



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Rede de Inteligência e Inovação da 1ª Região

NOTA TÉCNICA n.º 02/2022

Brasília/DF, 26 de abril de 2022.

Assunto: Aplicação do Tema 793 de Repercussão Geral do STF e a questão da repartição de competências e ônus financeiro nas ações de saúde.

Relatores:

Juiz Federal Emmanuel Mascena de Medeiros (Vara Única/SSJUNI/SJMG)

Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (16ª Vara Cível/SJMG)

Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (21ª Vara Cível/Saúde/SJDF)

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO – II. PREMISSAS – III. PROPOSTA.

I. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a tese do tema de repercussão geral n. 793 nos seguintes termos:

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. (Julgamento em 23/05/2019)

Uma inovação relevante dessa tese foi a fixação da obrigação de o magistrado fixar o direcionamento do cumprimento e a eventual determinação de ressarcimento a quem suportar o ônus financeiro.

Boa parte da discussão, no julgamento que originou a fixação da tese, foi acerca da manutenção ou não do critério da solidariedade para as obrigações de saúde. Foi debatida a possibilidade de a solidariedade ser substituída pela subsidiariedade. Mas, ao final, acabou prevalecendo a solidariedade, como já cristalizado na jurisprudência do STF desde o julgamento da STA 175, em 2010. Houve também o reconhecimento da evolução da construção do SUS, com o aprimoramento da definição das competências, razão pela qual o Tribunal buscou avançar com a parte final da tese fixada.

Numa série de quatro reuniões, a Rede de Inteligência e Inovação da 1ª Região aprofundou o debate acerca da aplicação do referido tema 793. Houve a participação de magistrados federais da 1ª Região, da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria do Distrito Federal, dos Núcleos de Gestão de Precedentes do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, por fim, o Ministério da Saúde, representado pelo Ministro Marcelo Queiroga, debateu temas da judicialização da saúde com integrantes da Justiça Federal.

II. PREMISSAS

Ficou claro, a partir das reuniões, que o ônus financeiro das ações judiciais que concretizam o direito à saúde é uma questão que vem sendo amplamente discutida também no âmbito administrativo.

A Dra. Cristiane Curto, Advogada da União Diretora do Departamento de Serviço Público, abordou esse tema, denominando-o de ressarcimento interfederativo.

Mostrando a relevância de soluções que se deem fora dos processos judiciais, foi ressaltada a importância de melhor se regular esse tema, com participação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems), a fim de que os ajustes financeiros dos dispêndios com a judicialização da saúde sejam melhor equalizados. O papel das pactuações nas Comissões Intergestoras também foi bastante ressaltado, como foro adequado para a composição do possível reequilíbrio financeiro das despesas das ações de saúde.

Não menos importante, evitar a judicialização das demandas de saúde da sociedade foi um caminho também sublinhado para a construção da solução dos problemas de ressarcimento interfederativo.

Da apresentação do Dr. André Luiz Freitas, Advogado da União Coordenador regional de Saúde Pública na 1ª Região, destacamos, principalmente, os dados trazidos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Tais informações mostram não apenas uma crescente judicialização do tema da saúde, mas também que o total de ações que tramitam na Justiça

Federal é muito inferior ao número de ações que tramitam na Justiça Estadual. Grosso modo, tramitam na Justiça Federal pouco mais de 10% do número total de ações de saúde que tramitam na Justiça Estadual.

Tem havido reiteradas decisões na Justiça Estadual no sentido da existência de litisconsórcio passivo necessário em ações de saúde, com inclusão da União no polo passivo e determinação do encaminhamento dos autos para a Justiça Federal. Mas, fora do item 4 da tese do Tema 500, não há precedente vinculante do STF nesse sentido. Até porque a solidariedade, que foi o tema central do julgamento do Tema 793, não se amolda bem à ideia de formação de litisconsórcio passivo necessário.

Como se vê dos julgamentos do STF, como será mais adiante melhor tratado, a questão da responsabilidade pelo cumprimento e pelo ônus financeiro vem geralmente acompanhada da discussão acerca do litisconsórcio nas ações de saúde. Pela fundamentalidade dos direitos à vida e à saúde, deve-se facilitar o acesso à Justiça, não se impondo formação de litisconsórcio passivo necessário. A única exceção, já citada, é o item 4 da tese do Tema 500 (pedido de medicamento não registrado na ANVISA), caso em que haverá presença necessária da União no polo passivo.

É importante frisar que o encaminhamento em massa de ações da Justiça Estadual para a Justiça Federal pode acarretar grandes impactos, de ordem interna e externa.

