



**LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES DE FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS SOB O PRISMA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA NO
ÂMBITO ADMINISTRATIVO**

**PASSIVE LEGITIMACY IN LAWSUITS FOR THE SUPPLY OF MEDICINES
UNDER THE PRISM OF COMPETENCE PARTITION WITHIN THE
ADMINISTRATIVE SCOPE**

Ana Clara Ferreira¹
Jandir Ademar Schmidt²
Manuella Mazzocco³

RESUMO

O presente texto tem por escopo abordar a legitimidade passiva nas ações de fornecimento de medicamentos, sob o prisma da repartição de competência no âmbito administrativo e à luz da recente tese fixada pelo Superior Tribunal Federal sobre o tema. Com efeito, o Sistema Único de Saúde (SUS) possui uma organização regionalizada e hierarquizada, com responsabilidades nitidamente repartidas entre os entes federativos, nos termos da legislação infraconstitucional (Lei. 8.080/90), devendo cada ente elaborar sua própria lista de fármacos a serem disponibilizados gratuitamente à população, com base na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), instituída pela Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde. Destarte, deverá figurar no polo passivo da ação judicial o ente federativo obrigado administrativamente a fornecer o medicamento objeto da ação, ou seja, aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento ora requerido, uma vez que destinada verba orçamentária para tanto. Do contrário, ao responsabilizá-los solidariamente, haverá desmedido impacto orçamentário nos cofres públicos daquele ente que suportou o encargo cuja responsabilidade não lhe pertencia, de modo a colocar em xeque demais direitos inerentes à população e, ainda, violar a organização de forma descentralizada do Sistema Único de Saúde (SUS), assegurada constitucionalmente. O método utilizado é o dedutivo, aplicando a técnica de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Fornecimento Medicamentos. Legitimidade Passiva. Repartição de Competências no Âmbito Administrativo. Recurso Extraordinário 855.178. Tema 793.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Contestado (UnC). Campus Concórdia. Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: ana.clara_f@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal Santa Catarina e Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado (UnC). Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: jandir.schmidt@gmail.com.

³ Mestranda em Direito pela Universidade Federal Santa Catarina e Professora do Curso de Direito da Universidade do Contestado (UnC). Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: manumazzocco@hotmail.com

ABSTRACT

The purpose of this text is to address passive legitimacy in drug supply actions, from the perspective of the division of competence in the administrative scope and in the light of the recent thesis fixed by the Superior Federal Court on the subject. In effect, the Unified Health System has a regionalized and hierarchical organization, with responsibilities clearly shared among the federative entities on terms of infraconstitutional legislation (Law. 8,080/90). Own each member to elaborates their own list of drugs to be made available free of charge to the population, based on the National List of Essential Medicines, instituted by Ordinary No. 3,916/98 of the Ministry of Health. This way, should appear in the passive pole of the lawsuit the federal authority administratively to provide the medicinal product subject to the action, that is, the person responsible for the list of which the required medicinal product, since it allocated budget funding for both. Otherwise, by responsible for jointly and severally, there will be a huge budgetary impact on the public coffers of the person who supported whose responsibility didn't belong to him, so to put into check too many rights inherent to the population, and, violate the decentralized organization of the Unified Health System – SUS, constitutionally assured. The method used is deductive, applying the technique of bibliographic, documentary and jurisprudential research.

Keywords: Supply Medicines. Passive Legitimacy. Division of Competence in the Administrative Ambit. Extraordinary Resource 855.178. Theme 793.

1 INTRODUÇÃO

O acesso a medicamentos e a tratamentos de saúde constitui parcela indispensável do direito fundamental à saúde. Dada a relevância do aludido direito e diante do dever do Estado em prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS).

Não obstante o Sistema Único de Saúde possua uma organização regionalizada e hierarquizada, com responsabilidades nitidamente repartidas entre os entes federativos (Lei n. 8.080/90), operadores do direito cotidianamente se posicionam no sentido de responsabilizá-los solidariamente, com fundamento no art. 196 da Constituição Federal e na jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, sem a observância, contudo, da existência de competências distintas na esfera administrativa, que são repartidas entre os entes federados a fim de possibilitar uma organização orçamentária que faça frente aos custos do serviço.

