Constituição Federal, nos seus arts. 6º e 196, como legítimo direito social fundamental do cidadão, que deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas. [...] 5. Incorporado o medicamento ao SUS para o tratamento da enfermidade que acomete ao apelante, pode ser deferido judicialmente o fornecimento do fármaco. 6. Tratando-se de fornecimento de medicamento por prazo indeterminado, cabe a fixação de contracautelas, como forma de afastar o desperdício e a inutilidade do fornecimento do medicamento de alto custo. 7. Por conta da solidariedade, a responsabilidade pelo cumprimento da decisão judicial é igual entre os demandados, sendo o caso de se apontar o órgão responsável pelo cumprimento e o direito de ressarcimento, nos termos do Tema 793 do STF, ressalvado que o ressarcimento se há de processar na esfera administrativa. (TRF4, 5ª Turma, AC/RM n.º 5005595-14.2018.4.04.7113, Relator Juiz Federal Altair Antônio Gregório, j. 19-11-2019, sem o grifo no original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ABIRATERONA (ZYTIGA®). CÂNCER DE PRÓSTATA. 1. A Abiraterona é uma opção terapêutica de primeira e segunda linha para pacientes com câncer de próstata metastático resistente à castração que se apresentem assintomáticos ou com sintomas leves. 2. Há evidências científicas favoráveis à utilização e à eficácia do medicamento nesses casos, desde que o tratamento previsto no âmbito do Sistema Único de Saúde seja comprovadamente mal sucedido. 3. Hipótese em que o requerente não só já fez uso do antineoplásico oferecido pelo SUS, como não apresenta condições clínicas para enfrentar reexposição a quimioterapia agressiva. Quando em uso de abiraterona, fornecida em face de ação anteriormente ajuizada, apresentou boa tolerância e excelente resposta. 3. União, Estados-membros e Municípios têm legitimidade para figurar no polo passivo da ação, em litisconsórcio passivo facultativo, reconhecido o direito do cidadão de escolher com quem

pretende litigar. Eventual acerto de contas que se faça necessário, em virtude da repartição de competências no SUS, deve ser realizado administrativamente, sem prejuízo do cumprimento da decisão judicial. (TRF4, 6ª Turma, AI n.º 5003537-03.2019.4.04.0000, Relator Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, j. 15-04-2019, sem o grifo no original)

*Nada obstante, destaco que o Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23 de maio de 2019, ao julgar os embargos de declaração opostos pela União contra decisão do Plenário Virtual no **RE n.º 855178/SE (Tema 793)**, com relatoria para o acórdão do Ministro Edson Fachin, fixou, por maioria, a seguinte tese de repercussão geral:*

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 (grifei)

É verdade que esta Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, em acórdão unânime, consignou que a previsão de ressarcimento inscrita na tese resultaria na formação de litisconsórcio necessário, na medida em que o ente financeiramente responsável por determinado tratamento deveria, obrigatoriamente, figurar no polo passivo da demanda, a fazer concluir pela superação do entendimento cimentado pelo STJ no Tema 686 (TRF4, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, Agravo de Instrumento n.º 5050410-61.2019.4.04.0000, de minha relatoria, j. 09-03-2020).

A Turma Regional Suplementar do Paraná, também em uníssono, assentou que as ações de saúde devem, necessariamente, ser propostas contra o responsável financeiro para arcar com o seu custeio, ainda que os outros entes possam também figurar na relação processual (TRF4, Turma Regional Suplementar do Paraná, Apelação/Remessa Necessária n.º 5004472-83.2019.4.04.7003, Relator Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 20/05/2020).

É verdade, ainda, que este Colegiado já deliberou que, em se tratando de tecnologias que não estejam disponíveis no SUS, é de rigor a presença da União no polo passivo da demanda (TRF4, Agravo de Instrumento n.º 5044757-78.2019.4.04.0000, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, juntado aos autos em 20/02/2020).

A despeito de tais julgados, revisitando a matéria sub judice, com especial atenção ao teor dos votos proferidos pelos Ministros do STF no âmbito do Tema 793, esta Turma houve por bem reconsiderar sua posição inicial para consagrar o raciocínio que entendeu mais afinado à inteligência do Plenário da Suprema Corte, segundo o qual a responsabilidade solidária das pessoas políticas em matéria de saúde pública acarreta, de regra, litisconsórcio passivo facultativo.

Explico.

Muito embora o Pretório Excelso tenha inovado no cenário jurídico, ao exigir, de forma expressa, que o magistrado direcione o cumprimento da obrigação, segundo as normas de

repartição de competências, assim como condene a pessoa política legalmente responsável pelo financiamento da prestação sanitária a ressarcir quem suportou tal ônus, tratou de reafirmar sua jurisprudência prevalente no sentido de reconhecer - ante o dever geral de prestar saúde - a responsabilidade solidária dos entes federados, da qual decorre, como corolário, a possibilidade de acionamento, a critério da parte proponente, de quaisquer dos entes estatais, em conjunto ou separadamente.

A propósito, o acórdão do Tema 793 restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que 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. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. (STF, Plenário, Emb. Decl. no RE n.º 855.178, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, j. 26-305-2019, sem o grifo no original)

Malgrado conste do respectivo voto condutor - proferido pelo Ministro Edson Fachin, diga-se de passagem, em sede de embargos de declaração - a necessidade de a União figurar no polo passivo da demanda sempre que houver pretensão de tratamento, medicamento, material ou procedimento não padronizado na esfera do SUS, os demais Ministros que compuseram a maioria deixaram de abordar expressamente tal ponto, que sequer foi incluído na tese, tampouco na ementa do acórdão.

Num contexto em que o debate central da causa cingiu-se às questões de solidariedade e subsidiariedade, não sobreveio entendimento majoritário e inequívoco da Suprema Corte a respeito de eventual obrigação da União de compor a relação jurídica processual, salvo nas ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, o que se coaduna, inclusive, com o julgamento do RE 657.718 (Tema 500) pelo STF.