Do ponto de vista do funcionamento da Justiça Federal, o acúmulo de processos tem potencial de gerar lentidão na marcha processual, com a sobrecarga das unidades jurisdicionais. Além disso, o só aumento do número de litisconsortes passivos no processo torna o processamento e julgamento menos célere, dificultando sobremaneira a obtenção da prestação que poderia ser alcançada diretamente contra apenas um dos obrigados solidários.

Mas ainda mais relevantes são os impactos externos, em razão da dificuldade de acesso à Justiça que essa medida pode causar. De início, destaca-se a ausência da Defensoria Pública da União fora das capitais e das grandes cidades do interior do país, o que implica em maior dificuldade de acesso à jurisdição federal por parte da população mais carente nos menores aglomerados populacionais.

Além disso, não se pode perder de vista que a Justiça Federal é muito menos capilarizada que a Justiça Estadual. Em muitos casos, haverá o afastamento geográfico significativo entre o jurisdicionado e o foro competente, dificultando a obtenção de informações, a realização de perícias, audiências e mesmo até distanciando o magistrado do conhecimento local que pode auxiliar na solução da lide.

Por mais que tenha havido avanços nos últimos 20 anos, é ainda bastante comum que o foro federal mais próximo fique a centenas de quilômetros de distância do

centro de vários municípios. São Gabriel da Cachoeira/AM, por exemplo, é uma cidade incluída na jurisdição de Manaus/AM, mesmo a distância em linha reta entre as duas sendo de mais de 860 km. A Justiça Estadual, por outro lado, possui comarca em São Gabriel da Cachoeira/AM.

Ainda sobre a apresentação do Dr. André, foi abordado o Parecer Referencial n. 00030/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, que tratou especificamente do ressarcimento interfederativo pelo fornecimento de medicamento/prestação de serviços de saúde. Como conclusão, este parecer apresentou as seguintes diretrizes:

- 1) A União é parte no processo e está obrigada a ressarcir por força de decisão judicial expressa: dever de ressarcir, mediante procedimento administrativo orientado pelos princípios do formalismo, da segurança jurídica e da publicidade. Necessidade de observar a disciplina orçamentária. Ulterior reequilíbrio, por meio da Comissão Intergestores.
- 2) A União é parte no processo mas não está judicialmente obrigada a ressarcir: pactuação consensual na Comissão Intergestores, com o fim de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do Sistema Único de Saúde.
- 3) A União é parte no processo e a ela foi imposta o custeio conjunto da obrigação: adimplemento da obrigação em expediente administrativo de contato e gestão com os demais coobrigados. Ulterior reequilíbrio, por meio da Comissão Intergestores.
- 4) A União não é parte no processo: impossibilidade de ressarcimento por força própria e apartado de regulamentação prévia. Pacto consensual na Comissão Intergestores, com a finalidade de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do Sistema Único de Saúde.
- 5) A União é credora: dever de cobrança do crédito. Pactuação consensual na Comissão Intergestores, com o fim de promover o reequilíbrio econômico financeiro do Sistema Único de Saúde, por meio de mecanismos de glosa dos repasses ordinários pela União.

As informações trazidas pela Advocacia-Geral da União evidenciam que já existe uma busca administrativa, já desde antes da decisão do STF no Tema 793, para que os ônus financeiros das ações de saúde sejam equitativamente divididos entre os entes federativos. Embora haja a necessidade de novas regulamentações, há empenho na construção de soluções que respeitem a divisão infraconstitucional das atribuições no SUS e que valorizem as pactuações internas entre os entes públicos envolvidos. É nesse sentido que vem sendo conduzida a análise dos requerimentos administrativos de ressarcimento já formulados no Ministério da Saúde.

No que se refere à atribuição material de cumprimento das determinações judiciais, ficou evidente a dificuldade para o direcionamento em desfavor da União. Tal se dá tanto em função da mais ampla rede de atendimento de outros entes federativos, em especial os Estados e o Distrito Federal, como em razão da quase impossibilidade de se alcançar recursos federais por meio do sistema Sisbajud, como ressaltado por vários juízes federais.

Nesse sentido, a Dra. Renata Melo, Procuradora do Distrito Federal, destacou que quase metade das ações tratam de medicamentos não padronizados, sendo que esse ônus tem sido assumido, não raramente, apenas pelo Distrito Federal. Nesses casos, já que não existem regras do SUS acerca desses medicamentos, é difícil o estabelecimento claro das responsabilidades.

