

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 166

23/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. EDSON FACHIN
EMBTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO.(A/S)	: MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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 resarcimento 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.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 166

RE 855178 ED / SE

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 resarcimento 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.

Brasília, 23 de maio de 2019.

Ministro EDSON FACHIN

Redator para o acórdão

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 166

05/08/2015

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
EMBTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO.(A/S)	: MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO em face de decisão tomada pelo Plenário desta Corte, em deliberação virtual, reafirmando jurisprudência da Casa, nos seguintes termos:

"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."

Sustenta a embargante, em síntese:

"Na hipótese dos autos, a despeito de se ter reafirmado a jurisprudência supostamente dominante sobre a matéria, restaram vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio, não tendo se manifestado a Ministra Cármem Lúcia.

Ou seja, a clara existência de duas correntes distintas – uma pela reafirmação da jurisprudência dominante e outra se limitando a reconhecer a repercussão geral – por si só justificaria o uso da

RE 855178 ED / SE

faculdade de se discutir o tema em reunião presencial do Plenário, o que também possibilitará um maior debate acerca das diversas nuances e peculiaridades do tema.

Nesse cenário, considerando a existência de divergência de entendimento no âmbito desta Corte sobre o tema dos autos e, ainda, a sua relevância e complexidade, a análise pelo Plenário presencial revela-se indispensável. Conforme será demonstrado nos tópicos seguintes, há diversas nuances do tema da responsabilidade solidária que não foram debatidas por essa Corte nos precedentes que deram origem à jurisprudência ora reafirmada.” (fl. 5 do doc. 8).

Argumenta, ainda, que o presente recurso foi vinculado à Controvérsia nº 50, que versa sobre a responsabilidade da União de fornecer medicamentos diretamente à população, em face da norma constitucional que garante a descentralização dos serviços públicos de saúde.

Por fim, aduz que “*a questão ora discutida também se relaciona com outras questões pendentes de apreciação definitiva por essa Suprema Corte*” (fl. 10 – doc. 8).

É o relatório.

05/08/2015

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral, Senhores Advogados, trata-se de embargos de declaração contra acórdão proferido pelo Plenário Virtual desta Corte em sede de repercussão geral, que assentou a tese de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, motivo pelo qual pode figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente.

A controvérsia existente nestes autos foi submetida ao regime da repercussão geral com a seguinte ementa:

"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."

Não merecem acolhida as pretensões da embargante.

Noticiam os autos que a autora ingressou com esta ação visando à obtenção da medicação de nome BOSENTANA (TRACLEER 62,5mg / 125mg), tendo logrado êxito já em sede de antecipação de tutela deferida em audiência realizada em 19/10/2009, que determinou a aquisição do medicamento pelo Estado de Sergipe e o cofinanciamento do valor pela União, em percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento). O

RE 855178 ED / SE

Estado de Sergipe, em cumprimento à referida decisão, procedeu à entrega do medicamento em 23/11/2009, por intermédio de sua Secretaria de Saúde. O Juízo *a quo* ratificou a tutela antecipatória na sentença e, aproximadamente dois meses após, sobreveio o falecimento da autora, o que provocou a cessação da obrigação de fazer. Contudo, persistiu o inconformismo da União quanto à ordem de resarcimento parcial do custeio do medicamento ao Estado de Sergipe.

Assim, o tema central, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa presente no recurso ora apreciado, diz respeito, em síntese, à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e à alegação de ilegitimidade passiva da União. Portanto, não existe qualquer relação entre a questão posta nos autos e a Controvérsia nº 50, que versa a respeito da responsabilidade da União de fornecer medicamentos diretamente à população, em face da norma constitucional que garante a descentralização dos serviços públicos de saúde.

Demais disso, pontuo que não prospera o argumento da parte recorrente no sentido de que a matéria discutida nos autos guarda identidade com os Temas nº 6 (RE 566.471-RG), nº 262 (RE 605.533-RG) e nº 289 (RE 607.582-RG), uma vez que a matéria tratada nos paradigmas mencionados não gira em torno da responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde.

A matéria de fundo destes autos não carece de maiores ilações, máxime porque a jurisprudência desta Corte está pacificada 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.

A título de reforço argumentativo, trago à colação trecho do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Celso de Mello no julgamento do ARE

RE 855178 ED / SE

825.641-ED, Segunda Turma, DJe de 6/10/2014:

"Conheço, preliminarmente, dos presentes embargos de declaração como recurso de agravo (RTJ 145/664 – RTJ 153/834 – AI 243.159-ED/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – AI 243.832-ED/MG, Rel. Min. MOREIRA ALVES – Rcl 4.395-ED/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, v.g.).

E, ao fazê-lo, reconheço não assistir razão à parte ora recorrente, eis que, no tocante à discussão sobre a responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado Federal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que torna inacolhível a pretensão deduzida pela parte ora recorrente:

'Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.' (SS 3.355-AgR/RN, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno – grifei)

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.' (RE 816.212-AgR/RN, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – grifei)

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES

RE 855178 ED / SE

FEDERADOS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL.

1. 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. Precedentes: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014, e ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Terol Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014. (...).' (ARE 799.024-AgR/MG, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

'Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Solidariedade entre os entes federativos. Precedentes.

1. Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado na Corte, responsabilidade solidária entre os entes da Federação.

2. Agravo regimental não provido.' (RE 756.149-AgR/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões – proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame – têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes (AI 732.582/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 586.995-AgR/MG, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – RE 607.381-AgR/SC, Rel. Min. LUIZ FUX – RE 607.385-AgR/SC, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – RE 626.382-AgR/RS, Rel. Min. ROSA WEBER – RE 641.916-AgR/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, v.g.):

'AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL.
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.
LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO

RE 855178 ED / SE

GRANDE DO SUL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE.
AGRAVO IMPROVIDO.

I – *O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária.*

II – *Ao contrário do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio.*

III – *Agravo regimental improvido.' (AI 817.938-AgR/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)*

Isso significa, portanto, tratando-se de situação configuradora de responsabilidade solidária das pessoas políticas que compõem a estrutura institucional do Estado Federal brasileiro, que, em matéria de implementação de ações e serviços de saúde, existe verdadeiro dever constitucional 'in solidum', que confere ao credor, que é o cidadão, o direito de exigir e de receber de um, de alguns ou de todos os devedores (os entes estatais, na espécie) a obrigação que lhes é comum." (Grifos no original).

Em abono ao entendimento supraespostado, colaciono alguns precedentes colegiados relatados pelo Min. Ricardo Lewandowski: SL 815 – AgR/SP, Tribunal Pleno, j. Em 7/8/2015; RE 820.910 – AgR/CE, Segunda Turma, j. em 26/8/2014. Citam-se, também, decisões monocráticas: ARE 819.516, j. em 7/7/2014; RE 784.114/SP, j. em 27/6/2014m entre inúmeros exemplos.

Aludimos, também, a precedentes colegiados relatados pelo Min. Celso de Mello: ARE 727.864 – AgR/PR, Segunda Turma, j. em 4/11/2014; ARE 825.641 – ED/RS, Segunda Turma, j. em 16/9/2014; ARE 812.424 – AgR/PI, Segunda Turma, j. em 5/8/2014; ARE 799.400 – ED/RS, Segunda Turma, j. em 24/6/2014, para não esgotar os exemplos. Há, também,

RE 855178 ED / SE

decisões monocráticas: ARE 869.518/RS, j. em 20/4/2015; RE 812.205/CE, j. em 6/4/2015; AI 861.737 – AgR/RS, j. em 6/4/2015, entre inúmeras outras.

Referimos precedentes colegiados relatados pelo Min. Gilmar Mendes: SL 47 – AgR/PE, Tribunal Pleno, j. em 17/3/2010; STA 175 – AgR/CE, Tribunal Pleno, j. em 17/3/2010. Referimos algumas decisões monocráticas de Sua Excelência: ARE 848.036/RJ, j. em 13/2/2015; ARE 864.411/RS, j. em 11/2/2015; ARE 805.380/RS, j. em 3/12/2014, entre outros.

Mencionamos precedentes colegiados relatados pelo Min. Dias Toffoli; RE 818.572 – AgR/CE, Primeira Turma, j. em 2/9/2014; RE 756.149 – AgR/RS, Primeira Turma, j. em 17/12/2013; RE 575.179 – AgR/ES, Primeira Turma, j. em 26/2/2013. Há, também, decisões monocráticas: ARE 893.924/PE, j. em 16/6/2015; ARE 832.638/RJ, j. em 2/6/2015; RE 814.930/PE, j. Em 29/5/2015.

Citamos precedentes colegiados relatados pelo Min. Luiz Fux: RE 792.376-ED, Primeira Turma, j. em 26/5/2015; RE 717.290-AgR/RS, Primeira Turma, j. em 18//2014; RE 607.381-AgR/SC, Primeira Turma, j. em 31/5/2011. Eis algumas decisões monocráticas: ARE 859.528/RJ, j. em 24/4/2015; Re 864.947/RS, j. em 24/2/2015; AI 861.756/BA, j. Em 15/12/2014.

Aludimos a alguns precedentes colegiados relatados pela Min. Rosa Weber: RE 626.382-AgR/RS, Primeira Turma, j. em 27/8/2013; ARE 738.729-AgR/RS, Primeira Turma, j. em 25/6/2013; RE 627.411-AgR/SE, Primeira Turma, j. em 18/9/2012. Mencionamos algumas decisões monocráticas: RE 891.624/PE, j. em 28/5/2015; RE 882.513/PE, j. em 27/4/2015; ARE 878.057/MG, j. Em 7/4/2015.

Ressalte-se que o Ministro Marco Aurélio capitaneou a divergência, não por rejeitar a tese de responsabilidade solidária dos entes federativos, mas por ter se limitado a admitir a existência de repercussão geral. Aliás, Sua Excelência, em decisões monocráticas, vem reafirmando a

RE 855178 ED / SE

responsabilidade do Estado, enquanto gênero, pelas prestações de saúde (ARE 842.763/RJ, j. em 23/10/2014, DJe de 29/10/2014; RE 811.071/RN, j. em 20/5/2014, DJe de 26/5/2014, entre outros).

O Ministro Roberto Barroso, que acompanhou a divergência capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio, também guarda julgados no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos pelas prestações de saúde (RE 831.385-AgR/RS, Primeira Turma, j. em 17/3/2015; AI 810.864-AgR/RS, Primeira Turma, j. em 18/11/2014; AI 822.882-AgR/MG, Primeira Turma, j. em 10/6/2014; ARE 878.948/SP, decisão monocrática de 24/4/2015).

Da mesma forma, o Ministro Teori Zavascki: ARE 859.350-AgR/SC, Segunda Turma, j. em 14/4/2015; ARE 814.878-AgR/PE, Segunda Turma, j. em 17/3/2015; Are 803.281-AgR/RS, Segunda Turma, j. em 16/9/2014; ARE 829.230/MG, decisão monocrática de 11/2/2015; RE 853.844/PE, decisão monocrática de 1/12/2014.

A Ministra Cármem Lúcia, que não se manifestou, vem sustentando, em julgamentos colegiados, como Relatora, a responsabilidade solidária dos entes federativos para prestações de saúde (RE 810.603-AgR/RN, Rel. Min. Cármem Lúcia, Segunda Turma, j. em 19/8/2014; ARE 802.085-ED/RS, Rel. Min. Cármem Lúcia, Segunda Turma, j. em 0/6/2015; ARE 890.574/MG, j. em 5/6/2015, DJe de 16/6/2015; RE 889.950/MT, j. em 5/6/2015, DJe 18/6/2015, entre outros).

Há, também, precedentes unânimes do Tribunal Pleno que afirmam a responsabilidade solidária dos entes federativos para prestações de saúde: SL 815-AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 7/5/2015; SS 3.355-AgR/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17/3/2010; STA 175-AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17/3/2010; SL 47-AgR/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17/3/2010.

RE 855178 ED / SE

Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição ou omissão, consoante dispõe o artigo 535 do CPC. No caso concreto, não se constata nenhuma das hipóteses ensejadoras dos embargos de declaração, eis que a decisão embargada apreciou as questões suscitadas no recurso extraordinário, em perfeita consonância com jurisprudência pertinente, por isso não há se cogitar do cabimento da oposição destes embargos declaratórios.

A existência de divergência na reafirmação da jurisprudência no plenário virtual não é causa suficiente a ensejar os embargos de declaração e, muito menos, a obrigatoriedade de discutir o tema em reunião presencial do Plenário.

Assevere-se, por fim, que os restritos limites dos embargos de declaração não permitem rejulgamento da causa. Ademais, o efeito modificativo pretendido somente é possível em casos excepcionais e uma vez comprovada a obscuridade, contradição ou omissão do julgado, o que não se aplica ao caso *sub examine* pelas razões acima delineadas.

Nesse sentido, confirmam-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados da Suprema Corte, *verbis*:

"EMBARGOS DECLARATÓRIOS INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DESPROVIMENTO. Uma vez voltados os embargos declaratórios ao simples rejulgamento de certa matéria e inexistente no acórdão proferido qualquer dos vícios que os respaldam omissão, contradição e obscuridade , impõe-se o desprovimento." (AI 799.509-AgR-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 8/9/2011).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS .

- Os embargos de declaração destinam-se, precípuamente, a

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 166

RE 855178 ED / SE

desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem no acórdão proferido pelo Tribunal. A inocorrência dos pressupostos de embargabilidade, a que se refere o art. 535 do CPC, autoriza a rejeição dos embargos de declaração, por incabíveis.” (RE 591.260-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 9/9/2011).

Ex positis, DESPROVEJO os embargos de declaração.

É como voto.

05/08/2015

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Fux, existe precedente de embargos de declaração contra decisão do plenário virtual?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto é a primeira vez que vamos apreciar isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu acho que é cabível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto acho que a primeira questão é uma de cabimento e se a discussão deve ser em Plenário físico ou se deve ser levada a plenário virtual.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, não. A questão é um pouco diferente. A questão é se cabem os embargos de declaração, isso é uma questão de admissibilidade. Agora, o mérito...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso. Eu preciso dizer que, eu, no mérito, nessa repercussão geral, até votei de modo divergente. Eu tenho uma posição contrária à solidariedade, mas não é disso que se trata aqui.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Sim. Também se trata.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A maioria reafirmou a jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, reafirmou a jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Contra a minha posição, mas reafirmou.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Então, o que eu entendo que é incabível é que um placar díspar, no plenário virtual, mas sufragada a reafirmação da jurisprudência por maioria, não pode levar a

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 166

RE 855178 ED / SE

que se tenha que julgar o processo no plenário real, porque senão acabamos com o plenário virtual.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu concordo plenamente, mas a questão que eu coloquei é que, como é a primeira vez que nós estamos tratando de embargos de declaração...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Estabelecer essa premissa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que a gente tem que estabelecer que cabem, então, embargos de declaração para o plenário físico de decisão do plenário virtual. É isso que a maioria acha?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu entendo cabível, admissível os embargos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu entendo que cabem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ter-se-á uma limitação. Creio que não admitiríamos o cabimento dos embargos declaratórios se decidido apenas o incidente alusivo à repercussão geral. É que houve o julgamento de fundo do recurso extraordinário. Por isso os declaratórios são adequados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas essa é uma observação que considero relevante. É porque aqui, e o Ministro Marco Aurélio tem razão, quer dizer, ao reafirmar a jurisprudência, nós julgamos o caso. Portanto a hipótese é diferente, Vossa Excelência tem toda a razão. Porque senão vai começar a haver embargos de declaração...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Conflito de interesses.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu entendo que o caso é relevante e seria interessante trazê-lo ao Plenário físico; acolher esses embargos para submeter a julgamento essa reafirmação ou não de jurisprudência no Plenário físico. O tema é muito relevante.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É isso que eu sou contra. Sou absolutamente contra isso. Isso inviabiliza o plenário virtual. Então, toda vez que houver uma divergência no plenário virtual nós

RE 855178 ED / SE

vamos ter que trazer o processo?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, não é com essa premissa automática. É que, neste caso específico, eu mesmo acompanhei Vossa Excelência no Plenário virtual. Hoje, eu talvez tivesse uma compreensão distinta, com os elementos que me chegaram, com os dados trazidos pela Advocacia-Geral da União, pelos Estados, por Municípios, os quais indicam que já há um sistema de distribuição de competências para esses tratamentos e esses medicamentos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O pensamento, a convicção do ministro Dias Toffoli é a minha. Continuo a entender que já foi um passo largo admitir-se a deliberação sobre a repercussão geral no Plenário denominado Virtual. Mas não concebo...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Na sessão administrativa, eu e Vossa Excelência votamos contra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Exato. Mas não concebo, Presidente, que, nesse Plenário, em que não há troca de ideias entre os integrantes do Tribunal, ocorra o julgamento de fundo do recurso, sob o pretexto de que se estaria, simplesmente, a confirmar a jurisprudência. Como se pode confirmar a jurisprudência, também é possível concluir de forma diversa. E já vimos que o próprio ministro Luís Roberto Barroso, quanto à matéria de fundo, ou seja, a solidariedade, tem certas dúvidas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas eu perdi. Eu votei pela não reafirmação da jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Não, Senhor Presidente, a questão formal é importante. A questão formal é importante.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu acho também.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Saber se uma votação que não é unânime no plenário virtual importa no julgamento da causa no plenário real.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – E, aí, eu

RE 855178 ED / SE

penso que não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Isso inviabiliza o Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Há uma questão prévia, que é definir-se se podemos, no Plenário Virtual, mediante construção jurisprudencial, julgar conflito de interesse, quando foi imaginado apenas para apreciar o incidente alusivo à configuração, ou não, da repercussão geral.

Entendo que não se pode julgar o fundo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Agora, Ministro Marco Aurélio, qual é a diferença do julgamento monocrático do Relator, quando ele julga um recurso manifestamente improcedente?