O cerne do presente artigo é justamente perquirir sobre a legitimidade passiva nas ações que envolvem o fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde,

sob o prisma da repartição de competência no âmbito administrativo, à luz da tese fixada quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178, em 23/05/2019, que reconheceu existir uma divisão de competência entre os entes, determinando aos juízes o respeito às regras orçamentárias de cada um.

Para tanto, serão analisados o poder de descentralização e a atuação do SUS no tocante à assistência integral farmacêutica, a obrigação atribuída a cada ente federativo na distribuição de fármacos e a elaboração da lista de fármacos a serem disponibilizados gratuitamente à população, para, ao fim, apontar qual ente federativo deve figurar no polo passivo de ação judicial cujo objeto é o fornecimento de medicamentos.

Na elaboração do trabalho foi utilizado o método dedutivo, pelo qual se desenvolveu uma análise particularizada acerca do tema com base em artigos científicos, entendimentos doutrinários sobre o assunto e na legislação brasileira. Através de técnicas de pesquisa jurisprudencial, bibliográfica e documental foi possível fundamentar a discussão, que também teve como finalidade a observância da aplicabilidade em situações concretas e a conclusão delas extraída.

2 O DIREITO À SAÚDE E O DEVER DE TUTELA DO ESTADO

O direito à saúde, cujo dever de tutela recai ao Estado, é garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visam a redução do risco de doenças e outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, da CF/88), cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, nos termos da lei, devendo sua execução ser feita diretamente, por meio de terceiros, pessoa física ou por jurídica de direito privado (art. 197, da CF/88).

Aludido preceito é regulamentado pela Lei n. 8.080/90, que dispõe em seu art. 2º: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990). Trata-se, portanto, de um direito público subjetivo, um bem jurídico tutelado constitucionalmente, cuja prerrogativa jurídica é indisponível e assegurada à toda a sociedade (PRETEL, 2010).

Com efeito, o reconhecimento do direito em questão apresenta duas repercussões práticas: a responsabilidade ética e legal do poder público, em suas três esferas, de assegurar o acesso da generalidade das pessoas aos serviços de atenção à saúde, e a possibilidade de o indivíduo reivindicar por meio judicial o cumprimento desta obrigação estatal, quando não efetivada na esfera administrativa (PEPE et al., 2010). Soares (1993 apud CASTRO, 2005) define a saúde nos seguintes termos:

[...] em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano, sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado.

Frisa-se a relevância do direito à saúde, incluindo o acesso aos medicamentos necessários para sua manutenção, porquanto pressuposto à vida e à dignidade, vez que a negativa do direito à saúde corresponde negar todos os demais direitos do indivíduo (SILVA JUNIOR, 2014). Nesse sentido, preceitua Ordacgy (2009, p. 16):

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

Desse modo, tendo em vista que a saúde se caracteriza como um bem jurídico indissociável à vida, e que o acesso aos medicamentos constitui um dos elementos imprescindíveis que a compõe (necessários para sua materialização), deverá o Estado assegurá-la com demasiada primazia.

3 A ATUAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS E O PODER DE DESCENTRALIZAÇÃO, INTEGRALIZAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, na Seção II do Capítulo II, Título VIII, que trata especificamente da saúde, determina a instituição de um modelo prestador de

saúde envolvendo a União, os Estados e os Municípios, tendo a sociedade como seu partícipe (BRASIL, 1988).

Estabelece no art. 198, I, que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, organizado de acordo com diretrizes, tais como a “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”. No art. 23, II, define que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e da assistência pública.

Com efeito, do exame dos artigos acima mencionados, verifica-se que a realização deste conjunto de ações e serviços públicos, cujo dever é de todos os entes federados, será executada por meio de um sistema único, contudo, de forma hierarquizada, descentralizada e regionalizada.

Nas palavras de Dallari e Nunes Júnior (2010 apud REIS, 2014, p. 72), a expressão regionalizada “indica a necessidade de que haja organização por circunscrições territoriais, as quais, por sua vez, devem levar em conta o dinamismo e a complexidade do sistema, que não raro exige redefinições pontuais”.

No tocante à descentralização da gestão de políticas de saúde, aludida diretriz estabelece que o poder e a responsabilidade sobre o setor da saúde são distribuídos entre as três esferas do governo, visando uma prestação de serviços mais célebre e eficaz (FIOCRUZ, 2006).