Quando o medicamento está incluído na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), ficam mais simples as definições de responsabilidade de cumprimento e de financiamento, já que a própria relação estabelece obrigações classificando os medicamentos em grupos:

I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:

a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde, os quais são fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica;

II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

Se não houver registro na ANVISA, o STF já decidiu que a União deve integrar o polo passivo (item 4 da tese firmada no Tema 500 do STF). Não fica claro se daí pode-se inferir um ônus financeiro em desfavor da União em caso de condenação, mas ao menos no caso em que houver mora comprovada da agência reguladora parece bastante razoável uma fixação nesse sentido.

Ainda sobre as ações de medicamentos, muito recentemente parece ter se formado maioria no STF no sentido de reconhecer o litisconsórcio passivo da União para ações em que se pleiteia medicamentos não incorporados pelo SUS e medicamentos para uso off label.

Vejamos, por sua clareza, trecho de recente decisão monocrática do Min. Alexandre de Moraes, publicada em 01/04/2022:

Pela pertinência, cumpre fazer um breve registro acerca do que ficou assentado no recente julgamento conjunto realizado pela PRIMEIRA TURMA DO STF, em 22/3/2022, no qual se analisou o mérito das seguintes Reclamações: 49.890 e 50.414, de relatoria do Ilustre Min. DIAS TOFFOLI; bem como dois Embargos de Declaração e sete Agravos Regimentais envolvendo as Reclamações a seguir: Rcl 49909; 49919; 50726, 50715, 50866, 50481, 50907, 50649, 50458, todos de minha relatoria, sendo recorrente o ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, cujo foco é a questão da responsabilidade solidária dos entes federativos no fornecimento de medicamento ou tratamento médico aos necessitados.

Após profícuos debates acerca da aplicação da tese fixada no Tema 793 da repercussão geral, a qual foi ratificada no julgamento dos Embargos de Declaração opostos nesse paradigma, a TURMA, por maioria, assentou que a demanda pode ser proposta em face de qualquer dos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), isolada, ou conjuntamente; entretanto, deve-se atentar para as seguintes diretrizes:

a) tratando-se de medicamento não padronizado/incorporado no RENAME/SUS, a UNIÃO deve necessariamente compor o polo passivo da lide; assim, a competência para julgar a lide é da Justiça Federal;

b) no caso de medicamento padronizado no RENAME/SUS, porém cuja distribuição/financiamento está sob a responsabilidade exclusiva a UNIÃO, por exemplo, em razão dos altos custos dos medicamentos ou tratamentos oncológicos, a UNIÃO deve necessariamente compor o polo passivo da lide; assim, a competência para julgar a lide é da Justiça Federal;

c) medicamentos não registrados na ANVISA, devem ser postulados necessariamente em face da UNIÃO, consoante fixado no Tema 500 da repercussão geral; e

d) em todos os casos analisados, manteve-se a liminar deferida na origem a fim de preservar a saúde do paciente.

(RE 1373226/MG; Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 30/03/2022; Publicação: 01/04/2022)

Sabendo-se que o Min. Edson Fachin, componente da Segunda Turma, também defende a presença da União no polo passivo das ações tratando de medicamento não padronizado/incorporado no RENAME/SUS, nos termos do seu voto no julgamento dos embargos de declaração do RE 855.178, o indicativo é de que um próximo julgamento em Plenário tem potencial de cristalizar nova orientação.

Quanto aos procedimentos, a matéria é ainda mais complexa.

Basicamente, nos termos dos arts. 23 e 24 do Decreto n. 7.508/11, o financiamento das ações e serviços de saúde depende do que for pactuado nas Comissões Intergestoras. É difícilimo, portanto, o estabelecimento rápido e preciso da responsabilidade pelo cumprimento e pelo financiamento diretamente a um ente federativo.

Uma possível solução, para todos os casos ou apenas para esses em que as responsabilidades dependem da análise de uma gama de dispositivos infraconstitucionais, seria o diferimento das definições de dever de cumprimento e de ônus financeiro para a fase de cumprimento do julgado, como foi estabelecido no caso abaixo:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. FASE DE CUMPRIMENTO DO JULGADO. CONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A TESE VINCULANTE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (TEMA 793). JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. I No julgamento do RE 855.178/SE, com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente, esclarecendo, em sede de embargos de declaração, que 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. II Na espécie dos autos, o acórdão recorrido reconheceu a responsabilidade solidária dos entes federativos, em consonância com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo certo que o direcionamento da demanda ao ente competente pela execução da política pública pleiteada, nos termos das leis, decretos e resoluções que regem a matéria, bem como o ressarcimento do ente que suportou o ônus financeiro, são providências a ser adotadas na fase de cumprimento do julgado III - Em sendo assim, não cabe o exercício, na espécie, do juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, II, do CPC/2015, face à conformidade do acórdão recorrido com a tese vinculante do Supremo Tribunal Federal. IV - Juízo de retratação não exercido. Acórdão confirmado. (AC 0003971-06.2016.4.01.3803, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, PJe 25/02/2022)