A esse respeito, colaciono precedente da Sexta Turma deste Regional, relatado pelo ilustre Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, que, de igual modo, reconsiderou seu posicionamento originário sobre a matéria, assentando que a compreensão vazada na tese paradigma não cuida da formação do polo passivo da demanda, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CHAMAMENTO AO PROCESSO. UNIÃO. COMPETÊNCIA. 1. A atual jurisprudência deste Tribunal e das Cortes superiores, reportando-se os arts. 23, II e 198, §1º, da CRFB, é uníssona no sentido de que a responsabilidade dos entes federados configura litisconsórcio passivo

facultativo, podendo a ação em que se postula fornecimento de prestação na área da saúde ser proposta contra a União, Estado ou Município, individualmente ou de forma solidária, a critério da parte proponente. 2. À exceção da configuração de litisconsórcio passivo facultativo estão as ações em que demandados medicamentos não registrados na ANVISA, conforme entendimento consolidado pelo STF no julgamento do RE 657718, submetido à repercussão geral (Tema 500). 3. Quanto ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 855.178 (Tema 793), a tese não trata da formação do polo passivo da demanda. 4. Agravo de instrumento ao qual se dá provimento para excluir a União da lide. (TRF4, Sexta Turma, Agravo de Instrumento n.º 5006289-11.2020.4.04.0000, Relator Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, j. 03-06-2020, sem o grifo no original).

Somam-se a todas essas considerações o aresto proferido à unanimidade pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Interno no Conflito de Competência n.º 166.964/RS, cuja ementa reporto abaixo:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. JUSTIÇA ESTADUAL QUE DETERMINA A EMENDA DA INICIAL PARA INCLUSÃO DA UNIÃO. JUSTIÇA FEDERAL. RECONHECIMENTO DO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. AFASTAMENTO DA UNIÃO DO POLO PASSIVO. SÚMULA 150/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Afastada a legitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda pela Justiça Federal, deve-se reconhecer a competência da Justiça Estadual para o deslinde da controvérsia, na linha da Súmula 150/STJ e dos inúmeros precedentes desta Corte Superior. 2. No caso, a Justiça Federal excluiu a União da lide, pois a Justiça Estadual não poderia ter determinado a emenda da inicial para que houvesse a inclusão do referido ente público federal no litígio, haja vista que se está diante de um litisconsórcio facultativo. 3. A tese firmada no julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis ao ente público que suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde. Logo, a referida orientação jurisprudencial não modifica a interpretação da Súmula 150/STJ, mormente porque o Juízo Federal, na situação em apreço, não afastou a solidariedade entre os entes federativos, mas apenas reconheceu a existência do litisconsórcio facultativo. 4. Ademais, no âmbito do conflito de competência, não se discute o mérito da ação, tampouco qual seria o rol de responsabilidades atribuído a cada ente federativo em relação ao Sistema Único de Saúde. Cumpre apenas a análise do juízo competente para o exame do litígio, nos termos em que apresentados o pedido e a causa de pedir. 5. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no CC 166.964/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 23/10/2019, DJe 19/11/2019, sem o grifo no original)

Não fosse o bastante, sobrevieram sucessivas deliberações monocráticas dos Ministros do STJ, encampando tal inteligência e declarando competente, em tais circunstâncias, os juízos estaduais. Confira-se: CC nº 171.321/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes, j. 27-03-2020; CC nº 170.610/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 16-03-2020; CC nº 169.811, Rel. Min. Regina Helena, j. 18-03-2020; CC nº 171.458/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 01-04-2020; CC nº 161.922/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10-02-2020; CC nº 171.367/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 01-04-2020; CC nº 171.372/SC, Rel. Min. Mauro Campbell, j. 01-04-2020; CC nº 171.132/SC, Rel.

Min. Herman Benjamin, j. 01-04-2020; CC n° 168.858/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 14-04-2020; CC 163.678/RS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 16-04-2020.

Em resumo, conquanto haja um regramento legal e infralegal de distribuição de tarefas entre os entes políticos, o STF reiterou que a obrigação sanitária pode ser exigida de todos indistintamente, ressalvadas apenas as causas cujo objeto seja o fornecimento de medicação sem registro na autarquia especial competente, quando, então, a presença da União no polo passivo torna-se indispensável. Demais disso, eventual ressarcimento que se fizer necessário poderá ser levado a cabo na seara administrativa ou, em último caso, por meio de ação autônoma, na via judicial.

Por fim e à exaustão, enuncio que todos os Desembargadores Federais integrantes deste Colegiado, na sessão virtual de 22-06-2020 a 30-06-2020, sufragaram o raciocínio ora defendido. Se não, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 855178/SE (TEMA 793 DO STF). LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. EXCLUSÃO DA UNIÃO DA LIDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A tese firmada quando do julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal não se refere à formação do polo passivo da demanda, mas, sim, ao cumprimento da sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis ao ente público que suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional. 2. Referido precedente não altera a jurisprudência até então consolidada no sentido de que, havendo responsabilidade solidária, tem-se a formação de litisconsórcio passivo facultativo, ou seja, cabe ao autor da demanda, escolher contra qual ou quais entes deseja demandar. 3. Exclusão da União da lide, com a devolução dos autos à Justiça Estadual, em face da absoluta incompetência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da causa. (TRF4, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, Agravo de Instrumento n.º 5002917-54.2020.4.04.0000, Relator Desembargador Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, j. 30-06-2020)

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. COMPETÊNCIA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 855.178, estabeleceu diretrizes no que toca à solidariedade para o fornecimento de medicamentos, mantendo a compreensão de que se trata, via de regra, de litisconsórcio passivo facultativo. 2. Assim, o simples fato de o fármaco não estar padronizado no âmbito do SUS não é suficiente para incluir a União no polo passivo e, por consequência, alterar a competência jurisdicional. (TRF4, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, Agravo de Instrumento n.º 5008516-71.2020.4.04.0000, Relator Desembargador Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ, j. 30-06-2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 855178/SE (TEMA 793 DO STF). REGRA: LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE INCLUSÃO EX OFFICIO DA UNIÃO NA LIDE. EXCEÇÃO: MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA. 1. No julgamento do RE n.º 855178/SE (Tema 793), o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência prevalente no sentido de reconhecer - ante o dever geral de prestar saúde - a responsabilidade solidária dos entes federados, da qual decorre, como corolário, a possibilidade de acionamento, a critério da parte proponente, de

quaisquer das pessoas políticas, em conjunto ou separadamente. 2. A responsabilidade dos entes estatais em matéria de saúde pública traduz litisconsórcio passivo facultativo, ressalvadas apenas as causas cujo objeto seja o fornecimento de medicação sem registro na autarquia especial competente, quando, então, a presença da União no polo passivo torna-se imperiosa. (TRF4, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, Agravo de Instrumento n.º 5053676-56.2019.4.04.0000, Relator Desembargador Federal CELSO KIPPER, j. 30-06-2020)