O recurso manifestamente improcedente é decisão de mérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Cabível é o agravo regimental para o Colegiado físico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É por que eu acho que nós estamos discutindo, aqui, coisas diferentes. Quer dizer, o Ministro Marco Aurélio tem uma posição divergente quanto a própria possibilidade de reafirmação da jurisprudência. Esta é uma matéria vencida, em que Sua Excelência está reiterando o seu ponto de vista com toda a razão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A premissa é única. Como se pode reafirmar a jurisprudência, também se pode concluir em sentido diverso. É um julgamento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A minha questão é como nós vamos lidar, Ministro Fux, com embargos de declaração contra decisões do plenário virtual.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Saber se são admissíveis ou não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que há um certo consenso de que se o plenário virtual tiver puramente reconhecida a relevância da questão para trazê-la a plenário físico, não cabe.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 166

RE 855178 ED / SE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Cabe recurso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não cabe.
Ponto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não cabe recurso,
nem o de embargos declaratórios.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Agora, temos uma situação diversa. É que quando o plenário virtual reafirmou a jurisprudência, vêm embargos de declaração. Eu manifestei duvidas sobre o cabimento. O Ministro Marco Aurélio fez uma observação, que considerei relevante, de que quando nós reafirmamos a jurisprudência, na verdade, nós estamos julgando. E se nós estamos julgando, aí, eu penso que devam caber embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E cabem.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Cabendo embargos de declaração, surge a questão de saber: vamos discuti-los em plenário virtual ou vamos trazê-lo para o plenário físico?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não. Vamos trazê-lo para o plenário físico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, cabem embargos de declaração de decisão de reafirmação de jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu estou trazendo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, pronto. Então estabelecemos uma regra que eu acho importante que o público saiba, que os advogados saibam.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Excelência, veja o descompasso. A um só tempo, admitimos que podemos julgar o principal, que é o recurso no Plenário Virtual; e não podemos julgar, nesse mesmo Plenário – e entendo que não podemos julgar os dois –, os declaratórios. É interessante!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Primeiramente, é preciso saber se - e este é o argumento

RE 855178 ED / SE

fundamental, inclusive enunciado pelo Ministro Fux – se cabe embargos de declaração sob o simples e mero argumento de que o acórdão recorrido foi tomado por maioria de votos no plenário virtual.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não! Só se houver obscuridade, contradição, omissão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Esse é um argumento...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Esse argumento está afastado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Isso inviabiliza o Supremo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente. Então, o cabimento dos embargos sob esse argumento, me parece que realmente há de ser excluído.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, embargos em que houver obscuridade ou omissão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Agora, se a Corte entender, por razões de conveniência e oportunidade, de trazer excepcionalmente, e até de ofício, este caso para ser reappreciado, eu acho que nós podemos fazê-lo. Mas, até negando provimento, rejeitamos os embargos sob esse fundamento. Por que, senão nós corremos o risco de qualquer decisão não unânime no plenário virtual ser atacada mediante embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência tem toda a razão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Agora, um aspecto que é importante também para nós, digamos assim, atendermos a preocupação manifestada nos embargos de declaração e, ao mesmo tempo, não cometermos a incoerência em relação à jurisprudência do Supremo, que orienta o Brasil inteiro, eu arrolei mais de cinquenta recentes casos em que se afirma essa jurisprudência da responsabilidade

RE 855178 ED / SE

solidária. Como há um ato normativo superveniente, o que a União pleiteia é que se acresça caráter explicitativo, sem caráter infringente, que essa responsabilidade solidária se dará nos termos da lei, porque há um ato normativo que regula essa responsabilidade solidária. Nós só discutimos a responsabilidade solidária estabelecida na Constituição Federal, que é a nossa função, ficar adstrito a isso. Agora, esse *plus*, que não é infringente, segundo a União, atende aos interesses do Ministério da Saúde.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, essa matéria é alusiva ao exame do recurso extraordinário. E, de duas, uma: ou assenta-se que não prevalece o que decidido no Plenário Virtual em termos de apreciação desse recurso, acolhendo inclusive a proposta formulada por Vossa Excelência, se for o caso, ou então não se adentra o tema de fundo, porque já houve o julgamento no Plenário Virtual.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, então, vou aderir a essa...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro, tenho uma dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Continuo convencido, Presidente, de que recurso – para evitar inclusive o que ocorreu nesse caso, porque se pressupõe que confirmação de jurisprudência seja a uma única voz – não pode ser julgado no Plenário Virtual. Continuo convencido.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, tenho em mãos dois precedentes de admissão de embargos de declaração apreciados no Plenário físico, diante de decisões proferidas no Plenário virtual: no RE nº 596.542, Relator Vossa Excelência, Ministro **Ricardo Lewandowski**, Presidente, os embargos foram rejeitados; no ARE nº 721.001-RG-ED, do Rio de Janeiro, da relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, os embargos foram acolhidos. **Vide** sua ementa:

"Embargos de declaração em repercussão geral em recurso extraordinário com agravo. Configuração de erro material.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 166

RE 855178 ED / SE

Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo para tão somente permitir o processamento do recurso extraordinário."

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu tenho esse dado aqui, é o ARE 721.001. Vejam Vossas Excelências que o argumento naquele caso foi erro material. Portanto, é matéria de embargos de declaração, mas dizer que a votação não foi unânime, e isso ser motivo para...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, isso não acolho. Eu gostaria de adiantar o voto, se os colegas me permitem.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, deixe-me dizer só um detalhe. Quero apenas esclarecer, Senhor Presidente, que, além de todos os julgados que arrolei, arrolei julgados do tribunal pleno; não arrolei julgados de vozes isoladas. Arrolei precedentes unâimes do Tribunal Pleno que afirmam essa responsabilidade solidária.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, eu só queria colocar a posição dessa Presidência. Não me insurjo contra a reapreciação da matéria, se esse for o entendimento do plenário, porque a matéria é realmente séria e acarreta ônus para os entes federados.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Está colocada a questão da complexidade do feito lá nos embargos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas entendo que o instrumento utilizado, e sobretudo a argumentação utilizada, como disse o Ministro Fux, inviabilizam o plenário virtual.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu gostaria de entender, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Quero saber se o embargante invocou o fato de não ter sido unânime ou se

RE 855178 ED / SE

invocou a existência de omissão. Se ele invocou omissão, a hipótese é de embargos de declaração; se ele invocou a divergência, estou de acordo com o Presidente. A existência de voto divergente não é fundamento para embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tem razão o eminente Ministro ROBERTO BARROSO, **pois a existência de voto divergente não se qualifica como pressuposto de embargabilidade, tratando-se de embargos de declaração, especialmente se considerarmos o que dispõe o art. 1.022 do Código de Processo Civil.**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Leio um trecho aqui. Tentei sintetizar, Senhor Presidente.

"(...) Sustenta a embargante que, na hipótese dos autos, a despeito de ter reafirmado a jurisprudência supostamente dominante sobre a matéria, restarão vencidos os ministros Barroso, Marco Aurélio e Teori Zavascki, não tendo se manifestado a ministra Cármem Lúcia (...)".

Então, houve uma omissão e pontos de vista vencidos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Três divergências.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ou seja, há clara existência de duas correntes distintas de pensamento sobre o tema. Então, a minha preocupação é que essa tese, ela...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso não é fundamento para embargos de declaração. Concordo com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, não. Não é que seja fundamento para embargos de declaração. Acho que isso inviabiliza o plenário, porque, toda vez que houver divergência no plenário virtual, vamos ter que trazer o julgamento para o plenário real do recurso extraordinário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Uma questão: divergência não é fundamento para embargos de declaração; é

RE 855178 ED / SE

preciso que haja uma omissão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas esse fundamento não é fundamento...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sob esse ângulo, seria transformar os declaratórios em infringentes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ele está concordando com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Estou concordando; estou acompanhando-o.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Estou entendendo. Agora, com relação à questão de mérito, aí a parte reaviva algumas questões...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Que não cabe, se entender-se que o pronunciamento ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se entrar no mérito, o Ministro Marco Aurélio e eu até pensamos divergentemente. A questão é saber se se pode chegar ao mérito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu acho que não se pode chegar ao mérito.

Se efetivamente o acréscimo dessa expressão "na forma da lei" representa uma apreciação de mérito, a minha proposta é de negar provimento aos embargos, porque não há nenhum defeito, nenhum vício.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Os pressuposto de embargabilidade são omissão, contradição e obscuridade. Se, realmente, a União, que é embargante, no caso, levantou um desses três pressupostos, acho que ele tem que ser examinado, o embargo, e eventualmente provido.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 166

05/08/2015

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REDATOR DO	: MIN. EDSON FACHIN
ACÓRDÃO	
EMBTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO.(A/S)	: MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VISTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, pedirei vista, com a devida vénia dos Colegas.

Gostaria de antecipar que, do exame que fiz, a primeira tese, e nisso expresso inteira concordância, se acatada a primeira tese pela divergência no plenário virtual, nós evidentemente estaríamos quebrando a higidez do plenário virtual. Mas há uma segunda tese, que é da embargabilidade da decisão, e estão suscitadas hipoteticamente omissão e obscuridade.

Eu gostaria de examinar essa matéria com mais vagar. Estou pedindo vista, se assim puder ser.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 25 de 166

05/08/2015

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, antes de dar a palavra à Ministra Rosa, só para concluir, eu verifico que o Plenário - porque isso é uma questão institucional, quer dizer, não diz respeito ao voto, não estou disputando aqui ponto de vista, é uma questão institucional -, então, parece que ficou assente que não cabem embargos de declaração, no afã de trazer o recurso extraordinário, para julgar no pleno real, se houver divergência no plenário virtual. Acho que, quanto a isso, não houve discussão.

Então, vamos ficar para essa segunda parte ...

05/08/2015

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, em função do pedido de vista do Ministro Fachin, para Sua Excelência atentar, a compreensão que fiquei é que se invocou omissão, ou o argumento de que é omissão - é invocação -, e a aplicação, a mera reafirmação da jurisprudência do Supremo não solucionaria todas as questões em debate no processo. Essa é a alegação. Se ela vai se confirmar ou não, é outra coisa. E aí o exame do Ministro Fachin...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A União acrescenta “ter restado inconclusivo o julgamento do *leading case* sob responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde”. Então, na realidade, salvo melhor juízo, ela está se insurgindo contra a discussão e o resultado do julgamento do *leading case*; quer dizer, não deste caso em si.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E o Ministro Fux disse que há 50 precedentes.

05/08/2015

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA – Gostaria apenas de fazer referência rápida, por ser essa discussão importante, parece-me portanto, muito bem-vindo o pedido de vista do eminente Ministro Fachin, mas gostaria apenas lembrar que essa matéria está tratada pelo novo Código de Processo Civil, determinando-se, no art. 945 do Código, expressamente, que as partes sem motivação poderão pedir o julgamento presencial, quando não houver sustentação oral; claro que é um Código de Processo Civil a entrar em vigor.

Apenas para lembrar que essa nossa discussão é importante para o que vem pela frente. Vamos saber o que está por aí, o que está vindo, pois é expresso o art. 945 - "o plenário virtual ..." -, com seus parágrafos; sei que há isso. Se houver discordância - o Ministro Fux talvez me ajude -, porém, se houver discordância do que decidido, as partes poderão - porque será dada ciência pelo Diário Oficial eletrônico - pedir, havendo discordância, e sem motivação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Acho que vamos ter que duplicar os Membros do Supremo Tribunal Federal.

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA - Por isso acho muito adequado e bem vindo o pedido de vista.

05/08/2015

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, eu também gostaria de salientar a importância desse caso, não pelo cabimento ou não dos embargos declaratórios em face da divergência, mas em função dessa observação que fez a Ministra Rosa, quanto a alguns aspectos que talvez não tenham sido enfocados no plenário virtual. Vou dizer por quê: todos os precedentes do Supremo, ou os precedentes do Supremo sobre a questão da solidariedade, foram formados num período anterior ao advento da legislação que organizou o Sistema Único de Saúde e foram repetidos nesse tempo. De modo que votei contra a reafirmação da jurisprudência, justamente porque veio lei posterior e distribuiu responsabilidades. Eu não sei se a reafirmação pura e simples da jurisprudência do Supremo, tal como formada antes dessa lei, não importaria a necessidade de se declarar a constitucionalidade de alguns dispositivos de lei superveniente. Então, eu acho que essa omissão é relevante. Estou falando isso porque o Ministro Joaquim pediu vista, e a Ministra Rosa acha que observou bem isso. Vejo que o Ministro Toffoli também.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu acataria os embargos para trazer o caso ao Plenário.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu acho essa questão importante. Talvez, no plenário virtual, devamos ser um pouco magnânimos com o cabimento de embargos declaratórios, porque nem sempre é possível enfocar todas as questões.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quem sabe vir a declarar a constitucionalidade de lei no Plenário Virtual!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E o mais importante, nós vamos ter que julgar, mas tomando conhecimento, eventualmente depois do julgamento, de possíveis leis ulteriores que venham a infirmar aquilo que nós julgamos. Nós temos que julgar de

RE 855178 ED / SE

acordo com o direito objetivo vigente na data do julgamento. Se veio uma lei posterior e modificou, o máximo - vamos dizer assim - de política judicial que poderíamos adotar seria, nos embargos de declaração, a responsabilidade solidária na forma da lei, como pede a União.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Continuo sem entender por que, diante de reiteradas decisões do Supremo, insere-se recurso, que contraria esse pronunciamento, no Plenário Virtual. Não entendo.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 166

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

EMBTE. (S) : UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMBDO. (A/S) : MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que rejeitava os embargos de declaração, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármem Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 166

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

EMBTE. (S) : UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMBDO. (A/S) : MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que rejeitava os embargos de declaração, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.08.2015.

Decisão: Indicado o adiamento pelo Ministro Edson Fachin, em razão do pedido de vista no RE 566.471 e no RE 657.718. Presidência da Ministra Cármem Lúcia. Plenário, 28.09.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármem Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, pela ordem. Eu recebi um memorial da Advocacia-Geral da União, em audiência. O que ela me explanou foi que a União não tem logística para se aplicar a ela a solidariedade de direito privado, que ela forneça o medicamento. Ela, então, assentou que fornece o dinheiro para o Estado ou para o Município, mas ela não tem logística para essa entrega direta do medicamento.

Eu analisei os autos e me pareceram sensíveis os argumentos.

O Ministro Edson Fachin gentilmente me fez chegar às mãos uma proposta que, mercê de acompanhar a rejeição dos embargos, faz um ajuste que atende, digamos assim, ao paciente e à própria União. Então, a União não se recusa a fornecer o medicamento. Ela não tem a logística para a entrega direta, mas tem logística para pagar ao Estado ou ao Município que faz as vezes dela. Então, na verdade, a União pleiteia que não se aplique a solidariedade de direito privado a ela, que seja uma responsabilidade subsidiária. E, aí, a proposta do Ministro Fachin vem ao encontro dessa pretensão da União e da justeza da decisão. Eu concordo com a proposta que o Ministro Fachin fará.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Em verdade, Senhor Presidente e eminente Ministro Luiz Fux, Relator, estou acompanhando Vossa Excelência na rejeição dos embargos, mas reconhecendo e propondo que a hipótese é de conhecimento dos embargos para o fim de aprimoramento e desenvolvimento da tese, especialmente daquela derivada da Suspensão de Tutela Antecipada 175, tendo em vista já decorridos cerca de dez anos daquele importante precedente e o conjunto de alterações que se verificaram nesse lapso temporal.

Esse exame que fiz, a partir do voto-vista, e estou fazendo chegar às mãos de Vossas Excelências, é um pouco alongado. Obviamente, não farei a leitura de 44 páginas em sede de embargos de declaração, mas vou ler a conclusão, que creio que, se ela tiver nitidez suficiente, por si só, explicitará as premissas das quais eu estou a partir.

Mas ressalto que a ideia, portanto, é conhecer dos embargos de declaração apenas para essa elucidação de diversos aspectos, inclusive das responsabilidades, atribuições e composição do polo passivo.

De modo que Vossa Excelências verão que, ao início do voto, há uma síntese das premissas; há também a referência à base constitucional do direito à saúde; da repartição federal de competências; a base doutrinária, que aqui cito, os diversos precedentes que menciono. E, desde logo, faço referência à conclusão, que submeto aos eminentes Pares, de modo especial, ao eminente Ministro-Relator.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

V O T O - V I S T A

SÍNTESE DO VOTO

1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 44 páginas. A síntese e a conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

1.1. Premissas

Primeira: O fato de não ter sido reafirmada de forma unânime a jurisprudência da Corte não induz à necessidade de rediscussão da tese (vencida) no Plenário Presencial; não há hierarquia entre os Plenários Virtual e Presencial.

Segunda: A busca pela efetividade dos direitos é justificativa da imprescindibilidade do poder de revisão e aprimoramento dos precedentes pelas Cortes de Vértice responsáveis por sua elaboração.

Terceira: O aprimoramento ou desenvolvimento de precedente tem lugar quando, (i) ao reafirmar a tese, o Tribunal entenda oportuno melhor esclarecer termos, expressões, institutos ou conceitos a que se referiu o *leading case* e que estão sendo interpretados além, aquém ou diversamente do que quis dizer em seu pronunciamento; e (ii) forem alteradas as leis, fatos ou costumes que justificaram a formação inicial do precedente.

Quarta: Desde a realização da audiência pública em matéria de saúde e o julgamento da STA 175 passaram-se quase dez anos, em cujo

RE 855178 ED / SE

lapso se inseriram diversos fenômenos correlatos à judicialização de prestações sanitárias, incluindo, neste rol, a criação do Fórum Nacional de Saúde no âmbito do CNJ. Além disso, houve: (i) aumento da judicialização em matéria da saúde; (ii) desestruturação do SUS; (iii) sobreposição ou ausência de cumprimento de decisão judicial.

Quinta: Partindo do exame das espécies de tutela examinadas na STA 175, é possível estabelecer condicionantes para a admissão das respectivas ações. Quando a pretensão veicular pedido de entrega de medicamento padronizada, a competência estatal é regulada por lei, devendo figurar no polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento do medicamento, tratamento ou material. Quando o medicamento não for padronizado, a União deve compor o polo passivo da lide. Além disso, a dispensa judicial de medicamentos, materiais, procedimentos e tratamentos pressupõe ausência ou ineficácia da prestação administrativa e a comprovada necessidade, observando, para tanto, os parâmetros definidos no artigo 28 do Decreto Federal n. 7.580/11.

1.2. Base constitucional: o direito à saúde (art. 196 e ss. da CRFB); repartição federal de competências (art. 23, I e II, da CRFB).

1.3. Base doutrinária. O voto se assenta no pensamento dos diversos autores nele citados; mencionam-se aqui especialmente os seguintes Daniel Mitidiero em “Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente”; Lenir Santos e Fernanda Terrazas em “Judicialização da Saúde no Brasil”; Márcio Mafra Leal em “Ações Coletivas”; Renato Luís Dresch em “Federalismo Solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde”; Daniel Sarmento e Cristina Telles, em “Judicialização da Saúde e Responsabilidade Federativa: solidariedade ou subsidiariedade”;

1.4. Base em precedentes. o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal, entre eles a STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 2544, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; a Resolução 107/2010 do Conselho Nacional de Justiça e o REsp 873.196, Rel. Min. Teori Zavascki, no Superior Tribunal de Justiça.

RE 855178 ED / SE

1.5. Conclusão do voto: Conheço dos embargos opostos pela União para o seguinte fim díplice: a) atribuir ao conhecimento do recurso, sem repercussão no juízo de mérito da pretensão recursal, efeito de desenvolvimento do tema da solidariedade e de detalhamento do sentido e do alcance de precedentes, especialmente quanto aos termos enunciados na STA n. 175; b) desprover, no mérito, o recurso examinado.

Em decorrência do conhecimento dos embargos sem acolhimento do mérito, a título de detalhamento, esta Corte reconhece que a tese da responsabilidade solidária como reconhecida na STA 175 se mantém hígida e que é inerente à natureza do Supremo Tribunal Federal, na condição de Corte de Vértice do sistema constitucional, dispor de instrumentos aptos a efetivar seu “poder-dever” de aprimoramento ou desenvolvimento do direito constitucional, por meio de seus precedentes, para fim de esclarecimento, sem efeito modificativo.

Quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade enuncia-se o seguinte: i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido *lato*, ou seja: **de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização** (arts. 196 e ss. CF); ii) Afirmar que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente” **significa que o usuário, nos termos da Constituição** (arts. 196 e ss.) **e da legislação pertinente** (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) **tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas**, que devem ser observadas em suas consequências 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

RE 855178 ED / SE

decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde; iv) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico-processual, sua inclusão deverá ser levada a efeito pelo órgão julgador, ainda que isso signifique deslocamento de competência; v) Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90), de modo que recai sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação; vi) A dispensa judicial de medicamentos, materiais, procedimentos e tratamentos pressupõe ausência ou ineficácia da prestação administrativa e a comprovada necessidade, observando, para tanto, os parâmetros definidos no artigo 28 do Decreto federal n. 7.508/11.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de embargos declaratórios opostos pela União em face de acórdão que reconheceu a repercussão geral e reafirmou jurisprudência dominante desta Corte quanto à “responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde” (TEMA 793).

A embargante alega a existência de pontos de omissão e de obscuridade no julgado. Afirma, ainda, que eventual acolhimento de pedido com efeito modificativo é possível em sede de embargos declaratórios atípicos.

Ao identificar as omissões e as obscuridades apontadas, argumenta, em apertada síntese, que:

RE 855178 ED / SE

- i) a “reafirmação da jurisprudência dominante na Corte” deve ser realizada pelo Plenário Presencial e não pelo Virtual.
- ii) há necessidade de aclaramento da questão da responsabilidade solidária dos entes federados, que, ao juízo da embargante, foi indevidamente atrelada à controvérsia n. 50, que trata da possibilidade de a União dispensar diretamente medicamentos e tratamentos à população.
- iii) há omissão consistente na ausência de pronunciamento conclusivo sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no “leading case” do Plenário do STF relacionado à saúde – STA 175 – AGR.

A Defensoria Pública da União requereu a rejeição integral dos embargos.

O e. Relator votou pelo desprovimento dos embargos. Pedi vista e apresento voto.

I) Preliminar:

Inicialmente, entendo que os Embargos de Declaração são cabíveis de decisões do Plenário Virtual na mesma medida em que o são no Presencial.

Não há, portanto, para efeitos de cabimento, diferença entre decisões emanadas do Plenário Virtual ou do Presencial.

Nessa medida, é embargável decisão que reafirma jurisprudência dominante proferida pela Corte em plenário virtual, sob a alegação de ocorrência dos vícios de obscuridade, omissão ou contradição (art. 535, CPC; RI). **Se os embargos asseveram esses vícios, como se sustenta, em tese, no caso concreto, devem ser conhecidos. Se eles realmente se**

RE 855178 ED / SE

verificam, é questão de provimento ou desprovimento do recurso.

Ante o exposto, **conheço dos embargos.**

II) Mérito:

Examinando analiticamente cada pedido, na ordem em que apresentados, acompanho o e. Relator, Ministro Luiz Fux, para rejeitar os embargos e reconhecer:

1) A impossibilidade dos embargos para assentar a tese de que a reafirmação da jurisprudência da Corte deve ser presencial (e não pelo plenário virtual). Os argumentos utilizados não permitem a conclusão sindicada pela embargante.

O fato de não ter sido reafirmada de forma unânime a jurisprudência da Corte não induz à necessidade de rediscussão da tese (vencida) no Plenário Presencial; não há hierarquia entre os Plenários Virtual e Presencial.

Ademais, é evidente que o artigo utilizado como fundamento (da necessidade do julgamento pelo plenário presencial – art. 323, RI) trata da possibilidade do julgamento pelo plenário virtual, não possuindo o alcance e o sentido (proibitivo) que a União pretende (de estabelecer uma espécie de hierarquia ou preferência entre os plenários).

Por fim, é o fato de haver quórum constitucional para a reafirmação da jurisprudência – virtual ou presencial - que importa; entender de forma diversa significa acolher uma nova espécie de embargos de divergência ou reconhecer, ainda que indiretamente, que o julgamento pelo plenário virtual possui menos legitimidade do que o realizado pelo plenário presencial.

RE 855178 ED / SE

Não procede, pois, o argumento.

2) O descabimento de embargos para proclamar indevido atrelamento de controvérsia a tema, consoante enunciado pelo e. Relator. Concordo que os embargos não se prestam a tal fim.

3) A impossibilidade de acolhimento dos embargos, ainda que sob o fundamento de **ausência de pronunciamento conclusivo da Corte acerca da responsabilidade solidária, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 – AgR, STF (*leading case*)**.

Como bem apontado pelo i. Relator desses embargos de declaração em recurso extraordinário, **não há espaço para rediscussão acerca da tese da responsabilidade solidária dos entes federativos em prestações de saúde**.

Com efeito, além do referido *leading case*, há infindáveis julgados dessa Casa no mesmo sentido. Ainda que a grande maioria deles seja de decisões monocráticas de negativa de seguimento a recurso de cognição limitada, é certo que a “solidariedade” está devidamente pacificada nesta Corte.

Logo, as hipóteses elencadas não se subsumem ao suporte fático (omissão, contradição ou obscuridade) apto a ensejar a procedência dos embargos. Impende, por conseguinte, chancelar o desprovimento.

Nada obstante o desprover, não afasto a possibilidade de delinear a orientação desta Corte na matéria.

Proponho, assim, conhecer e rejeitar os embargos, e ao fazê-lo oferto ao Plenário deste Tribunal hipótese de desenvolvimento da tese já assentada.

RE 855178 ED / SE

III) Possibilidade de desenvolvimento de precedente da Suprema Corte sem superação

Nada obstante sejam desprovidos os embargos declaratórios, e sem embargo de recentemente ir ao encontro da reafirmada tese (assentada na STA 175) da solidariedade dos entes políticos na prestação de direito à saúde, proponho que a própria Corte novamente se manifeste sobre este precedente seu, independentemente, inclusive, de provação, em face de seu poder de “autotutela”.

As bases desse entendimento fundam-se, em síntese, na compreensão do papel preponderante que o Supremo Tribunal Federal tem na ordem jurídica brasileira: de Corte Suprema, de Precedentes ou de Vértice (sinônimos utilizados por Daniel Mitidiero, *in* Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. RT: São Paulo, 2013), cujos precedentes vinculam a própria Corte (vinculação horizontal) e as demais instâncias do Judiciário nacional (vinculação vertical). Sua tarefa precípua: de interpretar a Constituição, uniformizando o direito constitucional e dando-lhe unidade e efetividade, é irrenunciavelmente sua.

Considerando os contornos de processo objetivo que o recurso extraordinário recebe ao ser reconhecido como representativo de controvérsia constitucional com repercussão geral, é consectário lógico estar sujeito também a controle qualitativo, que pode não implicar (como no caso não implica) revisão da tese assentada, mas se relacionar a seu aprimoramento. Sem dúvida, a regra do *stare decisis* (ou da vinculação ao precedente) deve lhe ser aplicável, quando cabível, de modo a garantir justamente a concretização de suas finalidades precípuas, especialmente segurança jurídica e isonomia.

Consoante Daniel Mitidiero (op. cit., p. 28), “o papel do precedente é de reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a

RE 855178 ED / SE

sua maior cognoscibilidade". Sua vinculação vertical e horizontal, portanto, está diretamente ligada à segurança jurídica, pilar do Estado Constitucional (ao lado da dignidade da pessoa humana e da isonomia).

Segundo o mesmo professor, a segurança jurídica impõe "imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo" (op. cit., p. 17).

A busca da efetividade dos direitos, penso, é justificativa (tanto sob o prisma da segurança jurídica como da própria dignidade da pessoa humana) da imprescindibilidade do poder de revisão e aprimoramento dos precedentes pelas Cortes de Vértice responsáveis por sua elaboração. Não se propõe aqui revisão, mas sim aprimoramento.

A partir dessas premissas, comungo do entendimento no sentido de ser ínsita às Cortes de Vértice a disposição de instrumentos para desenvolver seus precedentes, com ou sem provação das partes. Parece bastante óbvio, remarco, que, ao ser a única Corte que pode interpretar o direito constitucional formando precedentes, também é a única a poder revê-los, seja para superá-los, total ou parcialmente, aprimorá-los ou desenvolvê-los.

Aqui, na hipótese presente, não se propõe revisão nem superação; propõe-se, isso sim, explicitação do sentido e do alcance do precedente em face do desenvolvimento ocorrido.

A propósito especificamente dessa possibilidade, que é de certa forma infrequente em nossa tradição jurídica e nos julgamentos da Suprema Corte, oportuna e adequada a lição de Mitidiero, ao defender tal

RE 855178 ED / SE

“poder-dever”:

“a nomofilaquia do recurso dirigido à Corte Suprema, como se vê, não está no exercício de um controle casuístico das decisões recorridas. Essa consiste na definição da adequada interpretação do Direito. Desse modo, o recurso à Corte Suprema *não tem nenhuma razão para ser encarado como um direito subjetivo da parte*. É por essa razão, a propósito, que a admissão do *writ of certiorari* para *Supreme Court* estadunidense “*is not a matter of right, but of judicial discretion*” (Rule 10, *Rules of the Supreme Court*). A admissão do recurso aí é submetida à demonstração do *interesse público* no seu julgamento, consustanciado na consecução da unidade do Direito pela Corte Suprema mediante seu conhecimento. (...)

Isso quer dizer que, a partir da compreensão da nomofilaquia da Corte Suprema como uma *nomofilaquia interpretativa*, o recurso passa a ser viabilizado no interesse do *jus constitutionis*, isto é, no interesse da unidade do Direito, e não para a tutela do *jus litigatoris*, sendo então apropriado cogitar da imposição de *condições especiais* para admissão do recurso à Suprema Corte.

É por essa razão, por exemplo, que o recurso de *Revision* alemão ao *Bundesgerichtshof*, conforme o § 543, 2, *Zivilprozessordnung*, tem seu conhecimento condicionado à demonstração de uma questão jurídica de fundamental importância (“*die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung*”), da necessidade de promover o desenvolvimento do Direito (“*die Fortbildung des Rechts*”) ou da necessidade de assegurar a igualdade de todos perante a jurisprudência (“*die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert*”). (op. cit., p. 69)

E conclui:

“Como a Suprema Corte tem por função dar unidade ao

RE 855178 ED / SE

Direito mediante sua adequada interpretação, respondendo o recurso mais ao *jus constitutionis* que ao *jus litigatoris*, resulta daí a existência de um acentuado autocontrole da corte a respeito da sua própria atuação".(grifos nossos)

Especificamente quanto ao desenvolvimento do precedente, penso deva ocorrer quando, por exemplo, a Corte verificar, seja por superveniência de lei que trata do tema, integrando-o (como é o caso dos autos) seja mesmo pela utilidade de esclarecimentos sobre o "instituto" ou sobre "conceitos" aplicados (também caso dos autos), a oportunidade de nova manifestação sua para contribuir ao aprimoramento da prestação jurisdicional nas instâncias inferiores.

Não estou a tratar – perceba-se – das consagradas (no direito alienígena) hipóteses de superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*) do precedente (por meio dos mecanismos de transformação (*transformation*) ou de reescrita (*overriding*)).

Aparentemente se mostraria a possibilidade de "transformation" do precedente (quando a Corte, sem negar formalmente o precedente, sem admitir, portanto, desgaste ou equívoco da antiga solução, reconfigura-o parcialmente, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos não tidos por relevantes na decisão anterior). Contudo, penso que a espécie é realmente diversa, de aprimoramento ou de desenvolvimento, pois a proposta é de interpretação, aplicando uma hermenêutica de reavivamenta das razões de decidir e conclusões que já faziam parte do precedente (originário) para que os institutos e conceitos lá utilizados sejam coerentemente empregados e o entendimento fixado seja seguido.

Cuida-se de casos, portanto, como este, em que o Tribunal **percebe, ao mirar para o precedente que:**

i) ao reafirmar a tese, é possível e oportuno melhor esclarecer termos, expressões, institutos ou conceitos a que se referiu no *leading case*

RE 855178 ED / SE

e que estão sendo interpretados além, aquém ou diversamente do que quis dizer em seu pronunciamento;

ii) inovações legais, fatos ou costumes tiveram influência tal sobre conceitos, institutos ou termos, de forma a ser conveniente que a Corte, que continua sendo a única com competência para tanto, diga qual é o “ressignificado” de sua própria jurisprudência.

No tema em análise, verificam-se ambas as hipóteses.

De fato, desde a realização da audiência pública em matéria de saúde e o julgamento da STA 175 passaram-se quase dez anos, em cujo lapso se inseriram diversos fenômenos correlatos à judicialização de prestações sanitárias, incluindo, neste rol, a criação do Fórum Nacional de Saúde (de cunho multidisciplinar) no âmbito do CNJ (Res. 107/2010), entre outros, que permitiram a formação de conclusões importantes sobre o tema.

Em igual sentido, a empiria forense e as vicissitudes da judicialização da saúde demonstram não só o contributo da referida audiência pública, com suas premissas e conclusões, como a conveniência de o Judiciário colaborar na construção de um sistema de saúde mais eficaz, racional e econômico.

Sem dúvida, como dito, as conclusões da audiência pública em matéria de saúde levaram a diversas conquistas importantes, algumas das quais gostaria de aqui destacar especificamente, como o fez a juíza federal Luciana da Veiga Oliveira (*Comitês Executivos da Saúde. In SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. (org.). Judicialização da Saúde no Brasil. 1^aed. Campinas/SP: Saberes, 2014, pp. 187-191*):

“a judicialização forçou uma atuação dos demais poderes, Executivo e Legislativo, a melhor estruturar o SUS e a dar maior abrangência ao direito à saúde.

RE 855178 ED / SE

De fato, a judicialização, já no seu início, impulsionou a criação do programa de medicamentos para HIV/AIDS. Mais atualmente, impulsionou a edição da Lei 12.401/11, que tornou mais ágil o processo de incorporação de novas tecnologias ao SUS, fixando prazo para conclusão (180 dias prorrogáveis por mais 90), criou a CONITEC e determinou a realização de consultas públicas nos processos de incorporação, exclusão e alteração de tecnologias, permitindo a participação da comunidade na tomada de decisões, bem como da Lei 12.732/12 que fixou prazo de 60 (sessenta) dias para o início do tratamento de neoplasia maligna.

Houve, ainda, revisão da RENAME, a qual passou de 550 para 810 itens, e atualização dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT (14 inclusões/ alterações entre 2011 e 2012)."

Nada obstante essas relevantes conquistas, é preciso ir além, pois há diversos indicativos de realidade (ou justificativas fáticas) no sentido da necessidade de mudanças.

As razões para ressignificar o precedente partem da identificação entre o enunciado de que "todos os entes políticos respondem solidariamente por prestações de saúde" com o "dever de todo e qualquer ente de prestar toda e qualquer obrigação sanitária, independentemente da previsão legal de divisão de atribuições no âmbito do SUS".

A interpretação e a aplicação desse entendimento pelos operadores do direito, incluindo juízes e tribunais, como dito, têm provocado várias distorções. **Dentre elas, indico as mais significativas:**

1) AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO EM MATÉRIA DA SAÚDE APÓS A FIXAÇÃO DA TESE DA SOLIDARIEDADE – TAL QUAL COMO ENUNCIADA (E NÃO COMO DEVE SER LIDA E INTERPRETADA) – COM O CORRELATO AUMENTO DOS GASTOS

RE 855178 ED / SE

PÚBLICOS COM SAÚDE, SEM A CORRELATA MELHORA NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE. O sistema gasta mais e atende pior.

O Estado-administrador, ao ser obrigado pelo Judiciário a desviar recursos dos ‘grupos esquecidos’ (como os idosos, os analfabetos, que não conhecem seus direitos ou não têm capacidade de organização para sua defesa), canaliza-os aos cidadãos organizados, com acesso a informação, a advogados, normalmente aprofundando desigualdades que são contrárias aos objetivos da Carta Política. A propósito:

“(...) OLSON alerta sobre os grupos *esquecidos*, aqueles não organizados, que não dispõem de *lobby* e não desenvolvem qualquer atividade sistematizada, especialmente os muito numerosos em membros. No dizer de OLSON, “(...) em grandes e latentes grupos não se verifica a tendência de se seus membros voluntariamente se colocarem a serviço de seus interesses comuns.” Esses novos gêneros de problemas sociais atingem segmentos que também dificilmente podem se organizar em formações políticas tradicionais. (OLSON, *Die Logik des kollektiven Handelns*, p. 163. In LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

Assim, os grupos desorganizados e esquecidos, os que mais precisam do SUS, vão paulatinamente perdendo espaço no acesso ao orçamento que custeia as políticas públicas (vacina, próteses e órteses, consultas, leitos, *et caetera*). Isso porque os recursos inicialmente destinados a essas finalidades são desviados para cumprir um reduzidíssimo número de ordens judiciais, que atendem a outra categoria de cidadãos. Trata-se dos que conhecem melhor seus direitos, pois possuem acesso à informação, a médicos e advogados privados. Nada obstante possuírem recursos para tanto, é extremamente comum buscarem a atuação de defensores públicos, promotores estaduais, procuradores da república e até defensores dativos para atuarem em seu nome nesses tipos de causas.

RE 855178 ED / SE

Paralelamente a essas assertivas, trago alguns dados estatísticos:

- No Estado do Paraná, o valor da distribuição de medicamentos para atendimento de ordens judiciais dirigidas ao Estado, **em 2003 era de 741.36906 (setecentos e quarenta e um mil reais) passou, em 2013, para 85.009.327,63 (oitenta e cinco milhões de reais). Projete-se este crescimento para os 26 Estados e milhares de Municípios.**

- Em São Paulo, segundo informações da Secretaria de Saúde do Estado (considerando a Capital e as cidades do interior), apresenta-se a seguinte relação entre ações e gasto com a determinação judicial nelas determinadas: **média mensal de 1550 (mil, quinhentas e cinquenta) ações dirigidas ao Estado (entre capital e interior), que somam dispêndio médio mensal de pouco menos de 5.000.000,00 (cinco milhões). São 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) por ano, com ações judiciais, só com demandas movidas contra o Estado de São Paulo (fora o gasto dos Municípios individualmente e da União).**

- A propósito, um estudo comparativo mencionado por Renato Luís Dresch (Federalismo Solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (org). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014. p. 31) permitiu concluir: **“Os Municípios ainda são os mais sacrificados com os gastos com saúde. Com base em dados do ano de 2012 constata-se que os Municípios gastaram em média 21,45% de receitas próprias, os Estados-membros investiram em média 12,69%, enquanto a União gastou apenas 3,9% do PIB”.**

- Corroborando e complementando o dado supra, apresenta-se o exemplo do Município de Tubarão/SC (em documento que juntou aos autos do RE 566.471), que informa gastar com o atendimento de determinações judiciais a ele dirigidas (para um pouco mais de mil ações)

RE 855178 ED / SE

o mesmo R\$ 1.000.000,00 (um milhão, em dados válidos para o ano de 2012, que só devem ter crescido) dos recursos destinados à saúde, que gasta nas políticas públicas destinadas a atender os seus 100.000 (cem mil) habitantes.

- Como visto, Estados e Municípios (em especial os economicamente mais débeis) são os mais atingidos pela inobservância das leis e pactos do SUS, pois são compelidos por ações judiciais a custear medicamentos e tratamentos que não estão e sequer estariam sob sua responsabilidade, segundo as normas legais (e pactuadas, nos termos da lei) de distribuição de competências.

- Em relação aos dados trazidos pela União (nos memoriais entregues no RE 566.471), extrai-se uma informação interessantíssima (além dos gastos com aquisição em si): os custos de armazenamento, transporte e entrega de medicamentos fora das políticas públicas (ou seja: por ordem judicial) chegou em 2014 em 4.583.169,33 (quatro milhões, quinhentos e oitenta e três mil reais). Isso, repiso, que a União é o ente menos onerado pela judicialização em termos proporcionais e se está a analisar somente gastos com deveres instrumentais.