A hierarquização dos serviços de saúde, por sua vez, consiste na divisão destes em níveis de complexidade crescente, razão pela qual se tem as redes de atenção básica, de média e de alta complexidade (ROCHA, 2011 apud REIS, 2014).

De acordo com a Secretaria Nacional de Assistência à Saúde (1990, p. 5), vinculada ao Ministério da Saúde, a rede de serviços organizada de forma regionalizada e hierarquizada:

[...] permite um conhecimento maior dos problemas de saúde da população da área delimitada, favorecendo ações de vigilância epidemiológica, sanitária, controle de vetores, educação em saúde, além das ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade.

Aludida organização, aliada à conjugação dos recursos financeiros dos entes federativos, se trata de mera estratégia de otimização da eficiência dos gastos públicos com a saúde (HOMMERDING; CARDOSO, 2018).

Nesse passo, diante da relevância do direito em tela e em atenção ao *caput* do art. 196 e art. 23, II, ambos da CF/88, instituiu-se no Brasil o Sistema Único de Saúde - SUS, regulamentado pela Lei. n. 8.080/90 e, posteriormente, pelo Decreto nº 7.508/2011, o qual elenca as diretrizes e objetivos para a efetiva proteção, promoção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

A referida lei estabelece, em seu art. 6, I, alínea d, que a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, está incluída no campo de atuação do SUS. Logo, tal dispositivo exarou, na prática, a obrigação do Estado em fornecer medicamentos àqueles que necessitam (BRASIL, 1990).

Dentre os princípios que regem o SUS, tem-se a integralidade da atenção à saúde (art. 7º, II, Lei n. 8.080/90), a qual, conforme apontamento feito por Santos (2004) refere-se à oferta e garantia de ações e serviços integrais e simultâneos à proteção, promoção e recuperação da saúde, privilegiando as ações preventivas, sem, entretanto, prejudicar os serviços assistenciais.

Com vistas à descentralização político-administrativa das ações e execuções decorrentes da determinação constitucional, definiram-se atribuições próprias a serem exercidas pela União, Estados, Distrito Federal e pelos Municípios, expondo nos artigos 16, 17 e 18 a competência de cada gestor (BRASIL, 1990).

Dispôs, notadamente no art. 16, XIII, que à Direção Nacional do SUS compete “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”, incumbindo-lhe “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV) (BRASIL, 1990).

Em seu art. 17º, atribuiu à Direção estadual as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. A direção municipal do SUS, por sua vez, deverá planejar, organizar,

controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III) (BRASIL, 1990).

Uma vez organizado o sistema, divididas as responsabilidades de cada ente e os recursos financeiros, deve-se respeitar tal divisão.

4 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO PREVISTA NA POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS E DA DISTRIBUIÇÃO DE FÁRMACOS

A repartição de competências para o fornecimento de medicamentos no âmbito administrativo foi delineada pela Portaria 3.916/1998, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos, a qual fixou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), imprescindível instrumento de ação do SUS na medida em que contempla os medicamentos utilizados e disponibilizados à população, seguindo um processo de padronização, visando o uso racional dos medicamentos, a otimização e eficácia do sistema de distribuição no setor público, bem como o desenvolvimento de iniciativas que possibilitem a redução de preços (Item 3.3) (BRASIL, 1998).

De forma simplificada, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) é a relação de medicamentos inserida nas políticas públicas, comumente denominado de “medicamentos padronizados”, os quais devem ser fornecidos gratuitamente à população de acordo com a divisão de competência estabelecida na esfera administrativa.

Sobre aludido fornecimento, oportuno reproduzir as considerações de Barroso (2009, p. 41-42) acerca dos deveres atribuídos a cada gestor, em cada esfera governamental:

[...] ao gestor federal caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, que envolve além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (Rename). Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na Rename, e executar a assistência farmacêutica [...]. Assim, ao gestor estadual caberá definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional [...].

Deste modo, tem-se que os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram suas listas de medicamentos (RENAME, REMUME e RESME) que serão adquiridos por cada ente a partir da sua esfera de competência e fornecidos gratuitamente à população.