Assim sendo, não assiste razão à agravante, porquanto, na hipótese sub examine, tratando-se de medicamento devidamente registrado na ANVISA, não há se falar em litisconsórcio passivo necessário, de tal forma que se a parte escolhe litigar somente contra um ou dois dos entes federados, descabe ao magistrado julgador promover a inclusão dos demais, seja por ato oficioso, seja instando a parte a emendar a inicial.

Com efeito, tendo o autor movido a ação apenas em face do Estado de Santa Catarina e do Município de Joinville-SC, o chamamento compulsório da União ao processo há de ser tido por indevido. Consequentemente, a competência para julgamento do feito é da Justiça Estadual.

Gizo, por derradeiro, que, nos termos do disposto no artigo 64, §4º, do CPC, salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, inciso IV, alínea "b", do Código de Processo Civil, nego provimento ao agravo de instrumento para manter a exclusão da União do polo passivo da lide, com a devolução dos autos principais à Justiça Estadual.

(AI 50307270420204040000/SC, Relatora Juíza Federal Convocada Eliana Paggiarin Marinho, decisão monocrática, j. 07/07/2020)

DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS. COMPROVAÇÃO DA EFICÁCIA TERAPÊUTICA. DOENÇA ONCOLÓGICA. SOLIDARIEDADE. TEMA 793. CONTRACAUTELAS. 1. A Constituição Federal de 1988, após arrolar a saúde como direito social em seu artigo 6º, estabelece, no art. 196, que a saúde é "direito de todos e dever do Estado", além de instituir o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". 2. Observando as premissas elencadas pelo STF no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, Relator o Ministro Gilmar Mendes, quando da avaliação de caso concreto, devem ser considerados, entre outros, os seguintes fatores: (a) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99) e (d) a não configuração de tratamento experimental. 3. Faz jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstra a respectiva imprescindibilidade, que consiste na conjugação da

necessidade e adequação do fármaco e na ausência de alternativa terapêutica para o seu caso concreto. Hipótese verificada. 4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 793, fixou tese no sentido de que "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." 5. Uma vez que os tratamentos oncológicos estão enquadrados como Procedimentos de Alta Complexidade, conforme a Portaria 627, de 26 de abril de 2001 (anexos I e II), e a Portaria 876/2013, que, em seu art. 8º, II, dispõe que cabe ao Ministério da Saúde garantir o financiamento para o tratamento do câncer, nos moldes das pactuações vigentes, deve ser reconhecido que a União é a responsável financeira pelo custeio de tratamentos oncológicos, nada obstante o fornecimento do medicamento e do serviço médico sejam exigíveis solidariamente de qualquer dos réus. 6. Adequada a fixação de contracautela em ações em que determinado o fornecimento contínuo ou periódico de medicamentos. (AG 50007359520204040000, 6ª Turma, Relatora Juíza Federal Tais Schilling Ferraz, j. 06/05/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO INCLUÍDO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. O Plenário do STF em 22.05.2019 reiterou sua jurisprudência no sentido de que os entes federados têm responsabilidade solidária no fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, fixando a seguinte tese de repercussão geral (RE 855.178, Tema 793): 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. Diante da solidariedade entre os entes reafirmada pelo Supremo, deve-se reconhecer a legitimidade passiva da União, já que se trata de medicamento não incluído nas políticas públicas (item v da conclusão do voto do Min. Fachin), diante do decidido pelo STF no RE 855.178 e, portanto, a competência para julgamento do feito é da Justiça Federal. (TRF4, AG 5011768-82.2020.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 16/07/2020)

DIREITO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ENZALUTAMIDA (XTANDI®). ADENOCARCINOMA DE PRÓSTATA. ESGOTAMENTO DAS OPÇÕES OFERECIDAS PELO SUS. EVIDÊNCIA CIENTÍFICA DE EFICÁCIA: INCLUSÃO EM DIRETRIZ DIAGNÓSTICA E TERAPÊUTICA - DDT PARA O TRATAMENTO DA ENFERMIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TEMA 793 DO STF. [...] 5. Nos termos do julgamento do REsp 1.609.810/RS, em 23/10/2013, operado segundo a sistemática de recursos repetitivos é cabível o bloqueio de verba pública em ação que pleiteia o fornecimento de medicamentos. 6. Por conta da solidariedade, a responsabilidade pelo cumprimento da decisão judicial é igual entre os demandados, sendo o caso de se apontar o órgão responsável pelo cumprimento e o direito de ressarcimento, acaso incidente, nos termos do Tema 793 do STF, ressalvado que eventual ressarcimento se há de processar na esfera administrativa. 7. O prazo considerado razoável para o cumprimento das tutelas concedidas em matéria de saúde é o de vinte dias úteis, segundo os precedentes desta Turma. (TRF4, AG 5052590-50.2019.4.04.0000, QUINTA TURMA, Relator ALTAIR ANTONIO GREGÓRIO, juntado aos autos em 14/07/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIRECIONAMENTO E RESPONSABILIDADE FINANCEIRA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE N.º 855178/SE (TEMA 793). SOLIDARIEDADE. 1. Conquanto o STF tenha sinalizado aos magistrados que direcionem o cumprimento da obrigação, segundo as normas de repartição de competências, assim como condenem a pessoa política legalmente responsável pelo financiamento da prestação sanitária a ressarcir quem suportou tal ônus, tratou a Corte Suprema de reafirmar sua jurisprudência prevalente no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de direito à saúde. 2. O medicamento NUSINERSENA pertence ao Grupo 1A do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), e, nos termos do disposto no artigo 49, inciso I, alínea "a", do Anexo XXVIII da Portaria de Consolidação MS nº 02, de 28 de setembro de 2017, a responsabilidade financeira de sua aquisição é exclusiva da União, com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde. 3. Doutro modo, o fato de a responsabilidade financeira de custear a droga recair sobre a União não impede o acionamento dos corréus, haja vista o multicitado vínculo de solidariedade existente entre os ocupantes do polo passivo. De tal constatação apenas decorre, em verdade, que o ente municipal deve ser ressarcido na hipótese de ter despendido recursos financeiros com a execução da tutela, e não que deve ser excluído da lide ou que suas obrigações estejam adstritas - de forma apriorística - ao armazenamento, manuseio, aplicação ou entrega do fármaco requestado. **(TRF4, AG 5048898-43.2019.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator CELSO KIPPER, juntado aos autos em 03/07/2020)**

DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. INADEQUAÇÃO DAS TERAPIAS FORNECIDAS PELO SUS. SOLIDARIEDADE. TEMA 793 DO STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A Constituição Federal de 1988, após arrolar a saúde como direito social em seu artigo 6º, estabelece, no art. 196, que a saúde é "direito de todos e dever do Estado", além de instituir o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". 2. Observando as premissas elencadas no julgado Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 (decisão da Corte Especial no Agravo Regimental respectivo proferida em 17 de março de 2010, Relator o Ministro Gilmar Mendes), quando da avaliação de caso concreto, devem ser considerados, entre outros, os seguintes fatores: (a) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99) e (d) a não configuração de tratamento experimental. 3. Faz jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstra a respectiva imprescindibilidade, que consiste na conjugação da necessidade e adequação do fármaco e da ausência de alternativa terapêutica. 4. Ante a demonstração da inadequação das alternativas terapêuticas ao quadro particular, bem como existindo comprovação científica acerca da eficácia do fármaco postulado para o tratamento da moléstia em questão, é de ser judicialmente deferida a sua dispensação. 5. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 793, fixou tese no sentido de que "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." 6. Considerando que o medicamento postulado não consta da RENAME, e que, portanto, não tem definição na comissão tripartite quanto à responsabilidade de ente federado específico, o cumprimento da obrigação deve ser direcionado indistintamente aos entes réus. Porém, quanto ao custeio, considerando que a União é a responsável financeira por prover as despesas dos tratamentos de alto custo, cabível deixar-se desde logo

registrada que à mesma caberá o ressarcimento das despesas, a serem objeto, se for o caso, de acerto na via administrativa. 7. Nas ações que versam sobre fornecimento de medicamento, a fixação dos honorários advocatícios deve se dar de forma equitativa, pois a demanda possui valor econômico inestimável por se tratar de tutela da saúde, sendo aplicáveis as disposições do art. 85, § 8º do CPC/15. 8. Considerando o tempo de tramitação da ação e as diligências necessárias fixo a verba honorária em R\$ 3.000 pro rata, porquanto em consonância com decisões desta Corte em ações dessa natureza. (TRF4, AC 5025901-19.2018.4.04.7108, SEXTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, juntado aos autos em 20/05/2020)

Considerações sobre aspectos complexos do Tema 793

O aspecto que me parece mais instigante e complexo é o poder/dever da autoridade judicial para direcionar o cumprimento. Como vai fazer se o ente, em geral a União, não figurou no polo passivo? Seria o caso de deixar a questão para ser solucionada na esfera administrativa, que os entes solidariamente responsáveis se ajustassem. Se o ente responsável não está no processo, como condená-lo a ressarcir, assim o litisconsórcio teria que ser necessário. Como obrigar a parte a litigar contra quem não deseja? Há medicamentos que alcançam a soma de 4 milhões de Reais, como direcionar o cumprimento contra quem não participou da lide? (medicamento de alto custo não registrado, objeto do Tema 106 STJ)

Temos diversas tentativas de solução. Há aqueles magistrados que focam no CPC e outros que não têm a preocupação com aspectos processuais.

Na minha opinião, se o medicamento não foi registrado na ANVISA, ou não for incorporado ao SUS, a solução seria determinar a emenda à inicial. Não realizada, o processo será extinto.

Enfim, é uma questão complexa, envolvendo variáveis, todas as compreensões são razoáveis. O acórdão diz que a questão foi decidida nos termos do voto do Relator, e o voto da relatoria é sempre caminho seguro.

STP 455: interpretação do julgado

A questão evoluiu com nova manifestação do STF. Na via da STP 455, em julho de 2020, o Ministro Dias Toffoli concedeu medida cautelar para suspender a tutela de urgência aplicando a tese fixada na repercussão geral no RE 855.178. Transcrevo:

Vistos.

Trata-se de pedido de suspensão de tutela provisória, ajuizado pelo Município de Santa Cruz do Sul, contra decisão proferida pelo Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de

Santa Cruz do Sul, nos autos do Processo nº 9001265-43.2020.8.21.0026. Referida decisão foi objeto de agravo de instrumento, rejeitado pela respectiva Turma Recursal.

Na origem, foi ajuizada contra si, ação de obrigação de fazer, com pedido de liminar, pleiteando o fornecimento por tempo indeterminado do medicamento RITUXIMAB (500 mg), necessário para o tratamento da moléstia de que o autor da ação é portador.

O Município apresenta, então, pedido de suspensão da tutela antecipada a esta Corte, defendendo sua competência para apreciação do pleito e alegando grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, destacando, ainda, a existência de precedentes deste STF que entende corroborarem o posicionamento por ele defendido, neste caso.

Ressaltou que referido medicamento é fornecido pelo SUS, quando o paciente o busca no sistema, através da porta de entrada CACON/UNACON, o que não foi feito pelo autor da demanda.

E, em se tratando de tratamento para câncer, a solicitação deveria ter sido encaminhada à União, conforme entendimento já exarado por esta Suprema Corte.

Discorreu, ainda, sobre aspectos processuais da ação em tela, para aduzir que o feito deve ser deslocado à Justiça Federal, para que a União responda pela pretensão deduzida naqueles autos, ressaltando, por fim, a impossibilidade de concessão de tutela antecipada que esgote, no todo, ou em parte, o objeto da demanda.