- De informações colhidas na doutrina específica é possível, ainda, cruzar outros dados sensíveis, a possibilitar as seguintes deduções:

a) há aumento - ano a ano - das demandas que envolvem prestações sanitárias;

b) há aumento correlato do gasto com a judicialização e o do percentual do orçamento destinado à saúde desviado para o cumprimento dessas determinações;

c) há gastos desnecessários com entrega/frete/armazenamento, os quais ocorrem quando se determina ao ente político errado (por exemplo,

RE 855178 ED / SE

à União, que comporte e entregue insulina diretamente ao cidadão). Trata-se de um gasto EXTRA, pois direciona-se o dever À PESSOA POLÍTICA ERRADA (sem a logística para aquele medicamento, por exemplo);

Impende agora retornar às principais razões para o aprimoramento da tese da solidariedade.

2) A DESESTRUTURAÇÃO DO SUS: a compreensão de que qualquer cidadão pode demandar qualquer pessoa política, 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) aos processos, tende a acarretar a falência do SUS em médio ou longo prazo.

Isso porque, na atual compreensão, é possível (e até comum) a seguinte situação:

“a considerar-se a solidariedade vigorante em todas as ações, é possível que um mesmo indivíduo ajuíze três ações distintas, uma contra a União, outra contra o Estado ou Distrito Federal, e uma terceira contra o Município, em todas elas deduzindo a mesma pretensão. Como a orientação jurisprudencial fixou que não há litisconsórcio necessário, tampouco litispêndência, ou mesmo conexão, então haverá três possibilidades de obter um mesmo provimento. Sem embargo do mérito da pretensão, mas partindo do pressuposto que um medicamento seja devido, então os três entes comprarão medicamentos para um mesmo paciente, havendo gasto indevido e desnecessário de recursos.” (exemplo retirado do artigo “A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde”. GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís)

O exemplo não é obra cerebrina, tampouco algo improvável: é

RE 855178 ED / SE

muito comum o relato de compra de medicamentos por determinado ente, em face de ordem judicial, sem que o beneficiado venha buscá-los.

Disso facilmente também se conclui que, ao adotar o entendimento da “solidariedade irrestrita” **ACABA-SE COM O PODER DO GESTOR DE PLANEJAR E DE EXECUTAR AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE LHE É LEGALMENTE ATRIBUIDA.**

2.a) ACABA-SE COM O PODER DO GESTOR DE PLANEJAR: ao se permitir que qualquer cidadão acione qualquer ente estatal (sem que este possa, sequer “chamar ao processo” o responsável legal determinado – veja-se ao absurdo que se chegou na interpretação equivocada da solidariedade entre os entes!) acaba-se com o poder do gestor de conhecer sua real demanda (dentro de sua área de atuação) e, portanto, de planejar as políticas públicas em seu âmbito de atuação com base em dados concretos.

2.b) ACABA-SE COM O PODER DO GESTOR DE EXECUTAR as políticas públicas, já que é obrigado a destinar os recursos inicialmente para isso previstos para cumprir determinações judiciais de prestações que sequer seriam decorrentes das atribuições legais ou pactuadas na Comissão Interpartite da Saúde. Há uma perniciosa substituição de papéis: o Judiciário definindo políticas públicas e redefinindo o contorno constitucional e legal, sem declarar a inconstitucionalidade das leis federais que desenharam e regulam o SUS e a divisão de atribuições dos entes políticos.

3) Por fim, em muitas oportunidades, há SOBREPOSIÇÃO ou AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL - ao se aceitar que o cidadão pode acionar qualquer ente (e que este não pode apontar o qual seria o legalmente responsável pela obrigação e chamá-lo ao processo), evidencia a dificuldade da tese, que é corroborada pela possibilidade de condenação de pequenos Municípios a arcarem com

RE 855178 ED / SE

tratamentos e medicamentos literalmente milionários, incluindo transplantes; de forma a serem obrigados a utilizar quase todo seu orçamento para saúde no atendimento de demandas que deveriam ser propostas contra União ou contra o Estado.

De todo o exposto, é possível concluir que, em minha óptica, a solidariedade tal como interpretada - “irrestritamente” (ou seja: conferindo poder ilimitado de escolha ao cidadão e impossibilitando a adequada discussão e defesa por parte do ente político legalmente responsável; **a) tem aprofundado as desigualdades sociais e não as diminuído; b) tem piorado a prestação da saúde mais básica: retirado recursos inclusive de medidas preventivas, como do saneamento básico e da vacinação infantil, da atenção à saúde dos idosos; c) tem desestruturado o sistema de saúde e orçamentário dos entes políticos; d) tem aumentado exponencialmente gastos sem a correlata melhora na prestação de saúde; e ainda: e) tem retirado do campo próprio – do Legislativo, ao desrespeitar as normas legais de regência e do Executivo, ao retirar-lhe a escolha e a gestão – os poderes de planejar, executar e gerir políticas públicas – atribuições constitucionalmente definidas.**

Em face desse quadro, visualizo, por meio do aprimoramento da jurisprudência quanto à solidariedade, a possibilidade de dar um passo à frente para racionalizar o sistema do SUS, conferir-lhe eficiência, incluindo a economia (com menos recursos, obter melhores resultados).

Por isso, defendo que no caso em apreço há indicadores da oportunidade desse aprimoramento, e que a medida conferirá mais segurança jurídica (nos desdobramentos já expostos) e isonomia aos casos envolvendo o tema, além de eficácia. Há, assim, a necessidade da INSTRUMENTALIZAÇÃO EFICACIAL DA SOLIDARIEDADE EM MATÉRIA DE SAUDE para o atingimento das finalidades acima apontadas: permitir a racionalização e aprimoramento do sistema de saúde (SUS), com maior nível de eficiência (no que inclui a ideia de gastar

RE 855178 ED / SE

menos e melhor).

Ademais, a meu juízo, o que chamo de “instrumentalização eficacial da tese da solidariedade” também se justifica sob finalidades típicas da jurisdição: para que as instâncias judiciais ordinárias tenham maior grau de previsibilidade em relação às suas próprias competências e possam proferir comandos mais exatos e mais diretos, fomentando menos litigiosidade entre os entes federativos (menos demandas regressivas) e que, nessa ordem de ideias, também resultem em provimentos mais eficazes, sob o aspecto do efetivo acesso (em sua acepção material) à Justiça e à celeridade (não só sob o aspecto do tempo decorrido entre o pedido e o comando judicial, mas sobre o pedido e efetiva entrega do bem da vida pleiteado). **Presta-se, pois, maior respeito aos cidadãos e jurisdicionados que são destinatários finais dessa atenção imprescindível.**

Assim, entendo ser oportuno e necessário o passo adiante que ora proponho, no sentido de melhor definir os termos da tese reafirmada.

Lançadas as bases desse entendimento, passo à respectiva explicitação.

IV) Desenvolvimento da tese da “responsabilidade solidária dos entes federados em ações de saúde” a partir da STA 175

Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, diversos desdobramentos do grande tema - “Direito à Saúde” - foram debatidos e sua repercussão no plano judicial foi assentada.

Entre eles, é a chamada “tese da responsabilidade solidária dos entes” o tema que merece esclarecimento neste momento. Acerca dele, destaco a seguinte passagem da lavra do eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes: “O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição

RE 855178 ED / SE

Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Examinemos cada um desses elementos.

(...) (2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. (...)"

Após o julgamento do referido *leading case*, que data do final de 2009, infindáveis julgados nesta Corte - de que é exemplo o submetido ao presente recurso - repetem, de forma bastante objetiva que:

RE 855178 ED / SE

"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."

Cumpre levar a efeito, diante dos problemas antes apresentados, e em homenagem à maior efetividade dos direitos dos usuários, uma ressignificação da solidariedade que vá além de seu universo no âmbito do Direito Privado.

Em síntese, este é o objeto da proposição de desenvolvimento da tese da solidariedade estabelecida na STA 175: a delimitação do alcance e dos desdobramentos da tese da responsabilidade solidária.

Aqui se afirma, portanto, a higidez da tese da responsabilidade solidária dos entes federativos no dever de prestar saúde, pois não se pretende agregar-lhe qualquer efeito modificativo, mas tão somente explicitar seus desdobramentos.

Para tanto, partirei das premissas jurídicas que lhes são aplicáveis (inclusive tais como reconhecidas no *leading case*); na sequência, apresentarei as espécies de pretensões sanitárias também definidas na STA 175, já apresentando as consequências processuais correlatas a cada uma, ou seja: subsumindo a cada tipo de pretensão as premissas jurídicas iniciais.

PREMISSAS JURÍDICAS:

Dispõe o artigo 23, II, CF:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

RE 855178 ED / SE

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

A análise do artigo 23, II, da CF, tratando de competência comum, só permite a conclusão de que, nas áreas ali arroladas, todos os entes federados têm competência para atuar.

É uma repartição de competência horizontal, pois não há sobreposição de qualquer ente sobre os demais, nem isso é desejável. Todos atuam coordenada e paralelamente. Trata-se de áreas em que indispensável a atuação conjunta de todas as pessoas políticas, desenvolvendo tarefas diversas.

Essa sistemática (de divisão de atribuições) não é privativa do direito à saúde, pois diversas outras competências comuns previstas no art. 23 da Carta Política obedecem à mesma lógica de divisão de responsabilidades entre os entes.

Como adverte o eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso (*in: Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* (Disponível em www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf)

"Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas. tendo em vista o "equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional" (CF/88, art. 23, parágrafo único).

A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas."

RE 855178 ED / SE

Com efeito, do rol de competências comuns no art. 23 não se localizaram julgados, envolvendo outra área (como a de Educação, *v.g.*) - além da Saúde - a que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido - nos termos da lei civil - caráter de solidariedade. Em sentido contrário, sim:

EMENTA: Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral.

1. Lei estadual n. 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a conseqüente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável.

2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L. 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 2544. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Pleno. DJ de 17.11.2006. grifou-se)

De fato, é ilógico imaginar que algum ente esteja dispensado de

RE 855178 ED / SE

“cuidar da saúde e da assistência social” ou de “proteger o meio ambiente” ou mesmo de “proporcionar os meios de acesso à cultura, educação...” (CF, art. 23, II, V, VI, VI).

Assim, parece haver consenso de que na competência comum há exercício conjunto e harmônico de todos os entes federados, sem que a atuação de um deles exclua a dos demais ou prevaleça sobre a dos demais.

É dizer, de outra forma, que o reconhecimento da solidariedade aqui, como decorrência do supracitado artigo, **induz o dever de os três entes políticos implementarem políticas públicas para a consecução de um fim comum que é prestar a saúde.**

A Seção II da Constituição trata especificamente da Saúde. Dela transcrevem-se os dispositivos que interessam:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;(...)"

Especialmente do exame do artigo 198, CF, supra, retira-se que a consecução deste conjunto de ações e serviços públicos sanitários – que é dever de todos os entes políticos (nos termos do art. 23, CF) será executada por um sistema único, mas de forma regionalizada, descentralizada e hierarquizada.

RE 855178 ED / SE

Como se vê, o sistema de saúde - por disposição constitucional - impõe divisão de tarefas. Assim, a seleção das prestações sanitárias imputáveis a cada pessoa política é definida com base em critérios constitucionais preestabelecidos.

Como decorrência, não há dúvida da acertada afirmação (na STA 175) de que todos os entes da Federação são obrigados a tornar efetivo o direito à saúde; como também é correto asseverar 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.

Nesse contexto, a solidariedade reconhecida é aquela que obriga os entes da Federação brasileira a organizarem o Sistema Único de Saúde e não se esquivarem das tarefas que lhes são atribuídas pela Constituição, pela lei e pelas normas e acordos realizados pelos gestores do SUS.

Uma vez organizado o sistema, e divididos os recursos e as responsabilidades de cada ente federativo, deve-se respeitar essa divisão, obrigando-se cada ente à consecução daquilo a que se propôs.

Dessa afirmação não destoam respeitabilíssimas vozes.

Além do e. Ministro Barroso, sirvo-me de julgado lapidar do Ministro Teori Zavascki, quando ainda compunha o Superior Tribunal de Justiça e que norteou o entendimento daquela Corte, após seu voto-vista, até a superveniência do decidido na STA 175:

“(...) 1. Segundo a Constituição, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços

RE 855178 ED / SE

para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). Todavia, cumpre ao legislador dispor sobre a "regulamentação, fiscalização e controle" das ações e serviços de saúde, "devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (CF, art. 197). Relativamente ao sistema único de saúde (SUS), ele é formado, segundo a Constituição, por "uma rede regionalizada e hierarquizada" de ações e serviços de saúde, observadas, entre outras diretrizes, a da "descentralização, com direção única em cada esfera de governo" (art. 198).

2. Atendendo ao preceito constitucional, a Lei 8.080/90 tratou da organização do SUS, inclusive no que se refere à distribuição das competências, das atribuições e das responsabilidades de seus vários órgãos integrantes, com o objetivo, não apenas de evitar a sobreposição de estruturas administrativas, mas para conferir eficiência, economicidade e agilidade ao sistema, condição indispensável a garantir aos cidadãos, da melhor maneira possível, o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.(...) 4. Recurso especial provido para excluir a União do pólo passivo da demanda, divergindo do relator. (REsp n. 873.196/RS – 1ª Turma – Relator para o Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki – Decisão por maioria – Dje 03.05.2007)

Na doutrina especializada sobre o tema, confira-se, por todos, artigo do Desembargador federal João Pedro Gebran Neto e do Juiz de Direito Renato Luís Dresch:

"Como antes referido, o art. 23, II, da Constituição Federal dispõe a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde, vindo a jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal, firmar que se trata de obrigação de responsabilidade solidária.

Esta solidariedade, entretanto, se limita à obrigatoriedade de implementar as políticas públicas de

RE 855178 ED / SE

modo conjunto e coordenado, consoante interpretação conjunta do referido preceito constitucional com os artigos 196 e 198 da Carta Magna. Este último prevê a instituição de um sistema único de saúde que se organize numa rede regionalizada e hierarquizada, além de estabelecer como diretriz a descentralização para atingir o atendimento integral, tudo financiado com recursos do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ora, não se pode negar que na organização administrativa há uma repartição da competência entre os entes, de modo a atingir a finalidade constitucionalmente prevista: cuidar da saúde. (...)

Como o art. 198 da Constituição Federal prevê a organização regionalizada e hierarquizada do sistema único de saúde, não há como afastar a legalidade das normas administrativas de organização do SUS com a repartição da competência entre os gestores, decorrendo daí o fracionamento da solidariedade que se transforma em subsidiariedade. (...)

Outrossim, da abordagem do tema no voto proferido na STA n. 175-AgR, ou seja: atento às afirmações postas, também é possível asseverar que a conclusão da Corte naquele julgamento acerca da solidariedade amplia o âmbito de proteção ao cidadão e à coletividade, na medida em que não permite a nenhum ente federado se eximir de obrigações sanitárias que lhe foram impostas.

O primeiro fato indicativo dessa conclusão é que, em mais de uma passagem, dentro do ponto “dever do Estado”, o Ministro Relator trata da responsabilidade dos entes federativos, mencionando solidariedade, mas também subsidiariedade; institutos sabidamente diversos. Repito trecho específico do voto na STA 175:

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso

RE 855178 ED / SE

aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade e constituem um sistema único”

Essa afirmação reflete o fenômeno de, nas prestações de saúde, haver mais de uma espécie de responsabilidade e a possibilidade de se ampliar a garantia do usuário, mediante a inclusão, no polo passivo de uma demanda, não só do ente primariamente (ou legalmente) responsável, mas também de outro a quem se possa imputar, subsidiariamente, a obrigação.

Assim, a tese da solidariedade aplica-se, sobretudo, ao dever geral de todos os entes estatais de prestarem saúde, ou seja: de realizarem as tarefas que lhe foram imputadas constitucional ou legalmente. O dever de solidariedade traduz-se no dever de não se omitir, de cooperar com os demais entes visando a essa finalidade comum e amplíssima. Ela envolve muito mais do que a dispensa de medicamentos ou de tratamentos, como se retira do inteiro teor da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde.

Nesse contexto, a assertão de que “todos os entes, isolada ou conjuntamente, devem responder por prestações de saúde” corresponde a essa compreensão que garante mais eficiência ao sistema e maior efetividade ao direito do cidadão nas prestações sanitárias.

A rigor, é um explicitador da solidariedade reconhecida na STA 175 formatá-la apenas sob o instituto privado de Direito Civil, acarretando, inexoravelmente, superposição (ou ausência) de atuação de esferas federativas e ineficiência no cumprimento das decisões envolvendo essas prestações. A solidariedade de índole constitucional tem abrangência, natureza e regime integralmente diversos.

RE 855178 ED / SE

Não à toa, a Lei Orgânica do SUS, n. 8.080/90, suas alterações recentes e o Decreto n. 7.508/11, em nível federal, preverem a distribuição de tarefas, cumprindo com rigor as previsões, sempre repetidas, de descentralização e hierarquização do sistema, como antes esmiuçado.

A premissa geral, a partir da lei orgânica, é a existência de uma gestão tripartida do SUS. Atendendo aos princípios da descentralização, regionalização e hierarquização da prestação de serviços de saúde (art. 7º, incisos IX, "a" e "b", da referida Lei), a direção do sistema será exercida em cada esfera de governo nos limites de sua alçada (art. 9º, Lei 8.080/90):

Dos Princípios e Diretrizes

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (...)

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

RE 855178 ED / SE

- I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
- II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
- III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

A lei ordinária que regula o SUS, Lei 8.080/90, sofreu diversas e importantes alterações após o ano de 2010: depois, portanto, da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. As principais se realizaram por meio das Leis 12.401/2010 e 12.466/2010. Elas aprofundaram a divisão de tarefas entre os entes federados: conferindo maior detalhamento da divisão de atribuições de cada pessoa política no âmbito do sistema único. Além disso, tais leis previram formas mais democráticas de provação de incorporação de novos medicamentos e tratamentos, bem como de revisão periódica das listas padronizadas.

Ainda quanto à organização do SUS, a Lei 8.080/90 consolida as condições para a organização, a promoção, a proteção e recuperação da saúde pública, fixando no art. 15 as atribuições a serem exercidas pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em seu âmbito administrativo, apresentando, nos artigos 16, 17 e 18 a competência de cada gestor. A título ilustrativo, vejamos algumas atribuições de cada ente:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: (...)

- III - definir e coordenar os sistemas:
 - a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;
 - b) de rede de laboratórios de saúde pública; (...)
- XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;
- XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; (...)
- XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde,

RE 855178 ED / SE

respectivamente, de abrangência estadual e municipal; (...)

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal; (...)

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

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

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

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;

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa; (...)

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

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

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual; (...)

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de

RE 855178 ED / SE

insumos e equipamentos para a saúde; (...)

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;
(...)

Desses dispositivos extraem-se as regras de repartição de competência entre os gestores, que veio a ser regulamentada pelo Decreto nº 7.508/2011, ao qual coube a tarefa de organizar e planejar a política de saúde do SUS e a articulação interfederativa.