Notadamente em relação às regras de financiamento e execução do Componente Especializado de Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS (CEAF), o Ministério da Saúde publicou a Portaria n. 1.554/2013. Os medicamentos contemplados no Componente supra são divididos em três grupos, devendo seu acesso ser garantido mediante a pactuação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme as diferentes responsabilidades nela estabelecidas (art. 2º, parágrafo único) (BRASIL, 2013). O ato normativo, em seu art. 3º, definiu a repartição da responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos.

O Grupo 1 corresponde aos fármacos cujo financiamento está sob responsabilidade exclusiva da União. São medicamentos que representam elevado impacto financeiro por serem aqueles indicados para doenças mais complexas, para os casos de refratariedade ou intolerância à primeira e/ou à segunda linha de tratamento e por aqueles que se incluem em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde (art. 3º, I, c/c art. 5º) (BRASIL, 2013).

Divide-se em Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde; e Grupo 1B: medicamentos adquiridos pelos Estados com transferência de recursos financeiros pelo Ministério da Saúde, na modalidade Fundo a Fundo (art. 3º, I, alínea “a” e “b”) (BRASIL, 2013).

O Grupo 2, por sua vez, é constituído por medicamentos cuja responsabilidade pelo financiamento é das Secretarias Estaduais de Saúde (art. 3º, II, c/c art. 6º) (BRASIL, 2013).

Quanto ao Grupo 3, este é constituído por medicamentos cuja responsabilidade pelo financiamento é tripartite, sendo a aquisição e a dispensação de responsabilidade dos Municípios, conforme regulamentação da Portaria GM/MS nº 1.555, de 30 de julho de 2013, que aprova a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica (art. 3º, III, c/c art. 7º) (BRASIL, 2013).

Extrai-se do art. 4º da aludida Portaria que tais grupos foram definidos de acordo com os critérios de complexidade do tratamento da doença, garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado e manutenção

do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS. É oportuno reproduzir a consideração de Castro (2005, p. 2) sobre a temática:

[...] estabeleceu-se uma divisão de tarefas no que tange ao fornecimento de medicamentos, de maneira que o sistema básico de saúde fica a cargo dos Municípios (medicamentos básicos), o fornecimento de medicamentos classificados como extraordinários compete à União e os medicamentos ditos excepcionais são fornecidos pelos Estados. Percebe-se, claramente, a composição de um sistema único, que segue uma diretriz clara de descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

Com efeito, a atuação da rede pública na aquisição de medicamentos se dá conforme critérios de competência previstos pela direção nacional do SUS, onde o fornecimento de medicamento é feito pelos municípios, no menor nível de complexidade (atenção básica), pelos Estados nos demais medicamentos do componente especializado e no estratégico (alta complexidade), com destaque para a competência da União (Ministério da Saúde) para compra de todos os produtos que possam representar elevado impacto financeiro para o sistema (BRASIL, 2013).

Assim, havendo a distribuição de competências nitidamente preestabelecidas na esfera administrativa, não há razão para se delinear o cumprimento de uma obrigação de forma solidária entre os entes federados no âmbito judicial. Nesse sentido se posicionou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (BRASIL, 2019):

“Enunciado 8: Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados”.

Entretanto, de maneira adversa às normas regulamentadoras supracitadas, na medida em que desconsideram a organização disposta pela Lei n. 8.080/90, operadores de direito, notadamente os magistrados, cotidianamente, têm se posicionado, determinando ao ente que ocupa o polo passivo da ação, eleito indiscriminadamente pelo autor, o cumprimento da decisão, utilizando-se do fundamento da responsabilidade solidária (BRASIL, 2019).

A conseqüente condenação ao cumprimento da decisão de forma solidária e conjunta fere o poder de descentralização do SUS, assegurado constitucionalmente (art. 198, I, da CF/88), além do mais, coloca em risco a continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a

destinação/reserva racional dos recursos públicos, os quais por si só já são escassos (BARROSO, 2009).

Tal determinação viola, inclusive, o princípio da reserva do possível, consistente na limitação do Estado na prestação de determinados benefícios aos indivíduos, de acordo com suas condições socioeconômicas e estruturais, fundamentando-se na existência de recursos públicos ou previsão orçamentária disponíveis para efetivação dos direitos fundamentais (RIBEIRO, 2013).