Postulou, assim, a pronta suspensão dos efeitos da decisão atacada.

É o relatório.

Decido, dividindo, para fins didáticos, a celeuma posta e seu equacionamento jurídico dentro dos limites admitidos à presente via:

I – DA TESE FIRMADA NOS AUTOS DO RE Nº 855.178/SE-ED

No julgamento do RE nº 855.178/SE-ED, dotado de repercussão geral, esta Corte firmou a tese segundo a qual

"[o]s 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" (Tema 793).

*A tese, que foi firmada em seguimento ao voto do Ministro **Edson Fachin** (Redator para o acórdão), ao tempo em que fixou a **responsabilidade solidária** – admitindo, assim, que a ação judicial em saúde pudesse ser ajuizada em face de qualquer ente da Federação – contemplou, de outro lado, as preocupações dos ministros que divergiam daquela compreensão, para atribuir ao **juízo da causa** – em atenção aos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização e conforme as regras de repartição de competências do SUS – o **dever de direcionar o cumprimento da decisão judicial ao ente responsável pelo seu adimplemento** e, se fosse o caso, determinar o ressarcimento a quem, indevidamente, suportou o ônus financeiro.*

Buscou esta Corte com a tese firmada conciliar os legítimos interesses envolvidos: de um lado, o paciente, a quem não deve ser atribuída a responsabilidade para conhecer o complexo arcabouço da divisão de atribuições no âmbito do SUS; e, de outro, os entes da Federação, aos quais a Constituição Federal atribuiu o dever constitucional de assegurar a “promoção,

proteção e recuperação” da saúde dos cidadãos brasileiros de forma comum, **mas não superposta.**

Pretendeu, assim, esta Corte assegurar a máxima garantia ao direito à saúde sem, contudo, relegar a plano distinto, a necessária **sustentabilidade do sistema de saúde, a qual se perfaz, em grande medida, pela repartição interna de atribuições entre os entes.**

Isso porque a responsabilidade indivisa, sem qualquer espécie de ordenação, conduziria à triplicidade de esforços em idênticas etapas da prestação à saúde, com evidente desperdício de recursos nessas áreas, **o que implicaria risco à economia pública.**

Ademais, ante a amplitude do direito à saúde no ordenamento brasileiro (rememore-se que o sistema é universal e integral), o desperdício de recursos em uma etapa da prestação à saúde implicaria **vazios assistenciais nas demais.** Trata-se de uma evidência simples da economia em saúde: os recursos são escassos e as demandas são infinitas; a má utilização dos recursos induziria fatalmente à desassistência, **implicando risco à saúde pública.**

E como advertiu o Consultor Jurídico Edelberto Luís da Silva em sua fala na Audiência Pública de Saúde, realizada nesta Corte, a preocupação com a exclusão de superposição de atribuições entre os entes políticos na responsabilidade de assegurar o direito à saúde **é espelhada na própria opção constitucional pela federação como forma de estado.** Desse modo, é de suma relevância à própria **ordem jurídica**, que cada ente da Federação desempenhe suas atribuições **no estrito delineamento constitucional.** Destaco de sua fala o seguinte trecho:

“O federalismo é uma decorrência natural da extensão do nosso território, cujo sentido reside na descentralização do Estado para torná-lo acessível à população, na satisfação de suas necessidades essenciais, a cargo dos poderes públicos. A descentralização é também um princípio básico de Administração, tanto pública, quanto privada e, assim, foi considerada na Reforma Administrativa introduzida pelo Decreto-lei nº 200, de 1967. Por força desse conceito, as atividades da Administração Pública Federal seriam amplamente descentralizadas. (...)

2 Já haveria, aí, fundamento suficiente para a descentralização das ações e serviços de saúde. A despeito disso, o constituinte, inspirado no pensamento da Reforma Sanitária, erigiu a descentralização à categoria de diretriz a ser observada na execução das ações e serviços de saúde, sob direção única em cada esfera de governo. Coerentemente com essa diretriz e para robustecê-la, inseriu na responsabilidade do Município, a prestação de serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados membros. (...)

Em perfeita simetria com essas coordenadas constitucionais, o sistema único de saúde foi organizado pela Lei nº 8.080, em cuja elaboração houve muito esmero na divisão de responsabilidade entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, com a nítida preocupação de evitar superposição de ações, em homenagem ao princípio da direção única, e, do mesmo modo, a duplicação de meios para a consecução da mesma finalidade.” (Audiência Pública Saúde. Silva, Edelberto Luiz da Silva. Disponível em <http://www.stf.jus.br>).

No caso dos autos, pleiteia o requerente a suspensão da decisão de origem que lhe atribuiu a obrigação de fornecimento do medicamento RITUXIMAB (500 mg).

Importante, assim, fazer breve delimitação do sistema de repartição de atribuições, em âmbito constitucional e legal, a fim de observar se a forma como realizada a distribuição de competências na ação de origem provoca risco à ordem pública, econômica ou à saúde.

II - ORIENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL À DELIMITAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES NO SUS: A DESCENTRALIZAÇÃO DAS AÇÕES E DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E A HIERARQUIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE.

Interessante notar a orientação da tese firmada nos autos do RE nº 855.178/SE-ED no sentido de que o direcionamento, pela autoridade judicial, da ordem de cumprimento da prestação de saúde aos entes federados deve observar os “critérios constitucionais de descentralização e hierarquização”. Do que se tratam tais critérios?

*A opção constitucional pela descentralização das ações e serviços de saúde como uma das diretrizes do SUS (art. 198, I), o qual, a seu turno, forma uma rede **regionalizada e hierarquizada** (art. 198, **caput**) merece especial delineamento, por constituir – juntamente com a integralidade da assistência e a participação da comunidade – a base do Sistema Único de Saúde e por se tratar da **fonte primária da repartição de atribuição entre os entes**, delineada em sede legal e infralegal.*

Comentando acerca de tais institutos estruturantes do SUS, Lenir Santos bem pontua o formato sistêmico que resulta da integração das ações e serviços públicos de saúde, em rede regionalizada e hierarquizada:

“O Sistema Único de Saúde (SUS) é definido constitucionalmente como o resultado da integração das ações e serviços públicos de saúde, em rede regionalizada e hierarquizada. É dessa integração que nasce o sistema único, sendo competência comum de todos os entes federativos o cuidado com a saúde.