O juiz coordenador do NugepNac STJ, Dr. Renato Castro, discorreu sobre as intrincadas questões processuais advindas da aplicação do Tema 793. Ressaltou-se a possibilidade de uma intervenção atípica daquele ente obrigado no cumprimento material ou no ressarcimento financeiro, bem como a necessidade de adaptabilidade procedimental. Em síntese, viu-se que as previsões processuais clássicas não se amoldam ao raciocínio desenvolvido pelo STF na fixação da tese do Tema 793.

Há recente precedente da Primeira Turma do STF em que o relator, Min. Alexandre de Moraes, expressamente anuiu com a possibilidade de o ressarcimento se dar em ação judicial própria ou administrativamente:

Por certo que há possibilidade de o ente político que tiver de cumprir o comando sentencial pleitear, em ação judicial própria ou na esfera administrativa, o ressarcimento em face daquele que, primordialmente, no seu entender, e em conformidade com a repartição de competências do Sistema Único de Saúde, seria o responsável pela disponibilização do tratamento/medicamento pleiteado, com o que se observarão, rigorosamente, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, oportunizando-se, assim, ampla discussão que se recomenda à análise de matéria que, a depender do caso, pode apresentar certa complexidade.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.338.906 RIO GRANDE DO SUL (Primeira Turma - Publicação 03/03/2022)

Dessa forma, se o ente federativo não estiver no polo passivo da ação é defensável, como visto inclusive no precedente do STF acima apresentado (AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.338.906), que o ente cumpridor da obrigação imposta judicialmente postule, posteriormente, judicial ou administrativamente, o reembolso contra quem seja o responsável conforme as normas que organizam o sistema de saúde.

Essa postura hermenêutica está em linha, inclusive, com a perspectiva que vem sendo adotada pelo Ministério da Saúde e pela Advocacia-Geral da União. A construção de soluções administrativas e conciliatórias é o caminho mais ágil e racional para se alcançar o equilíbrio econômico, conforme as competências do SUS, entre os entes federativos.

A tese do Tema 793 objetiva conferir segurança na aplicação do ordenamento, mas as novas interpretações surgidas de sua leitura fazem nascer inéditas questões que precisam aguardar o amadurecimento da jurisprudência do STF sobre o problema, não sendo possível, no presente momento, informar uma direção única que possa ser seguida por todos os magistrados.

Mas em que pese a incerteza ainda presente, o cenário interinstitucional é amplamente construtivo. Há uma visão compartilhada de que as deliberações judiciais, da forma como têm se dado, podem trazer irracionalidade ao sistema. Por conta disso, a concepção de soluções que incorporem uma perspectiva conciliatória e sistêmica, seja para o cumprimento das determinações ou para o equilíbrio financeiro dos entes federativos, deve ser buscada em todas as instâncias judiciais e administrativas.

III. PROPOSTA

Ante o exposto, a Rede de Inteligência e Inovação da 1ª Região propõe, em especial com vistas a fortalecer tratativas que construam soluções administrativas dentro do Sistema Único de Saúde, o encaminhamento desta Nota Técnica:

- a) à Comissão de Jurisprudência e Gestão de Precedentes, para divulgação de seu conteúdo aos eminentes Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e aos Juízos Cíveis de primeira instância da 1ª Região;
- b) ao Centro de Inteligência do Poder Judiciário, vinculado ao CNJ, haja vista as importantes repercussões econômicas, sociais e jurídicas dos temas debatidos, nos termos da Resolução n. 349/2020 do CNJ (art. 2º, inc. III);
- c) ao Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, em razão do grande impacto estrutural que a matéria discutida nesta nota tem na jurisdição federal;
- d) ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep) do STF, por conta da centralidade que a jurisprudência da Corte Suprema tem na fixação do tema e na construção de soluções;

e) ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas (NugepNac) do STJ, em função do papel central que a referida Corte Superior possui em matéria de ações envolvendo o direito à saúde.