Ademais, é incontestável que o direito à saúde é tanto um direito individual quanto um direito coletivo, de modo que este não pode se sobrepor àquele, o que, infelizmente, ocorre quando algum ente federativo é responsabilizado judicialmente a fornecer medicamentos que destoam da sua competência, à sua alçada e ao modo como são distribuídos os recursos financeiros, visto que ao atuar dessa forma, o Poder Judiciário acaba, na maioria das vezes, privilegiando umas em detrimento de outras pessoas (HOMMERDING; CARDOSO, 2018).

São oportunas as lições de Nohara (2015, p. 3) sobre a temática:

[...] Quando os Poderes Legislativo e Executivo optam por determinada política pública, que se harmoniza com as determinações constitucionais, não pode o Poder Judiciário invalidar toda uma estruturação de ações e processos que têm por objetivo alcançar os fins públicos, dentro das possibilidades dadas pelo Direito [...].

A propósito, Freitas (2014, p. 61-96) destaca que:

[...] o cumprimento de ordens judiciais que invertem posições quanto às atribuições de cada ente acaba por atrasar outras medidas e a tumultuar o sistema construído pelo Poder Público, seja federal, estadual, ou municipal, muitas vezes desconhecido pelo Poder Judiciário, pois naturalmente não é gestor e não possui alcance e conhecimento da administração dos recursos públicos e necessidades da população na área da saúde.

Destaca-se que a estabilidade do orçamento público é condição indispensável para que todos os deveres do Estado sejam corretamente exercidos, notadamente aqueles que conferem efetividade a direitos fundamentais. Deve ser considerado que o orçamento público é elaborado a partir das obrigações estabelecidas na esfera administrativa, destinando-se a verba necessária para a aquisição dos medicamentos que competem àquele ente, motivo pelo qual a determinação judicial

que obriga um ente público a fornecer um medicamento que, na esfera administrativa, não lhe compete, mexe no orçamento público, acarretando um prejuízo a outras ações de saúde, que certamente serão sacrificadas em virtude da finitude das verbas públicas (HOMMERDING; CARDOSO, 2018).

Some-se a isso o fato de as compras públicas serem feitas mediante licitação, que sabidamente resultam em aquisições de produtos a preços muito inferiores que os praticados no mercado, possibilitando ao ente atender uma quantidade muito maior de cidadãos. De outra banda, quando uma determinação judicial é direcionada ao ente que não tem a responsabilidade de fornecer aquele medicamento, o prazo de cumprimento é tão exíguo que não permite a compra mediante processo licitatório, fazendo com que o ente adquira a medicação por um preço muito superior àquele praticado pelo ente que, possuindo a incumbência administrativa de fornecê-lo, o adquire a preços inferiores, contribuindo para uma ineficiência administrativa (HOMMERDING; CARDOSO, 2018).

Nesse contexto, com a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), visando trazer “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” (DIAS; NASCIMENTO, 2019), foi incluído o art. 20, o qual dispõe que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL, 1942).

Trata-se do consequencialismo jurídico, ou seja, é necessário que o magistrado meça as consequências das suas decisões – e, no caso em tela, da interferência do Poder Judiciário no orçamento do Poder Executivo –, levando-as em consideração no momento de decidir – anteriormente à determinação do ente federativo pagar determinado medicamento, cuja atribuição não lhe era administrativamente atribuída.

5 DA LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Diante da negativa administrativa do fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, o indivíduo poderá recorrer ao Poder Judiciário e pleitear a imposição

do cumprimento da obrigação pelo Poder Público, a fim de ter sua saúde e demais direitos assegurados.

No tocante ao polo passivo da demanda cujo objeto é o fornecimento de fármacos, Barroso (2009, p. 50) estabelece o seguinte parâmetro: “o ente federativo que deve figurar no polo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido”.

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 22/05/2019, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178 que versava sobre a responsabilidade solidária dos entes federativos no atendimento de demandas prestacionais relacionadas à efetivação do direito à saúde, 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 (BRASIL, 2019).