Além do mais, ante o conceito global, integral da saúde das pessoas, que exige um conjunto interligado e complexo de atos sanitários de promoção, prevenção e recuperação, não há como um único ente realizar sozinho a vacina ao transplante.

Essa inviabilidade se dá pelas abissais diferenças demográficas, geográficas e socioeconômicas dos municípios e pelo fato de o país ser uma federação, o que requer a um só tempo a descentralização das ações e serviços de saúde em razão da competência tripartida da saúde e a aglutinação das autonomias federativas em região de saúde em razão da integralidade da assistência. Descentralização políticoadministrativa e integralidade da assistência são dois nortes essenciais para se entender a organização sistêmica da saúde pública”. (Região de Saúde e suas redes de atenção: modelo organizativo-sistêmico do SUS. Disponível em <https://www.scielo.org/article/csc/2017.v22n4/1281-1289>).

Assim que o Sistema Único de Saúde se conduz por duas orientações centrais: (i) as responsabilidades – embora tenham um fim único e, portanto, se trate de obrigação comum – devem ser repartidas conforme o nível de complexidade e proximidade do paciente (descentralização), mas por outro lado (ii) as competências, embora distintas, não podem ser compartimentadas nem tampouco contemplar vazios assistenciais, de modo que os entes precisam se organizar em redes de atenção, que assegurem a integralidade da assistência por meio da colaboração.

*Dessa óptica, a Constituição Federal, ao estabelecer a competência comum de “cuidar da saúde” (art. 23, inciso II) definiu uma **responsabilidade estruturada em níveis de atuação consentâneos com as atribuições próprias da repartição federativa, elemento essencial à construção do modelo de atenção à saúde reformador nela propugnado.***

Assim é que, nos termos da CF/88:

i) a obrigação de garantir a saúde é **comum** a todos os entes e o sistema correspondente é **único (nesse preciso sentido, a responsabilidade é solidária)**;

ii) o sistema é formado por uma **rede** de atendimento, a qual pressupõe uma organização por colaboração, e não por superposição;

iii) a rede de atendimento deve estar próxima do **cidadão, sendo a ele mais acessível, razão pela qual são regionalizadas** (o Município integra uma região de saúde, a qual deve estar apta a suprir as carências locais para garantir a **integralidade** das ações e dos serviços de saúde);

iv) deve haver – como decorrência do próprio federalismo – uma **hierarquização dos atendimentos**, segundo seu **grau de complexidade** (quanto mais complexo for o atendimento, maior será a possibilidade de que ele seja afastado do ente local, Município, e direcionado ao ente mais afeto à especialização técnica - estados e, sequencialmente, a União);

v) o financiamento é obrigação de **todos os entes** (art. 198, §§1º a 3º, da CF/88) e, naturalmente, deve se direcionar ao cumprimento das responsabilidades de cada ente.

Desse modo, pode-se falar em duas ordens de atribuição no SUS, as quais, supondo que os entes federativos se ponham em linha, seguem na mesma direção, mas em sentido diverso: o **aparato técnico e financeiro** está mais concentrado na União (seguindo para os estados e por fim Municípios), enquanto a execução é voltada, predominantemente, aos entes periféricos (Municípios e estados) e repartida em nível crescente de complexidade (**em regra, Municípios respondem pelos atendimentos de menor complexidade – a chamada atenção básica** –, estados, pelos de maior complexidade e, por fim, de modo subsidiário e mesmo excepcional, a União).

Essa lógica constitucional inspira toda e qualquer repartição de atribuições no SUS e a concretização desses comandos constitucionais ocorreu com a edição da Lei nº 8.080/90 (a qual, especialmente em seus arts. 16 a 19, densificou a divisão de atribuições entre os entes políticos em matéria de saúde) e se densificou com a edição da Lei nº 12.401/11, que deu maior evidência àquela divisão.

De fato, seguindo a lógica constitucional, a Lei nº 8.080/90 estabeleceu atribuições no âmbito da responsabilidade solidária, cabendo:

i) à União:

“Art. 16

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde respectivamente, de abrangência estadual e municipal”;

ii) aos estados

“Art. 17

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

(...)

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

(...)

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

iii) aos municípios

“Art. 18

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

(...)

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde”;

- e, finalmente,

“Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios”.

*Já a Lei nº 12.401/11 estabeleceu capítulo próprio para a assistência terapêutica e para a incorporação de tecnologias em saúde, definindo a responsabilidade da União (com cooperação técnica da CONITEC) pela incorporação de novas tecnologias ao Sistema, com **representação dos três entes** na Comissão Intergestores Tripartite para definir a responsabilidade financeira pelo fornecimento da nova tecnologia. **Vide:***

“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.”

(...)

“Art. 19-U. A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.”

A partir dessas ordens constitucionais e legais, é que se estabelece a repartição de atribuições entre os entes políticos no SUS.

Especificamente no caso dos autos, tem-se ordem de fornecimento de medicamento a paciente em tratamento de câncer.

A Portaria nº 874/13, atualmente em vigor, instituiu a Política Nacional de Prevenção e Controle do Câncer, sendo o atendimento ao usuário do SUS realizado por meio de “redes de atenção regionalizadas e descentralizadas” (art. 5º II) e orientado pelo princípio do cuidado integral, incluindo o diagnóstico, o estadiamento e o tratamento de neoplasias malignas.

O tratamento ao portador da enfermidade é prestado no SUS por hospitais habilitados como Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) e Centros de

Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON), bem como pelos Hospitais Gerais com Cirurgia Oncológica (Portaria nº 874/2013, art. 26, III, b).

No tocante a medicamentos antineoplásicos dispensados na estrutura do SUS, cabe destacar que o Ministério da Saúde e as Secretarias estaduais e municipais de saúde não os fornece diretamente; os fármacos são adquiridos pelas UNACON ou CACON, conforme esquema terapêutico adotado em cada unidade, observados, quando existentes, protocolos e diretrizes reconhecidas pelo Ministério da Saúde.