As atribuições do SUS, no campo da assistência terapêutica integral, isto é, correspondentes às pretensões por tratamento, medicamento, órteses, próteses, etc., são extraídas da conjugação dos arts. 6º, I, d, e 19-M e ss., ambos da Lei 8.080/90 (com as alterações dadas pela Lei 12.401/11), *in verbis*:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações: (...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea “d” do inciso I do art. 6º-consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Ainda, no Decreto 7.508/11 constam a RENASES - Relação

RE 855178 ED / SE

Nacional de Ações e Serviços de Saúde e a RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

Em síntese, a RENAME é a relação de medicamentos inserta nas políticas públicas (ou em outras palavras: as dispensadas de forma universal e igualitária, ou, ainda, o que comumente se denomina de medicamentos “padronizados” – dispensados pela rede pública). Ela dispõe sobre a assistência farmacêutica em complemento à assistência terapêutica prevista nas RENASES, que são as relações de ações e serviços de saúde nas mesmas condições dispensados à sociedade.

Ambas, resumidamente, compreendem o que o SUS garante à população no âmbito da integralidade da atenção à saúde, nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.080/90.

No que se refere à regulamentação legal de tratamentos, procedimentos, produtos sanitários e medicamentos, essas são as normas que organizam o complexo sistema do SUS.

V) ESPÉCIES DE PRETENSÕES SANITÁRIAS DEFINIDAS NO LEADING CASE - STA 175 – E CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS:

Para definir as implicações decorrentes das premissas jurídicas adotadas, no âmbito da solidariedade dos entes estatais (quanto às prestações envolvendo “direito à saúde”), valho-me do exame das espécies de tutela realizado pelo e. Relator da STA 175, após a realização de exitosa Audiência Pública:

1ª espécie: pretensão que veicula medicamento, material, procedimento ou tratamento constante nas políticas públicas.

Como esclareceu o Relator, após a audiência pública que realizou:

“no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou,

RE 855178 ED / SE

em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. (...) Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. **Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.** Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Neste caso, ou seja: quando se trata de pedido de dispensa de medicamento ou de tratamento padronizado na rede pública sem dúvida está-se diante de demanda cujo polo passivo e consequente competência são regulados por lei ou outra norma; e disso não deve se desviar o autor na propositura da ação até para que seu pedido, se deferido, seja prestado de forma mais célere e mais eficaz.

É preciso, assim, respeitar a divisão de atribuições: esteja ela na própria lei ou decorra (também por disposição legal – art. 32 do Decreto 7.508/11) de pactuação entre os entes, deve figurar no polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento daquele medicamento, tratamento ou material.

A propósito deste ponto, Cristina Leitão Teixeira de Freitas, integrante do Comitê Executivo Estadual para Monitoramento das Demandas de Assistência à Saúde, leciona (*in* Judicialização da Saúde no Brasil. Org. SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. 1^aed. Saberes: 2014. p. 61-96):

“direito à saúde, solidariedade e chamamento ao processo

RE 855178 ED / SE

precisam ser harmonizados. Não se trata de obstaculizar o direito constitucional à saúde de indivíduos, mas sim de dar atendimento a outras garantias constitucionais relevantes, como é o caso do devido processo legal. Veja-se que o chamamento ao processo não tem como escopo dificultar a efetivação de tutelas de urgência que determinam fornecimento de tratamentos de saúde, mas sim garantir que o Sistema Único de Saúde funcione e, por via de consequência, garanta a outros indivíduos que igualmente necessitam – mas não fazem parte daquele processo – possam ter seu direito realizado. Por outras palavras, aqui não se está a tratar apenas do devido processo legal a garantir o chamamento ao processo previsto na lei processual, mas da isonomia, direito fundamental, que não pode ser descurado. Na medida em que os processos de saúde são decididos apenas com olhos dirigidos ao autor da ação, olvida-se todos os demais que também precisam de saúde.

Diz-se isso porque **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.** “

Ainda que se admita possa o cidadão, hipossuficiente, direcionar a pretensão contra a pessoa jurídica de direito público a quem a norma não atribui a responsabilidade primária para aquela prestação, é certo que o juiz deve determinar a correção do polo passivo da demanda, ainda que isso determine o deslocamento da competência para processá-la e julgá-la a outro juízo (arts. 284, par. único c/c 47, par. único, do CPC). Dar racionalidade, previsibilidade e eficiência ao sistema é o que impõe o respeito ao direito dos usuários.

Nessas circunstâncias, a melhor solução parece ser o magistrado

RE 855178 ED / SE

não excluir de plano o ente político a quem se dirigiu a pretensão, sobretudo se houve pedido de ampliação da garantia, isto é: de que um ente federativo seja “garante” de outro(s), no caso de falha no cumprimento da obrigação.

Nesses casos: em que há um responsável previamente determinado (por lei ou pactuação entre os gestores), mas se impõe a responsabilidade a outro ente federado, que acaba cumprindo a obrigação no lugar do primeiro, é obrigação do magistrado, em face do dever de resarcimento, reconhecer tal fato (desde, claro, que da relação jurídico-processual tenham participado todos os devedores), para direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o resarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento. É nessa linha, aliás, o Enunciado n. 60 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça:

“A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.”

2ª espécie de pretensão: a que veicula pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas instituídas.

A respeito desta espécie, constou na STA 175 uma subdivisão, nas subespécies (1), (2) e (3):

“Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) **uma omissão legislativa ou administrativa, (2)**

RE 855178 ED / SE

de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.”

Como regra geral, nas três “subespécies” apontadas, a União comporá o polo passivo da lide.

Isso porque, segundo a lei orgânica do SUS, é o Ministério da Saúde, ouvida a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) que detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90).

A União poderá, assim, esclarecer, entre outras questões: a) se o medicamento, tratamento, produto etc. tem ou não uso autorizado pela ANVISA; b) se está ou não registrado naquela Agência; c) se é ou não padronizado para alguma moléstia e os motivos para isso; d) se há alternativa terapêutica constante nas políticas públicas, etc.

Aplicando essas considerações genéricas às subespécies (1), (2) e (3) referidas na STA 175, supratranscritas, apresentam-se as seguintes consequências processuais:

· Se houver alegação de (1) omissão administrativa ou legislativa na incorporação do tratamento pretendido, a União (pelas mesmas razões supra) poderá estar na demanda, ainda que eventual condenação não lhe seja diretamente dirigida, por haver prévia definição da responsabilidade financeira pelo seu fornecimento a outro ente, pactuada na Comissão Intergestores Tripartite (artigo 19-U, Lei 8.080/90).

· A mesma lógica se aplica ao caso de (3) vedação legal a sua dispensação: como regra geral, a União comporá a lide, ainda que para esclarecer o motivo do uso vedado pela ANVISA ou a ausência de registro na mesma Agência.

RE 855178 ED / SE

· Por fim, a situação (2): de haver uma decisão administrativa de não fornecer o medicamento ou o tratamento, normalmente está ligada aos itens (1) ou (3) retro: **porque o objeto do pedido ou não está padronizado** (o medicamento ou tratamento) **para dispensa na rede pública, mas possui registro na ANVISA**; ou, sobre ele incide a vedação legal de dispensa administrativa, pela incidência do artigo 19-T, Lei 8.080/90, *in verbis*:

“São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

E embora haja vedação legal à dispensa administrativa pela rede pública, a lei orgânica do SUS não silenciou quanto à definição do responsável pela obrigação, quando esta decorrer de condenação judicial à aquisição e à dispensa de medicamentos, procedimentos, tratamentos ou produtos experimentais ou de uso não autorizado pela ANVISA:

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 dessa importante alteração na Lei do SUS (posterior ao julgamento na STA 175 e certamente por ele influenciada) há regra expressa de divisão de responsabilidade (pelo financiamento ou custeio) inclusive para prestações de saúde que não constam das políticas públicas, mas que são determinadas judicialmente.

RE 855178 ED / SE

O mais importante, sobretudo nos casos de ausência de padronização (independentemente da causa), é a adoção de parâmetros claros e objetivos para a dispensa pelo Judiciário. Esses critérios devem observar - pela lógica de o deferimento judicial ser a exceção, e o administrativo, a regra -, tanto quanto possível, os elencados no artigo 28 do Decreto 7.508/11.

Essa conclusão não destoa do que foi afirmado na STA 175:

"A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da "Medicina com base em evidências". Com isso, adotaram-se os "Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas", que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. **Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.** Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

(...)

Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento

RE 855178 ED / SE

de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Essas elucidações permitem concluir que a garantia de acesso à justiça é reforçada quando definida adequadamente a responsabilidade pela prestação (seja na propositura da demanda, seja em seu processamento); a tutela é prestada de forma muito mais rápida e eficaz. Isso porque o ente legalmente responsável pela prestação, compra e entrega com muito menos recursos do que o ente que não é o responsável pela obrigação, pois este não possui os meios para isso. Colabora-se, assim, para o cumprimento adequado e eficaz, além de mais célere. Ainda, aperfeiçoa-se o sistema, ao se permitir que o ente responsável pela obrigação sanitária conheça sua real demanda, seus custos, etc. Ademais, contribui-se para a melhor organização do sistema de saúde e para a redução de demandas (regressivas, inclusive).

A efetividade da tutela significa cumprimento eficaz; não basta, por exemplo, que o medicamento chegue às mãos do cidadão: ele tem de chegar dentro do prazo de validade. Somente o ente federado que está, por lei, obrigado à prestação específica terá a sua disposição os meios aptos para isso; se for condenado o ente “errado”, ele sempre terá uma justificativa para a “má-prestação” da obrigação. A pessoa política a quem o dever é destinado legalmente não tem essa justificativa. Com isso, quem ganha é o cidadão: remédio mal acondicionado, fora do prazo, sem ter quem lhe ministre, etc. é cumprimento formal e não material da obrigação.

Por fim, ao se delinearem critérios mais visíveis, efetiva-se,

RE 855178 ED / SE

também, segurança e isonomia. As instâncias ordinárias passam a ter maior grau de previsibilidade em relação à sua própria competência, condições melhores de proferir comandos mais exatos, mais diretos, que suscitem menos litigiosidade entre os entes federativos (menos demandas regressivas) e que, nessa ordem de ideias, também resultem, como dito, em provimentos mais eficazes, sob o aspecto da celeridade e da logística, para os cidadãos.

A previsibilidade – que atinge todos os aspectos mencionados – não se pode esquecer, é faceta da segurança jurídica tanto para os entes federativos (na medida em que melhor saberão o que esperar tanto na composição do polo passivo como na determinação de cumprimento) como para os cidadãos e influencia diretamente a concretização da isonomia.

VI) DIANTE DE TODO O EXPOSTO:

1) Conheço dos embargos opostos pela União para o seguinte fim duplice:

a) atribuir ao conhecimento do recurso, sem repercussão no juízo de mérito da pretensão recursal, efeito de desenvolvimento do tema da solidariedade e de detalhamento do sentido e do alcance de precedentes, especialmente quanto aos termos enunciados na STA n. 175;

b) desprover, no mérito, o recurso examinado.

2) Em decorrência do conhecimento dos embargos sem acolhimento do mérito, a título de detalhamento, esta Corte reconhece que a tese da responsabilidade solidária como reconhecida na STA 175 se mantém hígida e que é inerente à natureza do Supremo Tribunal Federal, na condição de Corte de Vértice do sistema constitucional, dispor de instrumentos aptos a efetivar seu “poder-dever” de aprimoramento ou desenvolvimento do direito constitucional, por meio de seus precedentes,

RE 855178 ED / SE

para fim de esclarecimento, sem efeito modificativo.

3) Quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade enuncia-se o seguinte:

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

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

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

iv) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico-processual, compete a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o resarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do

RE 855178 ED / SE

redirecionamento em caso de descumprimento;

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

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

E, por derradeiro, em face do interesse público relevante, proponho que o Conselho Nacional de Justiça, por meio de seu Fórum Nacional de Saúde, acompanhe os efeitos da deliberação deste Tribunal, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades com expertise e autoridade nesta matéria.

É como voto.

Tese fixada: "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 resarcimento a quem suportou o ônus financeiro".

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

V O T O

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela União em face de acórdão proferido em Recurso Extraordinário, julgado pela sistemática da Repercussão Geral no Plenário Virtual desta CORTE, que, por maioria, reafirmou sua jurisprudência sobre a matéria, no sentido de que todos os entes federados são responsáveis solidários pelo dever de prestar assistência à saúde, podendo qualquer deles figurar no polo passivo do processo, isoladamente ou em conjunto.

Eis a ementa do julgado embargado:

“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. (RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015)”

Busca a União pronunciamento mais minucioso a respeito de importantes aspectos atinentes ao tema. Em síntese, aduz o seguinte:

(i) excepcionalmente, é viável o cabimento dos aclaratórios, com vistas a dar-lhes efeitos modificativos, haja vista o equívoco sobre o qual se assenta o acórdão recorrido, o que demanda a análise da questão pelo

RE 855178 ED / SE

Plenário presencial do STF, dada sua relevância e complexidade;

(ii) há obscuridade no tocante à possibilidade de a União ser responsável tanto pelo financiamento, ou cofinanciamento, como pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos diretamente à população, hipótese não abrangida pelos precedentes que permitiram a reafirmação do entendimento desta CORTE;

(iii) a forma genérica e irrestrita como foi concebida a responsabilidade solidária nestes autos, ensejando a presença isolada da embargante no polo passivo de demanda visando ao fornecimento direto de medicamentos, impõe dificuldades práticas no cumprimento da decisão, a depender do local do domicílio do cidadão, “o que vai de encontro aos interesses do autor e contribui para a ausência de efetividade da prestação jurisdicional e desperdício de recursos públicos; ao passo que a responsabilidade solidária de diversos entes federados traz ainda o risco do cumprimento duplicado ou triplicado da mesma decisão judicial”.

(iv) no julgamento da STA 175-AgR, precedente citado no arresto embargado, não houve conclusão, “ou parece ter restado inconclusivo o julgamento do *leading case* sobre a responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde”, fazendo-se remissão à Proposta de Súmula Vinculante 4, na qual se objetiva dar caráter vinculante ao entendimento desta SUPREMA CORTE sobre a matéria; e

(v) a solidariedade estampada nos arts. 23, II, e 198 da CARTA MAGNA, segundo a doutrina, limita-se à “obrigatoriedade de implementação de políticas públicas voltadas à finalidade de cuidar da saúde por intermédio de uma rede regionalizada e hierarquizada, financiada com ‘recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]’ decorrendo daí o fracionamento da solidariedade que se transforme em subsidiariedade’, conforme destacado em trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da STA nº 175 (...”).

O i. Relator, Ministro LUIZ FUX, levou seu voto ao Pleno desta

RE 855178 ED / SE

CORTE, na data de 6/8/2015, no qual rejeitou os embargos declaratórios.

O eminente Ministro EDSON FACHIN pediu vista dos autos na oportunidade.

É o resumo das razões ofertadas pela União.

Senhor Presidente, quanto aos debates preliminares, reputo preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso. Dessa forma, passo à análise das razões.

Trata-se de aclaratórios no qual a União postula a deliberação pelo Plenário presencial das questões constitucionais que levaram o Tribunal à reafirmação da jurisprudência que reconheceu a responsabilidade solidária dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em demandas no qual o necessitado postula o fornecimento de medicamento, material, procedimento ou tratamento médico.

Desde logo, deve-se fazer a delimitação das demandas nas quais se postulam medicamentos não registrados na ANVISA, hipótese em que, conforme já consolidado em sede de repercussão geral, a União deverá *necessariamente* figurar no polo passivo da demanda, haja vista que a ela compete proceder ao registro:

"1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a

RE 855178 ED / SE

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". (RE 657718, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe. 22/5/2019, Tema 500 da repercussão geral)

No que remanesce, a meu ver, merece revisão a tese reafirmada pelo Colegiado Virtual no sentido de que os entes federados podem ser demandados de forma solidária. Entendo que atende aos ditames constitucionais a responsabilização subsidiária da União, haja vista que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional pertinente foram expressas quanto à distribuição de competências no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Nas demandas individuais em que se persegue o fornecimento individual de medicamentos, tenho que a própria CONSTITUIÇÃO FEDERAL fornece balizas para a solução dessa controvérsia, propiciando a manutenção do equilíbrio constitucional, em especial do federalismo e de suas regras de distribuição de competências legislativas e administrativas, que são um dos grandes alicerces da consagração da fórmula Estado de Direito.

É importante salientar, dentro dessa perspectiva, que a questão do federalismo e do equilíbrio entre o Poder Central e os Poderes Regionais foi dos temas mais discutidos durante a Convenção norte-americana, pois a manutenção do equilíbrio Democrático e Republicano, no âmbito do Regime Federalista, depende do bom entendimento, da definição e da fixação de funções, deveres e responsabilidades entre os três Poderes, bem como da fiel observância da distribuição de competências legislativas, administrativas e tributárias entre a União, Estados e Municípios, característica do Pacto Federativo, consagrado constitucionalmente no Brasil, desde a primeira Constituição

RE 855178 ED / SE

Republicana, de 1891, até a Constituição Federal de 1988.

A Federação, portanto, nasceu adotando a necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e a coesão do próprio País, garantindo-lhe, como afirmado por HAMILTON, a oportunidade máxima para a consecução da paz e da liberdade contra o facciosismo e a insurreição (*The Federalist papers, nº IX*), e permitindo à União realizar seu papel aglutinador dos diversos Estados-Membros e de equilíbrio no exercício das diversas funções constitucionais delegadas aos três poderes de Estado.

Durante a evolução do federalismo, passou-se da ideia de três campos de poder mutuamente exclusivos e limitadores, segundo a qual a União, os Estados e os Municípios teriam suas áreas exclusivas de autoridade, para um novo modelo federal baseado principalmente na cooperação, como salientado por KARL LOEWESTEIN (*Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 362).

O legislador constituinte de 1988, atento a essa evolução, bem como sabedor da tradição centralizadora brasileira, tanto, obviamente, nas diversas ditaduras que sofremos, mas também *nos momentos de normalidade democrática*, instituiu novas regras descentralizadoras na distribuição formal de competências legislativas, com base no princípio da predominância do interesse, e ampliou as hipóteses de competências concorrentes, além de fortalecer o Município como polo gerador de normas de interesse local.

Essa quadra constitucional é regida, portanto, pelo equilíbrio federal entre as entidades da República (ADI 5.352, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 3/12/2018); certo que a esta SUPREMA CORTE “impõe-lhe o dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre os entes estatais brasileiros”. (ACO 2.661, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 9/6/2015).

RE 855178 ED / SE

Assevero que a *judicialização da saúde* revela contingência que *refoge à normalidade democrática*, haja vista ponto de tensão existente entre os três níveis da esfera federativa, e que, embora não se eleve ao perigoso grau de conflito federativo, exige do Poder Judiciário uma solução que traga maior operacionalidade e racionalidade às decisões judiciais envolvendo o exercício do direito fundamental à saúde pela via judicial.

A CARTA MAGNA, na Seção em que se dedica à saúde, determina a instituição de um modelo prestador de saúde envolvendo a União, os Estados e os Municípios, tendo a comunidade como seu partícipe. Sua execução se estabelece do seguinte modo:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(...)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os

RE 855178 ED / SE

Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;”

E, no art. 23, II, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, vê-se que compete aos aludidos entes estatais:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

RE 855178 ED / SE

No âmbito da legislação ordinária, a Lei 8.080/1990 instituiu o Sistema Único de Saúde (Legislação do SUS), atenta ao *caput* do art. 196 da CF/1988 e ao art. 23, II, da CF/1988.