Não obstante, a Suprema Corte tenha mantido o entendimento de que a União, Estados e Municípios são solidariamente responsáveis nas ações de fornecimento de medicamentos através da aludida tese, no julgamento dos embargos de declaração opostos pela União entendeu ser salutar o aprimoramento do precedente, destacando a necessidade do direcionamento do cumprimento da obrigação, por parte das autoridades judiciais, de acordo com as regras de repartição de competência administrativamente estabelecidas, independentemente do ente eleito pelo autor quando da propositura da ação (BRASIL, 2019).

Os Embargos em questão foram opostos pela União em face do acórdão que reafirmou a jurisprudência do Supremo já consolidada, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente (BRASIL, 2019).

Entretanto, mencionada solidariedade vinha sendo interpretada “irrestritamente” pelos órgãos judiciais, de modo a conferir poder ilimitado de escolha

ao indivíduo, impedindo uma discussão e defesa apropriada por parte do ente federado legalmente responsável (BRASIL, 2019).

Diante disso, consoante se afere do voto condutor proferido pelo Ministro Edson Fachin no julgamento alhures (BRASIL, 2019), as razões para re significar/aprimorar o precedente se deu justamente em razão das várias distorções negativas e inúmeros ônus que a interpretação e a aplicação desse entendimento (“todos os entes políticos respondem solidariamente por prestações de saúde”) pelos operadores do direito, incluindo juízes e tribunais, vinham acarretando. Dentre elas, destacou o Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2019) as mais relevantes:

I) o aumento da judicialização em matéria da saúde após a fixação da tese da solidariedade tal qual como enunciada (e não como deveria ser lida e interpretada), com o conseqüente aumento dos gastos públicos com saúde, sem devida melhora no sistema público de saúde (BRASIL, 2019);

II) a desestruturação do SUS, porquanto o entendimento de que todo indivíduo pode demandar contra qualquer ente, independentemente do que prevê a lei e as pactuações no âmbito do SUS sobre a respectiva atribuição, aliada ao fato de não se admitir o chamamento do ente correto ao processo, tende a acarretar a falência do SUS em médio ou longo prazo (BRASIL, 2019);

III) ao adotar o entendimento da “solidariedade irrestrita” acaba-se com o poder do gestor de planejar, visto que ao permitir que o indivíduo acione qualquer ente federativo, o gestor deixa de conhecer sua demanda e, logo, planejar as políticas públicas. Deixa ainda de executá-las, vez que é compelido a destinar recursos inicialmente destinados para tanto, utilizar quase todo seu orçamento, para cumprir determinações judiciais, isso quando não ocorre a ausência de cumprimento, diante da impossibilidade orçamentária (BRASIL, 2019).

Corroborando com o apontamento supra, segundo relatório analítico do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019), o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre os anos 2008 e 2017, enquanto o número de processos judiciais cresceu 50%. Ademais, houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos gastos do Estado com demandas judiciais, atingindo o montante de R\$ 1,6 bilhão em 2016.

Sob essa perspectiva, vê-se que os Municípios, notadamente os economicamente mais frágeis, são os mais atingidos pela inobservância das distribuições de competências, visto que são obrigados por ações judiciais a custear tratamentos e medicamentos de alto custo que não estão sob sua responsabilidade, e que sequer foram destinadas verbas para tanto.

Em momento anterior ao aludido julgamento, ainda quando dos esclarecimentos sobre a importância da rediscussão do recurso/tema, o Ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2015) destacou que os precedentes do Supremo sobre a questão da solidariedade foram formados em um período anterior ao advento da legislação que organizou o Sistema Único de Saúde, sendo repetidos durante este ínterim de tempo, devendo, portanto, os autos serem julgados de acordo como o direito objetivo vigente, conforme enfatizou, na oportunidade, o Ministro e Relator Luiz Fux.

Do mesmo modo em que não há dúvidas de que os entes federativos possuem o dever de tornar efetivo o direito à saúde, é correto afirmar que “a concretização de direitos melhor se efetiva quando há distribuição de papéis e previsibilidade – pela Administração e pelo Administrado – do que cada um – e em que medida – deve prestar” (BRASIL, 2019).