Em outras palavras, a unidade hospitalar habilitada como UNACON ou CACON é quem fornece diretamente a medicação ao usuário do SUS por si assistido, sendo ressarcida conforme tabela de procedimentos registrados no SUS, os quais não referem medicamentos, mas situações tumorais específicas, independentemente do esquema terapêutico adotado.

A assistência à saúde por meio de UNACON ou CACON é previsto na norma de regência como “tratament[o] especializad[o] de alta complexidade e densidade tecnológica para as pessoas com câncer” (Portaria nº 874/2013, art. 26, III). A norma ainda prescreve as responsabilidades das esferas de gestão do SUS, indicando as competências considerados os três níveis de Administração Pública – federal (art. 22), estadual (art. 23) e municipal (art. 24).

É de se observar, ainda, que o financiamento de medicamentos no SUS segue a lógica da complexidade do tratamento da doença, da garantia da integralidade do tratamento da doença por meio de linhas de cuidado e da manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS.

Desconsiderar essa forma de atribuição de responsabilidade põe em risco a própria manutenção do sistema e o equilíbrio das contas públicas. Há que se analisar o caso dos autos.

III – DO CASO DOS AUTOS

Sem adentrar o exame do acerto ou desacerto da decisão de origem quanto à ordem de fornecimento do fármaco, matéria que, a princípio, não se insere no espectro de cabimento da via de suspensão, há que se analisar a forma como foi deferida a ordem, a fim de verificar se promove ou não risco à ordem pública em uma de suas acepções.

A suspensão dos efeitos de decisões concessivas de segurança, de liminar, de tutela antecipada e de tutela provisória pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal está condicionada aos seguintes requisitos: a) as decisões a serem suspensas devem apresentar potencialidade para causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas; b) elas devem ter sido proferidas em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais; e c) a controvérsia deve ter natureza constitucional.

O pedido de suspensão de liminar não objetiva a reforma ou anulação da decisão impugnada, não sendo, portanto, instrumento idôneo para reapreciação judicial. O requerente deve pretender tão somente suspender a eficácia da decisão contrária ao Poder Público, comprovando, de plano, que o cumprimento imediato da decisão importará grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Na espécie presente, a matéria de fundo relaciona-se à aplicação dos arts. 6º e 198 da Constituição Federal, demonstrando-se a matéria constitucional a justificar o pedido de suspensão de segurança pela Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Sob essas considerações, reputo presentes os requisitos de admissibilidade do presente incidente de suspensão de segurança, passando ao exame da medida liminar postulada pela requerente.

Os artigos 1º da Lei nº 9.494/97 e 4º da Lei nº 8.437/92 disciplinam os pedidos de suspensão de execução liminar e demais decisões formulados pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada, em ações propostas contra o Poder Público, nos casos de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, assim como para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Em situações de perigo manifesto, o § 7º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, autoriza, em exame de cognição sumária, o deferimento de medida liminar, em requerimento de contracautela quando constatada a plausibilidade do direito evocado.

A questão posta nos autos diz respeito a eventual dever do município em fornecer medicamento de alto custo a determinado indivíduo.

Observa-se que, muito embora a ação judicial tenha sido ajuizada contra estado e município, o cumprimento da ordem então proferida foi ordenado em face de apenas um nível da Administração Pública (município), com responsabilidade de gestão da política do SUS de prevenção e controle do câncer; tendo a ordem judicial determinado ao ora requerente, de modo indistinto, o fornecimento de medicamento de elevado custo.

Não há indicação de delimitação de responsabilidade no âmbito do SUS para o fornecimento dessa medicação. Isso se dá porque no Sistema Único de Saúde, a decisão quanto à incorporação de nova tecnologia (medicamentosa ou não) é da União, com assessoria da CONITEC (art. 19-Q, §1º da Lei nº 12.401/11).

Todavia, a delimitação de atribuições para a efetivação do atendimento aos pacientes do SUS é fase posterior, realizada após negociação e articulação entre os entes políticos, o que se faz no bojo da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), foro permanente do SUS para construção de pactos nacionais no Sistema Único de Saúde (art. 2º, IV, 14 do Decreto nº 7.508/11, regulamentador da Lei nº 8080/90).

Ademais, conforme explicitado, no capítulo II desta decisão, o tratamento com medicamentos ao portador de câncer na estrutura do SUS é prestado por meio de hospitais habilitados como Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) ou Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON), que são ressarcidos conforme tabela de procedimentos registrados no Sistema, os quais não referem fármacos, mas situações tumorais específicas, independentemente do esquema terapêutico adotado em cada unidade.

Por fim, no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos, verifica-se que, no SUS, o atendimento ao cidadão (a dispensação de fármacos) é feito: i) pelos municípios, no menor nível de complexidade (que corresponde ao “componente básico da assistência farmacêutica” e a parte do componente especializado); e ii) pelos estados (nos demais medicamentos do “componente especializado” e ainda no “componente estratégico”), o que significa que aos estados é reservado o atendimento de maior complexidade no sistema – tal como medicações que requerem acompanhamento por exames, aplicações em âmbito hospitalar ou com requisitos de manuseio que exigem alta expertise técnica –, ao passo em que aos Municípios se atribui, em regra, o fornecimento que pode ser realizado em nível ambulatorial ou que faz parte de uma cesta básica de atendimento.

Noto, ainda, que não obstante a tese definida nos autos do RE-RG nº 855.178 de que “competete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”, no presente

caso, a não observância da ordem estabelecida pelo SUS fatalmente impactará na ordem pública, sobretudo em suas facetas jurídica e econômica.

Todavia, a apreciação exauriente sobre o ponto não é cabível no âmbito das suspensões, seja porque, diante da conclusão adotada no RE nº 855.178/SE-ED, a responsabilidade se firmou no sentido da solidariedade (a impedir a suspensão absoluta da ordem em face de um dos entes), seja porque tal análise exigiria, em regra, apreciação do próprio cerne da lide, a transmutar o exame da suspensão à natureza recursal.