Com vistas à descentralização político-administrativa das ações e execuções decorrentes do mandamento constitucional, definiram-se atribuições a cada qual das pessoas políticas, nos termos dos normativos da Lei 8.080/1990. Vejamos:

- Das Atribuições Comuns

"Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;

III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;

IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único

RE 855178 ED / SE

de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;

XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;

XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;

XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;

XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial."

- Direção Nacional do SUS

"Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

RE 855178 ED / SE

I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;

II - participar na formulação e na implementação das políticas:

- a) de controle das agressões ao meio ambiente;
 - b) de saneamento básico; e
 - c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;
- III - definir e coordenar os sistemas:
- a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;
 - b) de rede de laboratórios de saúde pública;
 - c) de vigilância epidemiológica; e
 - d) vigilância sanitária;

IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;

V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;

IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos

RE 855178 ED / SE

de assistência à saúde;

XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

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

XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. (Vide Decreto nº 1.651, de 1995)

Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional."

- Da Direção Estadual

"Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

RE 855178 ED / SE

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

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

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

IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:

- a) de vigilância epidemiológica;
- b) de vigilância sanitária;
- c) de alimentação e nutrição; e
- d) de saúde do trabalhador;

V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;

VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;

VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;

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

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;

XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;

XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;

XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

RE 855178 ED / SE

XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.”

- Da Direção Municipal

“Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

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

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

- a) de vigilância epidemiológica;
- b) vigilância sanitária;
- c) de alimentação e nutrição;
- d) de saneamento básico; e
- e) de saúde do trabalhador;

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

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços

RE 855178 ED / SE

privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação."

Há, portanto, um arquétipo normativo bem definido e estruturado pelo legislador para que se garanta o constitucional acesso do cidadão à saúde por meio de atividades administrativas desempenhadas em conformidade com a atribuição de cada qual.

À sua margem, irrompem ininterruptas ingerências judiciais em decorrência da sobredita *judicialização da saúde*, tanto na justiça estadual como na federal, as quais reputo, com a devida vênia, perniciosas ao modelo normativo instituído, a compelir, muitas das vezes, o abandono, principalmente pelos Estados e municípios, do programa orçamentário destinado ao financiamento de tais serviços, arruinando a divisão funcional de atribuições e encargos desenhados na lei para os órgãos do SUS.

Efetivamente, a CONSTITUIÇÃO estabelece princípios e regras que vinculam a atuação estatal à estrita observância da lei orçamentária, vedando a transposição de recursos públicos para finalidade diversa da prevista na lei orçamentária (art. 167, II, da CF). A legalidade orçamentária, essencialmente ligada ao preceito da separação funcional de poderes (art. 2º c/c art. 60, § 4º, III, da CF), também age como consectário do princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF) e do princípio da continuidade dos serviços públicos (art. 175, da CF).

Com isso, não se está atribuindo superioridade valorativa aos princípios constitucionais da programação orçamentária em prejuízo do direito social à saúde, permitindo a mitigação do mínimo existencial em prol da observância de interesses secundários do Estado. Ao contrário, a preocupação é preservar a capacidade dos entes em sustentar financeiramente uma política pública que proporcione assistência médica

RE 855178 ED / SE

ao maior número possível de pessoas. A estabilidade do orçamento público é condição indispensável para que todos os deveres dos Estados, Distrito Federal e Municípios sejam corretamente exercidos, inclusive aqueles que conferem efetividade a direitos fundamentais.

A judicialização da saúde pública, nesse aspecto, tem sido malsucedida. Há um efeito vicioso na multiplicação dos casos de fornecimento de medicamentos via ação judicial: a gestão pública ineficiente, que justificou a intervenção judicial, é cerceada pela constrição do orçamento público decorrente de várias decisões com esse mesmo conteúdo; a falta de controle sobre a verba pública aumenta a ineficiência do sistema de saúde, o que, por sua vez, alimenta a necessidade de socorro ao Poder Judiciário em novas demandas.

A título explanativo, citem-se dados da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo informando que o número de condenações do Estado em ações destinadas ao fornecimento de medicamento saltou de 9.385 casos em 2010 para mais de 18 mil condenações em 2015. Em âmbito nacional, a Assessoria de Comunicação do Ministério da Saúde indica um aumento de 727% nos gastos com ações judiciais nesse mesmo período (2010-2015), acumulando um gasto total de R\$ 3,9 bilhões.

É evidente, portanto, que essa litigiosidade pressiona o orçamento público em detrimento de todas as demais ações públicas financiadas pela mesma dotação orçamentária.

Ora, o que se constata, ao fim e ao cabo, é a controvérsia entre os entes a respeito de qual deles, de fato e de direito, deve arcar com o bem da vida objeto do processo, provocando desavenças entre os sujeitos integrantes da pessoa jurídica de Direito interno, constituído, como cediço, pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, ocasião em que esta SUPREMA CORTE “ganha relevância no plano federativo no momento em que [lhe] caberá dirimir conflitos de

RE 855178 ED / SE

competência que eventualmente venham a surgir entre os entes federados." (BERNARDO GONÇALVES FERNANDES. *Curso de direito constitucional*. 6^a ed. Salvador: Jus Podvim. 2014, p. 291).

Logo, impende refletir sobre a necessidade vital de revisar (*prospective overruling*) o entendimento jurisprudencial firmado sobre a solidariedade dos entes estatais, estabelecida em um contexto no qual ainda não se vislumbrava a prática danosa relativa ao cumprimento do título judicial condenatório.

Muitas das vezes, conforme salientado em memorial ofertado pela Advocacia-Geral da União, verifica-se a atuação sobreposta dos entes federativos, com inegável prejuízo dos escassos recursos públicos destinados para a área, uma vez que, em razão do prazo exíguo e da coerção judicial, na forma de severas sanções, cada ente réu fornece, individualmente, a prestação total requerida, de modo que são obtidas, no processo judicial, quantidades duas ou três vezes superiores à necessária, conforme retratado em sede doutrinária (DANIEL SARMENTO; CRISTINA TELLES. *Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade?* In: FELIPE ASENSI; ROSENI PINHEIRO (Org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 117-129).

Como antes destacado, observar fielmente a distribuição de competências legislativas e administrativas demanda, em cenários excepcionais, a proeminência de um Poder Central que garanta a coesão nacional, notadamente, como no caso pátrio, quando a instituição do federalismo decorreu-se da desagregação (ACO 3258-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 7/5/2019); ao contrário do "Estado unitário, que se descentraliza, como da reunião de antigos Estados independentes ou soberanos, para a formação de um único Estado, agora federal." (ANDRÉ RAMOS TAVARES. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019).

RE 855178 ED / SE

Ressalto, como cediço, que o nosso federalismo em vigor funda-se sob o pilar da cooperação (federalismo cooperativo), urgindo atuação irmanada dos entes em favor da coletividade. Mas, como observado pelo eminentíssimo Ministro ROBERTO BARROSO, “o federalismo brasileiro vive um momento delicado, marcado por insuficiências e desequilíbrios, de modo que a interpretação de normas e contratos entre os entes federativos não pode desconsiderar essa realidade fática.” (ACO 3224-MC, DJe de 1º/4/2019).

Quanto à distribuição de valores a serem repassados pela União aos demais entes federados, a Lei Complementar 141/2012 dispõe no art. 12 que os “recursos da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o órgão Ministério da Saúde, para serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde”, e o art. 18 reza que os “recursos do Fundo Nacional de Saúde, destinados a despesas com as ações e serviços públicos de saúde, de custeio e capital, a serem executados pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios serão transferidos diretamente aos respectivos fundos de saúde, de forma regular e automática, dispensada a celebração de convênio ou outros instrumentos jurídicos”.

Já a Portaria de Consolidação 2/2017, na qual se incorporou a Portaria 3.916/1998, trata da Política Nacional de Medicamentos, nos moldes previstos no art. 6º da Lei 8.080/1990, merecendo destaque a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, listando os medicamentos utilizados pelo SUS, os quais, via de regra, são disponibilizados à população seguindo o princípio da descentralização da gestão e visando (i) ao uso racional dos medicamentos; (ii) à otimização e eficácia do sistema da distribuição no setor público; e (iii) ao desenvolvimento de iniciativas que possibilitem a redução de preços e o acesso da população aos produtos no âmbito privado. (Anexo I do Anexo XXVII da Portaria de Consolidação nº 2/2017).

RE 855178 ED / SE

Incumbe à União, com base no art. 38 do Anexo XXVIII da citada portaria, o repasse de recursos aos Estados, Distrito Federal e Municípios para que esses adquiram os remédios e distribuam à população.

Ora, essa é a via principal pela qual o cidadão tem acesso administrativo aos medicamentos.

Portanto, havendo distribuição de competências preestabelecidas, não há razão para se delinear uma responsabilidade solidária entre os entes federados. No mesmo sentido se posicionou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ:

“Enunciado 8: “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.”

Nessa seara, deve ser observado o princípio da subsidiariedade, no qual, “no campo federativo significa, basicamente, que somente na hipótese de o nível mais individual não poder realizar a tarefa é que esta há de ser transposta para um nível de agrupamento superior”. Aciona-se, portanto, a União ou determinado estado sempre que a instância inferior não se encontra em condições suficientes à sua justa realização de um determinado interesse comum, relata ZIMMERMANN, em sua obra *Teoria Geral do Federalismo democrático* (ANDRÉ RAMOS TAVARES. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019).

Assim, levando-se em consideração:

- (i) o modelo normativo estabelecido pelo Poder Legislativo;
- (ii) uma exegese sistemática e teleológica da nossa CARTA MAGNA; e
- (iii) o cumprimento padronizado das determinações judiciais

RE 855178 ED / SE

Conclui-se que a responsabilidade solidária dos entes limita-se à obrigação comum de atuarem no âmbito do SUS, porém deve ser respeitada a estruturação e distribuição de competência.

Logo, nos casos em que a pretensão autoral veicular pedido de medicamento, tratamento, procedimento ou materiais já constante das políticas públicas, a demanda deverá ser direcionada ao ente competente de acordo com as regras de distribuição preestabelecidas na Constituição Federal ou no arcabouço normativo pertinente, atuando a União apenas de forma subsidiária, de forma a proteger o interesse do necessitado.

Nessa hipótese, em caso de insuficiência de recursos ou meios próprios para cumprir o pedido, caberá ao próprio ente demandado ou ao juiz da causa, de ofício, incluir a União no processo, em respeito ao princípio da responsabilidade subsidiária.

Por outro lado, nos casos em que a pretensão autoral veicular pedido de medicamento, tratamento, procedimento ou materiais não constantes das políticas públicas, a União deverá necessariamente figurar no polo passivo, haja vista que a ela compete a inclusão no Sistema Único de Saúde.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, conheço dos Embargos de Declaração e acolho-os em parte.

Por fim, acompanho a tese proposta pelo relator:

“É solidária a responsabilidade dos entes que compõem o sistema único de saúde, o que implica obrigação comum, mas estruturada em níveis de atuação que devem ser observadas nas ações judiciais voltadas ao fornecimento de medicamentos, sob a seguinte disposição: a demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento ou tratamento constante nas políticas públicas deve ser proposta em face da pessoa

RE 855178 ED / SE

política com competência administrativa para o fornecimento daquele medicamento, tratamento ou material, ressalvada, em todos os casos, a responsabilidade subsidiária da União.”

É como voto.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, queria só fazer uma observação. Eu entendo que talvez essa criação judicial - muito bem-feita pelo Ministro Edson Fachin -, tenho a impressão, de que ela não atende à postulação da União, porque esta preconiza o que se deve adotar. *In casu*, é aquilo que o CNJ já afirmou quanto à possibilidade de redirecionamento do cumprimento da obrigação de dar, na hipótese de incapacidade técnica e econômica da unidade federada.

Então, basicamente, o que a União preconiza é que, se o estado ou o município não puderem atender, ela responderá subsidiariamente. O que ela não tem e não quer é que se aplique a solidariedade *tout court*, ou seja, os três são responsáveis. Aqui e agora, nós acabamos de estabelecer que, no caso de medicamento não autorizado, deve ser promovida ação diretamente contra a União.

O que o Conselho Nacional de Justiça decidiu nessa Segunda Jornada? A responsabilidade solidária dos entes da federação não impede que o juiz, ao deferir medida definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competência, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Então, o pleito da União é, na verdade, o pleito infringente, porque nós estabelecemos essa solidariedade genérica, e a União alega que ela não tem logística para entregar esses medicamentos. Então, há uma lista enorme de medicamentos que são passíveis de exigibilidade judicial, e a parte pode entrar contra o município ou pode entrar contra o estado.

Mas há determinados medicamentos - por exemplo, para pressão alta pulmonar, o medicamento custa quatorze mil dólares. Então o município não pode, o estado não pode, a União vai lá e implementa. Basicamente, é isso o que pretende a União.

RE 855178 ED / SE

O Ministro Fachin, na sua decisão, explicitou cada passo a ser cumprido, e, também, essas responsabilidades. Mas tenho a impressão que eu me sensibilizei com o pleito da União e entendo que, talvez, essa solução não seja a mais factível, porque o próprio problema é de eficiência, não é? A decisão judicial pode ter um cunho normativo e virar uma divagação acadêmica, não vai funcionar. Então, para funcionar, o que diz a União é que ela fique na retaguarda como responsável subsidiária, se o estado ou o município não puderem atender.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Participa ou não do processo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, pode ocorrer redirecionamento, a tese é esta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque o que eu acho aqui, Presidente, pensando alto, talvez eu até peça vista, porque, assim, quando os medicamentos estão definidos nas listas próprias do SUS, sabe-se que é da competência da União; o que é da competência do estado; e o que é da competência do município. Nesses casos, creio que tenha de demandar o ente responsável, porque, senão, movimenta-se três máquinas públicas simultaneamente.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isso está dito aqui já.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas é porque Vossa Excelênciia mantém a solidariedade.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Quiçá, não com essa nitidez, mas a ideia é promover uma organização desse direcionamento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas é porque eu temo que, na conclusão, entreveja-se uma solidariedade.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas é que o tema é a solidariedade. Agora entendi a percepção de Vossa Excelênciia e creio que aí talvez tenhamos um eventual ponto de dissenso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque Vossa Excelênciia diz aqui, Ministro Fachin, no item 2, na página 43, item 3, quanto ao desenvolvimento da solidariedade: "2 - Que o polo passivo pode ser composto por qualquer um dos entes isolada ou

RE 855178 ED / SE

conjuntamente".

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É que isso está na Suspensão de Tutela Antecipada 175. Não atribuí efeito infringente a esses embargos de declaração, porque entendi, por um juízo de autocontenção, que a hipótese aqui seria de desenvolver o precedente sem essa infringência, esta afirmação está lá.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Entendi, eu gostaria de rediscutir a questão de fundo, que é, simultaneamente, demandar. Inclusive, porque, aí, sabe-se que não tem a obrigação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Como estamos nos dedicando a este tema, seria o momento de resolver.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato.

O que acontece, foi sendo firmado e o que a Constituição estabelece como competência administrativa é uma competência comum: saúde, a questão de serviços relevantes à saúde. A partir disso, criaram-se, na questão de medicamentos, tratamentos, e a meu ver, algo que não previsto na Constituição, uma solidariedade quando, apesar da competência comum do art. 23, a organização que determinada constitucionalmente para o SUS é hierarquizada. O que faz a União na questão de medicamentos e tratamentos a partir do Fundo Nacional de Saúde? Ela destina aos municípios. Então, o município, por exemplo: remédio para dor de cabeça, o município tem essa verba. Eventualmente, se naquele município tiver sido gasto todo o valor, acho que, subsidiariamente, poderia ser a União. Subsidiariamente, porque, dentro do sistema de organização do SUS, o município deve dispensar determinados medicamentos; o Estado, outros; e a União, outros, como nós vimos agora.

Se sempre houver possibilidade, desde o início, de solidariedade, o que, na prática se faz? Sempre se coloca a União, e a União fala: "Mas não sou eu, esse medicamento é previsto na lista, o município é que deve entregar, e eu já repassei o dinheiro para ele." Só que movimenta toda a máquina da União. Então, a meu ver, também seria o caso de redimensionar o que é essa solidariedade dentro do que o SUS divide.

RE 855178 ED / SE

Foi mais ou menos o que nós fizemos no caso anterior, ao verificar que, se não há registro da Anvisa, é competência da União, não é solidária. A mesma coisa, se há todo um regramento, se o Ministério da Saúde já colocou que é grupo 1, 2 ou 3 o medicamento, se o estado, o município ou a União repassou o dinheiro, subsidiariamente, até entendo que possa responder a União, mas não solidariamente.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas aos critérios de hierarquização e descentralização eu fiz expressa referência. Até porque eles decorrem não apenas da Lei Orgânica do SUS, mas do próprio texto constitucional, do artigo 196 e seguintes. Agora, esta ideia de avançar para, desde logo, *tout court*, excluir A ou excluir B, creio que estamos dando um passo para além dos nossos precedentes.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato. Seria infringente, realmente.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - E creio que aí é um debate verticalizado em que, talvez, tenhamos alguma dissonância.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, se me permitir, eu peço vista para readequar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu gostaria de fazer uma sugestão.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu gostaria de fazer uma sugestão diante dos debates apresentados. Penso que é um tema importante. Se tentarmos, acho que conseguiremos resolver a questão sobre esse tema ainda hoje, sem prejuízo, evidentemente, do direito regimental de todos nós pedirmos vista.

Ministro Relator, Ministro **Edson Fachin** e os colegas que votam antes, só para tentar auxiliar, eu acolho os embargos sem efeitos modificativos, para aclarar a decisão. E a minha sugestão de tese seria a seguinte:

É solidária a responsabilidade entre os entes que compõem o Sistema Único de Saúde, o que implica obrigação comum, mas estruturada em níveis de atuação, que devem ser observados nas ações

RE 855178 ED / SE

judiciais voltadas ao fornecimento de medicamentos, sob a seguinte disposição.

E aí estabeleço dois tópicos:

Na demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento ou tratamento constante nas políticas públicas, deve figurar no polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento (dispensação) daquele medicamento, tratamento ou material, a ser identificada de acordo com a omissão que tenha ensejado a ação judicial...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, estou atônito, após 28 anos no Colegiado, com o abandono total das balizas do caso. As instâncias de origem não estabeleceram solidariedade. Concordo com Vossa Excelência: o artigo 196 da Constituição Federal encerra, na referência a Estado, obrigação da União, do Estado e também do Município. Não há dúvida. Mas, no caso, não se versou solidariedade. O instituto da solidariedade diz respeito a obrigação única.

O que fez o Juízo e também o Tribunal de Justiça? Dividiram a responsabilidade entre o Estado de Sergipe e a União. O Estado seria responsável pela satisfação de 50% da obrigação, e a União pelos outros 50%.

Complica-se tudo, porque este recurso extraordinário, a meu ver, ante as premissas do voto do ministro Luiz Fux, relator, no Plenário dito Virtual, não mereceria nem sequênciа. Apontou Sua Excelência que o decidido pela Corte de origem estava em harmonia com diversos precedentes do Supremo.