Embora o STF não tenha acolhido as razões recursais (os embargos foram rejeitados), aprofundou o debate e, a "título de detalhamento" (nas palavras lançadas no próprio voto condutor, proferido pelo Ministro Edson Fachin), quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade, enunciou:

[...] i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido lato, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização (arts. 196 e ss. CF); ii) Afirmer que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente” significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas, que devem ser observadas em suas consequências de composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário; iii) Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como

decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde; iv) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico processual, sua inclusão deverá ser levada a efeito pelo órgão julgador, ainda que isso signifique deslocamento de competência; 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 [...] (BRASIL, 2019).

Com efeito, afere-se que a competência material dos entes federados estabelecida no art. 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988, é comum tendo em vista que “nenhum deles pode se furtar de garanti-la”, o que não significa dizer, contudo, que qualquer um deles deva, ou possa efetivá-la (HOMMERDING; CARDOSO, 2018, p. 19). Desta feita, a responsabilidade solidária se limita tão somente à obrigação comum de todos os entes federados atuarem no âmbito do SUS, de responderem solidariamente por prestações à saúde.

Ainda que se admita que o indivíduo possa direcionar o pedido contra a pessoa jurídica de direito público a quem a norma não atribui a responsabilidade primária para aquela prestação, deverá o juiz determinar a correção do polo passivo da lide, com observância dos critérios de repartição de competência administrativa, mesmo que isso ocasione a mudança da competência para processá-la e julgá-la em outro juízo.

Em contrapartida, tratando-se de casos envolvendo medicamentos não padronizados (não constante nas listas de medicamento de fornecimento obrigatório pelos entes), exige-se a presença da União no polo passivo do feito - encaminhamento que deve ser dado até mesmo de ofício, haja vista que a ela compete o financiamento do Sistema Único de Saúde.

De igual modo, tratando-se de demandas judiciais nas quais se postulam medicamentos não registrados na ANVISA, deverá necessariamente a União figurar no polo passivo da ação, conforme já consolidado em sede de repercussão geral, visto que a ela compete proceder ao registro:

[...] É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido [...] 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, 2019).

Assim, tendo ocorrido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista e havendo a distribuição da respectiva verba para sua aquisição e fornecimento, correto se mostra que o polo passivo de uma demanda deva ser ocupado pelo respectivo ente cuja atribuição lhe foi conferida no âmbito administrativo, devendo o juiz, a partir da fixação do Tema 793, conhecer e respeitar a repartição de competências na esfera administrativa e direcionar o cumprimento da determinação judicial ao ente responsável pelo fornecimento.

6 CONCLUSÃO

Levando em conta o atual cenário das demandas prestacionais de saúde e o aprimoramento do precedente que trata da responsabilidade solidária da União, Estado e Municípios, este trabalho objetivou analisar a legitimidade passiva nas ações de fornecimento de medicamentos sob o prisma da repartição de competência no âmbito administrativo e os reflexos da sua não observância.

Como visto, o Sistema Único de Saúde possui uma estruturação organizada e delineada de acordo com os princípios da descentralização, hierarquização e integralidade, com responsabilidades nitidamente repartidas entre os entes federados, cujo objetivo final é, justamente, assegurar o direito à saúde a todos de forma efetiva.

Constatou-se que diante da negativa administrativa de fornecimento o cidadão poderá postular judicialmente os medicamentos constantes nas listas elaboradas pelo Poder Público, e que o réu na demanda deverá ser o ente federativo (União, Estado ou Município) que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Se tratando de fármacos não padronizados ou não registrados na ANVISA, deverá haver a presença da União.

Do contrário, haverá a relocação das verbas inicialmente destinadas ao cumprimento das políticas públicas previstas no plano orçamentário, para o cumprimento de decisões judiciais que imputam o ônus, geralmente excessivo, de custear medicamentos que fogem da alçada do ente que não foi administrativamente

compelido a fornecer. Tem-se a concessão de privilégios a alguns litigantes em prejuízo da generalidade da sociedade, além dos demais impactos negativos causados, conforme amplamente exposto nos tópicos 4 e 5.

Verificou-se que inobstante o STF tenha mantido a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde, ressignificou a jurisprudência consolidada tornando ainda mais claro o dever do juiz em direcionar o cumprimento da obrigação de acordo com as atribuições de cada ente (Tema 793, no RE 855.178 com repercussão geral reconhecida).