A conciliação dessa dualidade deve ser feita por meio da concessão de medida cautelar tão somente para determinar à autoridade competente recursal que – amparando-se nas regras do próprio Sistema Único de Saúde e em observância à conclusão adotada pelo STF no RE nº 855.178/SE-ED – promova a delimitação de atribuições entre os entes que compõem o SUS e, se for o caso, devidamente integrados os autos, ordene o ressarcimento entre os entes.

Citem-se, em arremate, recentes decisões desta Presidência, no mesmo sentido, em casos similares ao presente: SS nº 5.315/SP (DJe de 20/9/19) e STP nº 139 (DJe de 24/10/19).

Nesse termos e, para esse específico fim, defiro parcialmente o pedido cautelar.

Comunique-se, com urgência. [...]

(STP 455, DJE nº 177, divulgado em 14/07/2020)

Vemos que foi determinado à autoridade competente recursal “promova a delimitação de atribuições entre os entes que compõem o SUS e, se for o caso, devidamente integrado aos autos, ordena o ressarcimento entre os entes.

No caso concreto tratava-se de um medicamento oncológico, Rituximabe, obrigação do Estado e não do Município.

Com estas considerações, alguns subsídios para vencermos esta situação complexa e que nos angustia. Sobre o tema da saúde e medicamentos e questões correlatas, indico a leitura da obra “Mortais: Nós, a medicina e o que realmente importa no final”, de Atul Gawande.

2ª Questão complexa – Custo vs. Efetividade. Lei nº 8.080/90. O Relatório de Impacto Orçamentário

Grande parte dos sistemas de saúde do mundo tem limites explícitos quanto aos custos. A OMS recomenda que sejam adotados. No Brasil, existe a imposição legal de que a CONITEC realize o estudo do “custo efetividade”, Lei nº 8.080/90, artigo 19-O, avaliando o impacto orçamentário, ainda e sempre no sentido de compatibilizar o melhor e mais efetivo tratamento com a sustentabilidade do SUS. A indagação que se fez é no sentido de se os juízes também não deveriam fazer esta avaliação. O que leva um juiz a deferir um tratamento multimilionário? O juiz não pode ser ingênuo ou indiferente ao tema, pois enquanto efeitos positivos se direcionam ao “seu paciente”,

outros pacientes, talvez mais necessitados, ficarão sem recursos para tratamentos. A sustentabilidade de um sistema de saúde depende também da observância do custo x efetividade pelos que operam e decidem alocações, entre eles os magistrados.

Sobre o assunto, indico o artigo da Juíza Federal Ana Carolina Morozowski “O efeito da vítima individualizável e a judicialização da saúde¹”.

3ª questão – O caso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como a pílula do câncer. ADI 5501.

Este importante precedente do STF prestigia a precaução e a segurança no fornecimento de medicamentos. Empresta a devida importância à atividade da ANVISA/CONITEC e aos protocolos com validação científica.

O caso: a substância fosfoetanolamina sintética, conhecida como pílula do câncer, foi descoberta nos anos 70 e testada em camundongos. Um pesquisador iniciou a produção e distribuição sem prévios estudos. Houve pleora de ações e, diante da repercussão social, o Congresso aprovou a Lei nº 13.269/2016, autorizando a produção e comercialização sem os necessários estudos e testes clínicos previstos na Lei nº 6.360/76. A Associação Médica Brasileira ingressou com a ADI 5501, na qual o STF fixou a tese de que o dever de fornecer medicamentos está ligado à qualidade e segurança da droga. Ainda, que o dever de fornecer medicamentos não pode se distanciar da ciência. Ante a ausência de registro na ANVISA, a inadequação é presumida.

Frete à situação de pandemia que o mundo atravessa, o precedente tem potencial para ser útil em caso de ofertas de medicamentos/insumos sem o aval da ciência.

Premissas do Ministro Barroso. Tema 793.

Por fim, lembro das premissas estabelecidas pelo Eminentíssimo Ministro Barroso no julgamento do Tema 793, quais sejam:

1 – Parâmetro procedimental: o necessário diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário, entes e pessoas relevantes na saúde, SUS, CONITEC, ANVISA, Ministério da Saúde;

¹ Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/302302/o-efeito-da-vitima-individualizavel-e-a-judicializacao-da-saude>. Última consulta em 20/07/2020.

2 – Premissa filosófica: o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde;

3 – Premissa sobre a judicialização excessiva: O sistema apresenta sintomas graves e pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, falta de critérios e voluntarismos diversos. Atenção para a sustentabilidade e para as expectativas legítimas da população.

4 – Austeridade: esgotamento do modelo “tudo para todos”. O direito à saúde não é absoluto. Não há sistema que possa resistir a um modelo sem limites e critérios.

Para concluir, lembro que algumas leituras são interessantes nesta pandemia. Sobre o tema saúde, vamos voltar ao Albert Camus, “A Peste”. Do Rui Castro, “Metrópole à Beira Mar”. “Armas, Germes e Aço” do Jared Diamond. “Um diário do ano da peste” de Daniel Defoe, “Banalização da Morte na Cidade calada” de Janete Silveira Abrão e “Gripe” de Gina Colata. Por fim, tentando um método ativo, a leitura de “A Balada de Adam Henry”, de Ian McEwan, colocando-se no lugar da Juíza Fiona Maye e verificando acertos e erros.

Agradeço, finalmente, aos colegas juízes federais integrantes do grupo “Direito à Saúde”, que, com dedicação e inteligência, partilham suas angústias e esforços, contribuindo decisivamente para o avanço no enfrentamento desta parcela da jurisdição².

² Os atores envolvidos nas discussões a respeito da judicialização da saúde, com contribuição em pesquisas que resultam em livros e artigos, são advogados públicos e privados, defensores, membros do Ministério Público e magistrados. Cito, exemplificativamente, três obras a que recorro costumeiramente: “Direito à Saúde – Análise à luz da judicialização” – João Pedro Gebran Neto e Clênio Jair Schulze; “Decisões liminares na judicialização do direito à saúde pública” – Sadraque Oliveira Rios; “Judicialização da Saúde – saúde pública e outras questões” – Cynthia Pereira de Araújo, Éder Maurício Pezzi López e Silvana Regina Santos Junqueira.