Julgou-se o recurso extraordinário – limitei-me, quando me pronunciei no Plenário Virtual, ao instituto da repercussão. Agora julgam-se embargos declaratórios, inovando totalmente, considerada a organicidade do Direito, quer dizer, não houve devolução desses temas que estão sendo cogitados. Então, complica-se, passo a passo, a jurisdição. Em vez de conciliar-se celeridade e conteúdo, está-se burocratizando a própria jurisdição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

RE 855178 ED / SE

Eu agradeço a intervenção do Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, Vossa Excelência me permite só rememorar? Creio que isso contribui também para o desenvolvimento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu só gostaria de lembrar que nós estamos julgando um feito em repercussão geral, com tese a ser fixada.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Trata-se do tema 793 da repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Era isso que eu ia ler, repercussão geral, Senhor Presidente, que eu acho que está na linha...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Isso está colocado, com a devida vénia do Ministro **Marco Aurélio**, como tema de repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A rigor, a rigor, quando a maioria se pronunciou no Plenário Virtual, o fez fora das balizas do caso. Considerado o que decidido pelo Juízo e pelo Tribunal de Justiça, ante a remessa necessária e a apelação, não foi veiculado o tema solidariedade. Ocorreu, sim, divisão da obrigação, o que afasta o instituto da solidariedade tal como conhecido no Direito Civil.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Enfim, eu gostaria de, dando continuidade, propor esta solução:

Na pretensão que veicula medicamento, material, procedimento ou tratamento constante das políticas públicas, deve figurar no polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento daquele medicamento, tratamento ou material, a ser identificada de acordo com a omissão que tenha ensejado a ação judicial.

E aqui eu falo em omissão, por quê? Porque, se há uma política já estabelecida, já reconhecida, para medicamento, tratamento ou fornecimento de material e o Estado não a aplicou, ele está sendo omissivo. De acordo com o tratamento das políticas públicas, na divisão do Sistema

RE 855178 ED / SE

Único de Saúde entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, deve figurar o ente responsável exatamente por aquele tipo de política pública pré-estabelecida.

E o segundo ponto - para ficarmos em dois e tentarmos ser objetivos – consiste nas pretensões que veiculam pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas. Em parte, decidimos isso no recurso anterior, especificamente em relação a medicamentos que não estão registrados na Agência Federal legalmente responsável por verificar a segurança, a idoneidade e a eficácia dos medicamentos - requisitos para se aprovar, do ponto de vista legal e técnico, sua comercialização.

Pois bem, nós decidimos que, nos casos em que o medicamento não é registrado, a competência é da União. Mas há também políticas públicas que não envolvem necessariamente medicamentos e, sim, o tratamento de pessoas ou o fornecimento de materiais ou de recursos destinados especificamente a determinado tipo de atendimento à saúde. Nesses casos, entendo que a demanda exigirá a presença dos entes conforme sua atribuição no sistema. Se a atribuição for técnica, a competência para estabelecer qual é o medicamento é do ente federal, a CONITEC/União, como já fixamos, mesmo naqueles casos em que não haja política definida.

Se a atribuição for de execução – como ocorre na demanda apresentada pela União por meio de memoriais, segundo o que disse o Ministro Fux - a competência caberá ao estado ou ao município, conforme o nível de responsabilidade da política de saúde em cada caso concreto, com divisão de custeio entre os entes.

E isso, Ministro **Marco Aurélio**, está exatamente dentro do que foi julgado, de acordo com o que eu estou acolhendo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Toffoli, há um aspecto de, vamos dizer assim, aumentar a órbita de segurança do paciente no sentido de incluir a União, o que não geraria um defeito tão grave a ponto de extinguir o processo. O que o CNJ imaginou foi exatamente isso: a parte promove a ação contra os três entes e o juiz, ao

RE 855178 ED / SE

invés de considerar a parte ilegítima, redireciona a ação para a unidade federada que tem a obrigação de entrega. Como destacou o Ministro Alexandre, há uma estrutura com atribuições de competências em razão a tratamentos e remédios.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, e no caso concreto, como fica a prestação jurisdicional?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Permite Ministro Marco Aurélio? O que foi levantado pelo Marco Aurélio acho até que auxilia solução do caso, porque o caso que chegou é *sui generis*: o Tribunal resolveu: paga 50%; você, 50%. Ao subir, essa divisão de obrigação acabou virando uma solidariedade, ou seja, reafirmou a solidariedade, mas, na verdade, a meu ver, primeiro me parece que o Tribunal errou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Solidariedade?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente, isso seria a solidariedade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - O Tribunal dividiu o prejuízo, mas isso não é solidariedade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - No caso concreto, basta verificar se o medicamento ou tratamento seria do estado ou da União. E aí é 100%.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Por isso eu separo o que é política pública autorizada e o que não é.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Agora, parece-me que faltou uma hipótese só, porque nós decidimos anteriormente que o medicamento não registrado é competência técnica da União. Agora, também há o medicamento registrado, mas que ainda não passou pela Conitec, e o Ministério da Saúde ainda não incorporou na listagem para fornecer ao estado ou município ou fornecer o dinheiro para isso, também nesse caso, parece-me continuar a competência da União.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A responsabilidade técnica, na proposição que faço para o

RE 855178 ED / SE

acolhimento desses embargos, é sempre da União; a responsabilidade pela prestação de serviço é atribuída aos entes de acordo com sua capacidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - O que parece que está atrapalhando a questão da decisão aqui, e foi levantado pelo Ministro Marco Aurélio, é que solidariedade na hipótese concreta não há. E, na verdade, a solidariedade é abstratamente prevista pela Constituição para a saúde como um todo.

Não há solidariedade na prestação de medicamentos. Não há solidariedade na prestação de tratamentos específicos. O que há, pela regulamentação constitucional, e, depois, pela normatização legal, é subsidiariedade, porque, a União compete A; a estado, B; e a município, C. Não há uma previsão de solidariedade. Então, aqui me parece que haveria efeitos infringentes nos embargos.

O Ministro Fachin fez uma construção que, no mérito, concordo, mas, ao repetimos a questão da palavra solidariedade, acho que nós vamos acabar gerando mais confusão do que solução.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Acolho os embargos parcialmente, sem efeitos modificativos, porque, na tese fixada por mim, entendo que, quanto à prestação e ao fornecimento do serviço, do ponto de vista do custeio, são todos realmente solidários.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tenho a impressão que a jurisprudência anterior era clara e falava-se sempre em solidariedade. Depois veio, inclusive uma lei, salvo engano, é uma lei complementar - não é, Ministro Fachin -, que tenta estabelecer os limites competenciais da União, dos estados e dos municípios, porque isso era uma névoa, realmente não se sabia bem quem era o responsável.

E claro, de alguma forma, trabalhava-se com esses dois conceitos que aparecem na STA 175, a ideia de solidariedade e a ideia de subsidiariedade, quer dizer, de fato, faz sentido para determinados tratamentos que o município seja chamado.

SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

RE 855178 ED / SE

De acordo com a complexidade do serviço.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Seja chamado. Inclusive há uma queixa, e é muito comum, tanto por parte dos municípios como parte dos estados - e daí, talvez, uma razão do ponto de vista tático por parte da propositura das ações - de que a União se ausenta do processo, até mesmo no que diz respeito a sua responsabilidade financeira. Significa dizer, se houver condenação de estados e municípios, dificilmente se conseguirá algum tipo de compensação e, por essa razão, a ação acabava sendo proposta.

Inicialmente, nós falamos, na STA 175, em solidariedade. Depois, a STA 175 deu ensejo a uma série de mudanças na legislação e em procedimentos, produzindo a edição de uma lei que tentava delimitar as competências, como acabamos de fazer em relação ao caso trazido pelo Ministro Barroso, e de maneira muito clara, porque, se a responsabilidade é da União ou do ente federal, para fins de inscrição na Anvisa, claro, a ação há de ser proposta contra a União.

Essa questão, de fato, é bastante delicada, porque, dependendo do tipo de proposição, se a ação for voltada, por exemplo, contra um município, é muito provável que esbarremos em um quadro atual, até no limite do financeiramente possível. Por isso que...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas aí a União responderia subsidiariamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois é...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Estou fazendo chegar às mãos de Vossas Excelências o enunciado, apesar de ter feito alguns comentários quando de sua leitura, para que possam ter acesso a ele diretamente.

Isso que o Ministro **Gilmar Mendes** acabou de comentar está bem claro em meu enunciado, quando falo das prestações de atendimento que não estão previstas nas políticas públicas. Elas serão custeadas pelos entes de acordo com a responsabilidade de financiamento e conforme a complexidade do atendimento. Se for imposto ao município um atendimento cuja complexidade demande condições financeiras

RE 855178 ED / SE

superiores às de que o ente dispõe, ele não conseguirá arcar orçamentariamente com o custo desse atendimento.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - E ele não terá a reposição da União posteriormente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Nesse caso, será de acordo com a complexidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu sei. Mas essa expressão não é unívoca, né? Isso aí, dentro da criatividade do advogado requerente, tudo será complexidade e será promovido direto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro, a legislação estabelece os procedimentos de complexidade por secretaria municipal, estadual ou ministério.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Isso está distribuído.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Como exemplo, a questão de oncologia.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFOLLI (PRESIDENTE):

Farei a leitura de minha proposição, sem a interrupção dos comentários.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu só queria remover uma preocupação. Nós estamos diante de uma questão que gravita em torno do ser humano e essa decisão tem que ser justa. O fato de ter infringência nos embargos declaração não tem a menor importância, diante da solução que chegaremos. Estamos tratando de um problema que não se resolve há muito tempo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Na minha proposição, não estou apresentando algo subjetivo. A complexidade está definida em normas do Sistema Único de Saúde, normas objetivas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A Lei Complementar 141, de 2012, tenta fazer essa apologia das responsabilidades.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Farei a leitura da proposição, se me permitirem, sem os comentários.

RE 855178 ED / SE

Ficarei só na proposição feita.

Acolho os embargos, sem efeitos modificativos, para prestar esclarecimentos e fixar a seguinte tese:

É solidária a responsabilidade entre os entes que compõem o Sistema Único de Saúde, o que implica obrigação comum, estruturada em níveis de atuação, os quais devem ser observados nas ações judiciais voltadas ao fornecimento de medicamento, conforme a seguinte disposição:

1. Na demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento, ou tratamento constantes nas políticas públicas deve figurar no polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento (dispensação) daquele medicamento, tratamento ou material, a ser identificada de acordo com a omissão que tenha ensejado a ação judicial;
2. Na demanda que veicular pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas instituídas, será exigida a presença dos entes conforme sua atribuição no sistema: União (responsabilidade técnica); estado ou município; (conforme o nível de responsabilidade de execução na política de saúde), com divisão de custeio entre todos os entes (responsabilidade de financiamento, conforme complexidade do atendimento).

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Tenho, quanto à específica pontuação recursal, por atendidos os pressupostos necessários à apreciação desse recurso. Assim procedo após as considerações trazidas pelos Ministros que me antecederam, sob o efeito pretendido pela União de infringência ao acórdão.

De fato, comprehendo que é necessário revisitar a conclusão desta Corte, para melhor desenvolvimento da divisão de atribuições entre os entes no SUS.

Assim, quando a União afirma ser necessário maior debate sobre a questão para que haja definição das questões de ordem prática, tais como:

i) a “possibilidade de a União ser responsabilizada não apenas pelo financiamento (ou cofinanciamento) mas também pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos diretamente à população”;

ii) o “risco do cumprimento duplicado ou triplicado da mesma decisão judicial”;

iii) o fato de ter sido suscitada como razão de decidir nos autos da STA nº 175 a possibilidade de aprofundamento da discussão nos autos da PSV nº 04, “que propunha tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária”;

iv) a definição de solidariedade como um instrumento do direito das obrigações historicamente afeto ao direito privado, o qual implica a ausência de critérios claros para sua aplicação em relações de direito público; e especialmente

v) o fato de os demais precedentes citados na decisão embargada se limitarem a fazer remissão a julgados anteriores, **tenho que o ente federal está suscitando corretamente que o julgado antecedente em que se definiu a responsabilidade como solidária não delineou as características constitucionais da responsabilidade dos entes na concretização do direito à saúde.**

RE 855178 ED / SE

De fato, até a STA nº 175, os precedentes desta Corte não traçavam qualquer consideração sobre o sentido de solidariedade, limitando-se a dispor acerca da possibilidade de inclusão de quaisquer dos entes no polo passivo da demanda judicial e, por assim fazer, deixavam transparecer a adoção, por esta Corte, do instituto da “solidariedade” tal qual foi previsto no Código Civil.

Com o julgamento daquela suspensão de tutela antecipada, não obstante tenha este Supremo Tribunal mantido a nomenclatura “solidária”, a responsabilidade entre os entes federados em matéria de saúde foi **apreciada sob perspectiva mais ampla**, contemplando-se a possibilidade de distinção de atribuições, consagrada na expressão do Ministro Gilmar Mendes como **“subsidiariedade” de responsabilidades**.

Destaco, inclusive, que, dessa óptica inaugurada com a STA nº 175, acompanhei, no julgamento de mérito dos presentes autos, a reafirmação da jurisprudência favorável à responsabilidade solidária, porque nessa precisa interpretação do instituto não se impede a identificação, no caso concreto, dos entes que devem ser responsabilizados pelo atendimento pleiteado, ainda que figurem todos eles no polo passivo.

O julgamento da STA nº 175 nitidamente evidenciou essa característica da divisibilidade das atribuições mesmo na seara da obrigação comum de garantia da saúde. Tanto é assim que os tribunais pátrios passaram a observar, na condenação dos entes – não obstante o uso da expressão solidariedade nos julgados desta Corte – suas respectivas regras de atribuição (definidas em âmbito constitucional, legal ou mesmo infralegal). No TRF-2, por exemplo, há sucessivas decisões nesse sentido. Aqui destaco trecho do voto do desembargador federal Ricardo Perlingeiro proferido em autos de apelação cível, o qual bem explicita a interpretação da solidariedade no SUS como passível de repartição de atribuições. **Vide:**

“A sentença ora impugnada, a despeito de reconhecer a solidariedade dos entes federados quando da prestação da demanda, não vislumbrou a possibilidade de aferir o grau de

RE 855178 ED / SE

responsabilidade de cada ente, consoante entendimento estabelecido na Reunião ‘Judicialização da Saúde Pública’, da Escola da Magistratura Regional da 2a Região – EMARF, de 15 de agosto de 2014 disponível em: <<http://goo.gl/UBBEjh>>): ‘recomenda-se ao juiz que leve em consideração, quando possível, as normas administrativas de repartição de competência entre os gestores’ (Conclusão 10).

Dessa forma, a responsabilidade quanto da prestação da demanda em tela deve ser entendida como solidária entre os entes envolvidos, segundo a jurisprudência do STF (1a Turma, RE 855.178, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 2.12.2014), recaindo primeiramente à União, consoante divisão das demandas de saúde quanto ao seu grau de complexidade. Nesse sentido, ver Manual de Gestão Financeira do Sistema Único de Saúde do Ministério da Saúde, disponível em: <<http://goo.gl/RmGY6e>> e Portaria no 399/2006 do Ministério da Saúde, disponível em: <<http://goo.gl/Pxb8OE>>. Ademais, é importante destacar que a existência de repartição de competências entre os entes federativos não pode ser imputada ao demandante de forma a dificultar ou impedir sua pretensão. Isso porque a repartição de competências entre os entes tem função estritamente interna, vinculando tão somente aqueles que compõem o polo passivo da solidariedade” (TRF2, 5a Turma, AC 0005020-80.2012.4.02.5101 (2012.51.01.005020-6), Des. Fed. Ricardo Perlingeiro, julgado em 2/8/2016 - grifei).

Durante a II Jornada de Direito da Saúde, o próprio CNJ, nessa mesma linha, apresentou o seguinte enunciado:

“60 – Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.”

RE 855178 ED / SE

Penso assim que a tese, da forma como foi firmada – e vislumbro isso após as ponderações da União –, não permitiria a repartição de atribuições quanto ao SUS, razão pela qual confiro efeitos infringentes aos aclaratórios.

Tendo a não me comprometer com a perspectiva de solidariedade como responsabilidade indivisa. Ressalto que minha inquietação com o tema da responsabilidade dos entes federados em matéria de saúde me acompanha desde a época em que, como Advogado-Geral da União, pude externar a esta Corte, nos autos da PSV nº 04, minha preocupação com a adoção da tese de responsabilidade solidária - em sua acepção puramente civilista, portanto -, ante o risco que, em meu entender, ela representava para a estruturação do SUS e para a própria prestação do direito à saúde.

De fato, nos autos daquela proposta de súmula vinculante, apontei que a ideia da solidariedade, implicando condenação **indistinta** de todos os entes (sem repartição de atribuições), provoca desordem na forma de cumprimento do comando judicial. Ponderei, ainda, que a indicação constitucional de competência comum no cuidado e na assistência à saúde prevista no art. 23, II, da CF/88, **exigiria indubitavelmente a participação de todos os entes, mas sem sobreposição de atribuições entre eles.**

E reforço o que, naquela ocasião, manifestei: a primeira disposição constitucional na seção reservada ao trato do direito à saúde é o comando (art. 196) que traça a obrigação **a todo o Estado** de garantir o direito à saúde. Por essa razão, todos os entes federados possuem o dever constitucional de assegurar a “promoção, proteção e recuperação” da saúde dos cidadãos brasileiros, de modo igualitário e universal.

A prefacial ordem constitucional, portanto, rechaça o argumento da ausência de responsabilidade de qualquer dos entes, seja qual for a etapa da implementação do direito à saúde. A Constituição Federal confere, isso sim, por meio da divisão de atribuições, organização ao sistema, mas sempre com a participação de todos os entes na concretização do direito à saúde.

RE 855178 ED / SE

Contudo, a própria Constituição traz indícios de que não era intenção do constituinte originário o estabelecimento de obrigações superpostas, pois ela é expressa quanto:

i) à descentralização como uma das diretrizes do SUS (art. 198, I); ii) à obrigação do município de prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do respectivo estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII); e iii) à existência de uma rede de atendimento “regionalizada e hierarquizada” (art. 198, caput).

De acordo com a Biblioteca Virtual em Saúde,

“[a] organização do SUS em nosso país está assentada em três pilares: **rede (integração dos serviços interfederativos), regionalização (região de saúde) e hierarquização (níveis de complexidade dos serviços)**. Estes são os pilares que sustentam o modelo de atenção à saúde, conforme dispõe o art. 198 da CF. **A Constituição ao estatuir que o SUS é um sistema integrado, organizado em rede regionalizada e hierarquizada, definiu o modelo de atenção à saúde e a sua forma organizativa.**”(Disponível em <http://blogs.bvsalud.org/ds/2011/09/15/o-modelo-de-atencao-a-sauda-se-fundamenta-em-tres-pilares-rede-regionalizacao-e-hierarquizacao/>. Acesso em 17/10/16)

Dos dispositivos citados e da compreensão técnica de cada um dos conceitos definidos pelo constituinte – os quais, entendo, se harmonizam perfeitamente com a decisão prolatada nos autos da STA nº 175 – se depreende que, em síntese: 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, ser municipalizada (sendo, por isso, a ele mais acessível)**, sem deixar de ser regional (as regiões de saúde devem estar aptas a suprir as

RE 855178 ED / SE

carências locais para garantir a integralidade das ações e dos serviços de saúde); iv) deve haver 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 e direcionado ao ente mais afeto à especialização técnica - estados e, sequencialmente, a União).