Ou seja, ainda que se admita que o cidadão demande contra a União, Estado e Município, caberá ao juiz adequar o polo passivo e direcionar o cumprimento da determinação em observância à repartição de competências administrativas e financeiras, estabelecidas e pactuadas dentro do SUS.

Por fim, o estudo proposto e as conclusões obtidas revelam que a estruturação do Sistema Único de Saúde tem uma razão de ser que não pode ser desconsiderada pelo julgador e, corroborando com tal apontamento, tem-se o Tema 793, que torna ainda mais claro o dever de observância e as consequências advindas da ausência dela.

Ademais, o Poder Judiciário não pode redefinir as políticas públicas e tampouco se sobrepor às leis federais que norteiam o SUS. Ao contrário, deverá colaborar na construção de um sistema de saúde mais eficaz, racional e econômico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, Minas Gerais, a. 60, n. 188, p. 35-50, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório analítico propositivo. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Instituto de Ensino e Pesquisa. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em 13 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. **ABC do SUS**: doutrinas e princípios. Brasília: Ministério da Saúde, 1990. Disponível em: http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. **Portaria nº. 1.555, de 30 de julho de 2013**. Dispõe sobre as normas de financiamento e de execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1555_30_07_2013.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20normas%20de,%C3%A9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\)](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1555_30_07_2013.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20normas%20de,%C3%A9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS)). Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. **Portaria nº. 1.554, de 30 de julho de 2013**. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. **Portaria nº. 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Estabelece a Política Nacional de Medicamentos. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 855.178**. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 23 maio 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 657.718**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 maio 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 10 set. 2020.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**. 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14736-14737-1-PB.htm>. Acesso em 20 nov. 2019.

DIAS, Felipe Wagner de Lima; NASCIMENTO, Victor Macedo do. O consequencialismo e o artigo 20 da LINDB. **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/opiniao-consequencialismo-juridico-artigo-20-lindb#:~:text=No%20Brasil%2C%20o%20consequencialismo%20foi,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%ABablico%E2%80%9D>. Acesso em: 12 jul. 2020.

FREITAS, Cristina Leitão Teixeira de; SANTOS, Lenir; TERRAZAS Fernanda (Org.). **Judicialização da Saúde no Brasil**. 1. ed. Campinas: Saberes Editora, 2014.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, PENSE SUS. **Descentralização**. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/descentralizacao>. Acesso em: 20 nov. 2019.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; CARDOSO, Bruno Rambo. O direito fundamental à saúde e a legitimidade passiva dos entes federados nas demandas que visam ao fornecimento de medicamentos. **Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 13-64, jun. 2018. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/890>. Acesso em: 10 maio 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Discricionariedade da ANVISA e riscos do ativismo contra os medicamentos genéricos. **Revistas dos Tribunais**, n. 56, dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a00000174f5502b30f6a6eb4f&epos=10&spos=10&page=0&td=14&savedSearch=&searchFrom=&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em: 13 jul. 2020.

ORDACGY, André da Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 1, p. 16-35, 2009. Disponível em: https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:DxsBNg3gOGUJ:scholar.google.com/&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 15 dez. 2019.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, mar. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000300004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 ago. 2020.

PRETEL, Mariana. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos**. 2010. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>. Acesso em: 15 nov. 2019.

REIS, Bruna Pereira dos. **A ilegitimidade passiva da União nas ações de medicamentos**. 2014. (Monografia) - Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/6142/1/21009145%20Bruna%20Reis.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020.

RIBEIRO, Cláudia Rodrigues. **A Responsabilidade dos Entes Públicos no Fornecimento de Medicamentos e o Princípio da Reserva do Possível**. 2013. Artigo Científico (Pós-Graduação) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/ClaudiaRodriguesRibeiro.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. **Organização da atenção à saúde: é necessário reformular as estratégias nacionais de construção do "modelo do SUS"?**. 2004. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/2/docs/modelosus.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2020

SILVA JUNIOR, Erones Faustino da. **Direito à saúde e fornecimento de medicamentos pelo poder público**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34939/direito-a-saude-e-fornecimento-de-medicamentos-pelo-poder-publico>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Artigo recebido em: 23/10/2020

Artigo aceito em: 16/12/2020

Artigo publicado em: 31/08/2021