O que me parece evidenciado, portanto, é que a Constituição, em seu arcabouço normativo de definição de responsabilidades em matéria de saúde pública, **externou duas ordens de atribuição, com a respectiva preponderância de atuação:**

i) a responsabilidade por **executar** as ações e os serviços de saúde é **preponderantemente atribuída ao município** (art. 198, I, c/c o art. 30, VII), de modo que o atendimento se dê, preferencialmente, na própria região de residência do cidadão, **com assunção de obrigações de atendimentos mais complexos pelos estados e, em sequência, pela União;**

ii) a responsabilidade pelo **comando técnico e pelo financiamento do sistema** é **acentuadamente atribuída à União e, em menor grau, aos estados e municípios, nessa ordem.**

As duas ordens de atribuição, com a respectiva preponderância de atuação seguem na mesma direção, mas em sentidos opostos: o aparato técnico e financeiro está mais concentrado no ente central, e enquanto a execução é voltada a entes periféricos. A existência delas mostra-se, importa ressaltar, **consentânea com o modelo federativo brasileiro**. Como advertiu o Consultor Jurídico Edelberto Luís da Silva em sua fala na Audiência Pública de Saúde, a divisão de atribuições entre os entes políticos com relação à responsabilidade de assegurar o direito à saúde é espelhada na própria opção constitucional pela federação como forma de estado, tendo em vista, **em primeiro plano, a maior acessibilidade da população às ações públicas**. Destaco de sua fala o seguinte trecho:

“O federalismo é uma decorrência natural da extensão do nosso território, cujo sentido reside na descentralização do

RE 855178 ED / SE

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/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em 17/10/16).

Saliente-se, ainda, que esses elementos - descentralização das ações e dos serviços de saúde e centralização da condução técnico-política do sistema - encontram justificativa na **superação do modelo anterior de prestação da saúde pública**, cuja execução se dava sob responsabilidade federal, com forte restrição de acesso da população às ações de saúde e à

RE 855178 ED / SE

fiscalização dos serviços, um modelo que era sobremaneira “hospitalocêntrico” e que não considerava as particulares situações de saúde de um país com extensão continental. Como salientado por Adairson Alves dos Santos,

“[a]inda no da referida década [de 80], começara a surgir, ainda fora do contexto oficial, **uma corrente contra hegemonic formadas por segmentos organizados da sociedade que preconizava a melhoria da assistência médica no país através da “descentralização, articulada à regionalização e à hierarquização dos serviços de saúde e à democratização do sistema, através da extensão de cobertura a setores até então descobertos, como os trabalhadores rurais”**. Era o movimento sanitário que criticava o modelo hospitalocêntrico e propunha a ênfase em cuidados primários e a prioridade do setor público.

O movimento Sanitário tentava oficializar um novo conceito de saúde para o país através da quebra do modelo antiquado e sem cunho social dominante, uma vez que o setor privado era responsável pelo aumento e pela maior parte das despesas na saúde. **De outro lado, mostravam a possibilidade de uma maior democratização do atendimento médico, estendendo-o à população marginalizada que não contribuía diretamente com a Previdência Social (...)** Este é um momento tumultuado na saúde, tendo em vista a quebra de hegemonia do modelo anterior.

Considerada também como um marco revolucionário na história da saúde no Brasil, a VIII Conferência Nacional de Saúde realizada em 1986 no Distrito Federal, contou com ampla participação de trabalhadores, governo, segmentos organizados da sociedade que militam na área da saúde, conselhos das mais variadas profissões, usuários e parte dos prestadores de serviços de saúde.

Para Cunha & Cunha (1998), a VIII CNS ‘constituiu um marco na formulação das propostas de mudança do setor saúde, consolidadas na Reforma Sanitária brasileira, em consonância com a Conferencia de Alma -Ata. Seu documento

RE 855178 ED / SE

final sistematiza o processo de construção de um modelo reformador para a saúde (...).

Este documento serviria de base para as negociações na Assembléia Nacional Constituinte, que se reuniria em 1988, onde pela primeira vez numa Constituição Brasileira, aprovou-se uma seção sobre a Saúde que incorporou, em grande parte, os conceitos e propostas da VIII Conferência Nacional de Saúde, podendo-se dizer que na essência, a Constituição adotou a proposta da Reforma Sanitária e do SUS" (**Conceito de saúde: perspectiva histórica.** Disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10598&revista_cadern o=9).

Dessa óptica, tenho que a Constituição Federal, ao estabelecer a competência comum de "cuidar da saúde" (art. 23, inciso II), não estipulou uma obrigação indivisa, mas, ao contrário, **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 propugnado pela Constituição.**

Nesse passo, tenho que se pode vislumbrar a Federação como uma figura formada por dois círculos concêntricos, em cujo centro está a União. O círculo concêntrico mais próximo do centro representa os estados e o Distrito Federal, o mais distante, os municípios. Nesse contexto, em matéria de saúde, quanto mais se caminha em direção ao ente central do sistema (direção centrípeta), **maior a responsabilização técnico-financeira identificada**, ao passo que, quanto mais se caminha no sentido oposto, **maior a obrigação de execução das políticas de saúde.**

Embora a responsabilidade seja una, no sentido de que todos têm o dever **inafastável** de garantir saúde a seus cidadãos, a divisão de responsabilidades no SUS segue uma gradação em duas orientações: a **centrípeta**, no que tange ao financiamento e à responsabilidade técnica; e a **centrífuga**, no que tange à execução das ações e dos serviços de saúde.

Importa ressaltar que a concretização desses comandos

RE 855178 ED / SE

constitucionais ocorreu com a edição da Lei nº 8080/90, a qual, especialmente em seus arts. 16 a 19, densificou a divisão de atribuições entre os entes políticos em matéria de saúde. A edição da Lei nº 12.401/11 deu maior evidência a essa divisão.

De fato, seguindo essa lógica constitucional, a Lei nº 8080/90 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

RE 855178 ED / SE

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, no que interessa ao caso dos autos, 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.”

E, se a lógica constitucional foi observada pelo legislador, também não pode ser afastada no bojo de demandas judiciais, sob pena de fatal desordem administrativa, com prejuízo não apenas ao paciente da demanda, mas ainda a todos os usuários do SUS.

O que se tem hoje? Municípios arcando com o financiamento de fármacos importados, de altíssimo custo e, muitas vezes, sem registro na ANVISA, o que impõe uma atuação técnica para a qual nem sempre estão preparados; estados realizando incorporação de medicamentos sem

RE 855178 ED / SE

respaldo técnico da CONITEC, apenas para facilitar o procedimento de aquisição do produto (ante a larga escala de concessão na via judicial); e a União gerenciando o fornecimento de medicamentos a pacientes/autores de ações judiciais, com estruturação administrativa própria, diferenciada – e mesmo privilegiada – em face da estabelecida no SUS (quando é condenada a fornecer medicamentos a pacientes, envia-os à residência do paciente, por contratação de empresa de transporte, em quantidades exorbitantes, sem qualquer controle de seu uso).

Esse quadro, que favorece inclusive a ocorrência de fraudes das mais diversas naturezas, **não encontra, a meu ver, respaldo no que pretendeu esta Corte quando se posicionou no sentido da responsabilidade solidária dos entes em matéria de saúde.**

A meu ver, ao definir a responsabilidade como solidária, esta Corte, baseando-se na previsão da saúde como obrigação **comum** (art. 23, II), pretendeu apenas atribuir a todos os entes responsabilidade na garantia do direito à saúde. Tenho que há de se avançar nessa questão para se preservar, conforme ficou claro nos autos da STA nº 175, **a possibilidade de, na condenação dos entes, se realizar a repartição de atribuições traçada em âmbito legal ou mesmo infralegal** (especialmente, acrescento, se tal repartição estiver consentânea com as orientações constitucionais centrípeta – quanto à cooperação técnica e financeira – e centrífuga – quanto à própria prestação do direito à saúde).

Atualmente, 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 à parte do componente especializado); e ii) pelos estados (nos demais medicamentos do “componente especializado” e ainda no “componente estratégico”). Nunca, todavia, esse atendimento deverá ser feito diretamente pela União.

Por outro lado, a responsabilidade pelo financiamento será: do município ou será compartida entre os três entes (no caso das medicações que cumpre ao Município dispensar); do Estado (para parte dos

RE 855178 ED / SE

medicamentos do componente especializado); e da União (no componente estratégico e, ainda, no maior nível de complexidade do componente especializado). Como se observa, 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.

Tenho que esse é o cerne da infringência que se faz necessária, nos termos do quanto decidido nos autos da STA nº 175:

i) a **solidariedade** ali apontada indica a existência de **um só dever constitucional** (o de prestar as ações e os serviços de saúde), disposto em atribuições concorrentes, traçadas sob diretrizes constitucionais; e

ii) a **subsidiariedade** quer significar que tais atribuições, por não serem estanques, mas, ao contrário, se inter-relacionarem, **podem ser assumidas por algum ente em caso de falha de outro, sempre que atendidos os direcionamentos de natureza constitucional**. Ou seja:

a) **em matéria de execução das ações e dos serviços de saúde**, deve-se buscar a responsabilização, inicialmente, do estado ou do município (consoante a atribuição já disposta no sistema) e, em caso de falha irreparável desses entes, a responsabilização pelo atendimento ao paciente pode ser direcionada à União;

b) **na disposição técnica do sistema**, deve-se observar, ao contrário, a preponderância da atuação da União – como gestora nacional do SUS – na definição do que deve ou não ser fornecido (incorporação da tecnologia medicamentosa); e, por fim,

c) **no financiamento das prestações de saúde** - que, conforme a Constituição Federal, é **tripartite** -, deve-se ponderar a complexidade do atendimento médico ou medicamentoso que se esteja por deferir, para, então, se definir, à semelhança do que ocorre com o fornecimento já regulamentado no sistema, como se dará a responsabilidade por seu financiamento.

RE 855178 ED / SE

Essas são, em síntese, as três espécies de obrigação que exsurgem da determinação judicial de fornecimento de tratamento medicamentoso, e faço essa expressa menção porque cada uma delas segue uma lógica constitucional própria, que não deve ser desconsiderada pelo magistrado – salvo em caso de hipóteses excepcionais de falha na obrigação comum.

Traçados esses parâmetros, sigo a ordenação já traçada nos autos da STA nº 175:

- Primeira grande espécie: pretensão que veicula medicamento, material, procedimento ou tratamento constante nas políticas públicas.

Entendo que deva ser demandada no polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento do respectivo medicamento, material, procedimento ou tratamento, podendo o juiz determinar a correção do polo passivo da demanda, ainda que isso signifique o deslocamento da competência para processá-la e julgá-la a outro juízo;

- Segunda grande espécie: pretensão que veicula pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas instituídas.

Como disposto na STA nº 175, há três subespécies em tal caso: (i) omissão legislativa ou administrativa; (ii) decisão administrativa de não fornecimento; (iii) vedação legal a sua dispensação.

Em tais casos, entendo que a União obrigatoriamente deve figurar no polo passivo, uma vez que a direção técnica nacional do Sistema lhe pertence, estando a decisão sobre a incorporação da tecnologia medicamentosa a cargo do Ministério da Saúde, com apoio da CONITEC (art. 19-Q, da Lei 8080/90).

A presença da União no polo passivo, todavia, não prescinde da presença do estado e/ou do município, seja porque são os entes executores do sistema (princípio da descentralização), e, assim, eventual ordem de fornecimento direto ao paciente deve sobre um deles recair

RE 855178 ED / SE

(conforme a complexidade do atendimento); seja porque o financiamento do Sistema é tripartite e, em se tratando de medicamentos não padronizados, fatalmente, não terá sido objeto de deliberação no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite (art. 19-U, da Lei nº 8080/90), não se podendo, a princípio, afirmar a exclusão de responsabilidade financeira de qualquer deles, cabendo em tais casos ao magistrado ponderar (novamente com base na complexidade do atendimento) a responsabilidade de cada ente pelo financiamento do atendimento.

Por fim, entendo pertinente destacar que o entendimento aqui exposto **não exclui a possibilidade de integração à lide de particulares conveniados ao sistema único de saúde**, uma vez que é possível, dentro da formatação constitucional do SUS, que eles exerçam o papel de executores de determinadas políticas públicas. De fato, a teor do art. 199, § 1º, “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde”, e essa complementação dá-se, inclusive, na própria prestação de atendimentos de saúde à população.

Não raro, demandas judiciais se originam de prescrições dessas instituições, que, paradoxalmente, recusam o fornecimento dos medicamentos por seus médicos prescritos, sendo certo que recebem financiamento do Sistema Único de Saúde para realização do atendimento integral do paciente. É o caso, por exemplo, do fornecimento de medicamentos utilizados em tratamento oncológico, citados nas peças de embargos da União, os quais por questões de política sanitária, são entregues às instituições públicas e privadas conveniadas ao SUS.

Não estou com isso a afirmar a prévia responsabilidade de tais entes no custeio do medicamento (essa é matéria a ser averiguada no caso concreto, de acordo com o nível de responsabilidade assumida pelo ente privado junto ao Sistema), mas é fato constitucional inegável que a execução das ações e dos serviços de saúde pode ser partilhada com a iniciativa privada de forma complementar, o que, portanto, pode atrair a responsabilização dos entes privados credenciados ao sistema.

Pelo exposto, conheço dos embargos de declaração opostos,

RE 855178 ED / SE

atribuindo-lhes efeitos infringentes. Proponho a seguinte tese, já reajustada (relativamente à ofertada por ocasião do julgamento Plenário), tendo em conta meu convencimento, após os debates, de que se deve evitar a expressão solidariedade:

“É comum a responsabilidade entre os entes que compõem o Sistema Único de Saúde, o que implica obrigação estruturada em níveis de atuação, os quais devem ser observados nas ações judiciais voltadas ao fornecimento de medicamentos, conforme a seguinte disposição:

- na demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento ou tratamento constante nas políticas públicas, deve figurar no polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento (dispensação) daquele medicamento, tratamento ou material, a ser identificada de acordo com a omissão que tenha ensejado a ação judicial;

- na demanda que veicular pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas instituídas: será exigida a presença dos entes conforme sua atribuição no sistema: União (responsabilidade técnica); estado ou município (conforme o nível de responsabilidade de execução da política de saúde); com divisão de custeio entre todos os entes (responsabilidade de financiamento, conforme complexidade do atendimento)”.

É como voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 126 de 166

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, receio que, com tanta complicaçāo, o doente morra antes de alcançar o medicamento!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A atuação da Justiça tem salvado muitas vidas, Ministro **Marco Aurélio**. A atuação do Poder Judiciário e do sistema de Justiça, em conjunto com a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e da advocacia privada, tem salvado muita gente.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 127 de 166

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REDATOR DO	: MIN. EDSON FACHIN
ACÓRDÃO	
EMBTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO.(A/S)	: MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Na verdade, o que vem ocorrendo é que o doente vem morrendo porque só se aciona o município, e o município não tem condições de pagar.

Agora, Presidente, aqui na última questão - pretensão que veicula pedido de medicamento, tratamento, procedimento ou materiais não constantes das políticas públicas -, ao não constar da política pública, quem pode, nos termos da lei - vimos só em relação ao não registro, mas a legislação é igual para todas essas questões -, quem pode trazer para dentro do Sistema Único de Saúde e dizer qual é a complexidade é a União. Então, nesse segundo ponto, para mim, a demanda exigirá a presença da União, porque o município, se não está ainda disciplinado, não está ainda incorporado ao Sistema Único, em princípio, ninguém está obrigado a executar. Quem pode decidir se vai incorporar ou não é a União.

Então, aqui, eu colocaria só a União.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sobre esse ponto, vou pedir licença a Vossa Excelência só um minutinho.

Aqui o caso que nós temos em questão – e, portanto, acho totalmente pertinente o encaminhamento que Vossa Excelência está propondo – envolve uma demanda por um medicamento, que foi ajuizada contra município, Estado e União. Portanto, nós estamos bem dentro da questão da solidariedade. O juiz entendeu e condenou. Era o fornecimento de um medicamento, um remédio para hipertensão pulmonar primária chamado Tracleer. O medicamento está na lista da Rename. Portanto, em rigor, talvez a gente nem precise da última proposição de Vossa Excelência, porque eu concordo com o Ministro Alexandre: quem tem competência para incluir é a União. Então, eu estou endossando integralmente a tese principal de Vossa Excelência de que a pretensão deva ser veiculada contra quem tem o dever.

O Ministro Luiz Fux, por outro lado, levantou um ponto. Muitas vezes, a União é que tem a obrigação do financiamento. Portanto, acho que ela tem responsabilidade subsidiária, não solidária. Assim, talvez o que tenhamos que pensar é: na linha do que Vossa Excelência propõe, a ação deve ser ajuizada em face do ente que tem a obrigação.

Agora, para a subsidiariedade da União ser exercida, nós faríamos como? Damos ciência à União? A pergunta não é retórica, é real. Porque eu concordo que a União só deva entrar subsidiariamente. Ou ela vai ser responsável subsidiária mesmo que não tenha participado ou acompanhado a demanda?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Há casos assim de redirecionamento da execução sem que tenha participado do processo de conhecimento.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Posso dar uma sugestão? No momento em que o ente federativo, o município ou

RE 855178 ED / SE

estado, é chamado, ele vai arguir que não tem condições financeiras, porque senão ele vai cumprir, ele deve cumprir. Ao arguir isso, ele mesmo solicita, ou o juiz de ofício, mediante essa arguição da incapacidade financeira de cumprir a obrigação, que se chame o responsável subsidiário. Acho que se deve aguardar primeiro que o réu principal se manifeste.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, permita-me?

Em função da questão colocada pelo Ministro Luís Roberto, como não sendo meramente retórica – e, por óbvio, não o é –, na minha compreensão não há possibilidade de imputar responsabilidade subsidiária a quem não integrou a relação jurídico-processual; porque temos de assegurar o contraditório e a ampla defesa, inclusive para que a União possa fazer todas as colocações.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nesse processo, já surgiu, inclusive, município inominado. Acionados foram a União e o Estado de Sergipe.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, antes de proferir meu voto, eu gostaria de fazer uma observação. Recebemos aqui, ao longo de meses ou até de anos, representantes dos municípios dos Estados, da União. Todos eles traziam reivindicações e preocupações justíssimas quanto à precariedade dos respectivos orçamentos, em termos de saúde. Mas, de outro lado também, recebemos inúmeros representantes de pacientes, daqueles que dependem do Sistema Único de Saúde, de organizações não governamentais que encheram nossas galerias, nosso auditório, nossos corredores e nossos gabinetes.

Então, eu penso, Senhor Presidente, na linha um pouco - e me permito aí até uma citação um tanto quanto acadêmica - de Norberto Bobbio. É que, na evolução dos direitos humanos, essas questões podem ser vistas sob dois aspectos: *ex parte principis* ou *ex parte populi*. Ou nós examinamos a questão da saúde do ponto de vista do Estado; ou do povo, do homem comum da rua.

RE 855178 ED / SE

Eu penso que, nessa questão aí, Vossa Excelência está certíssimo, *data venia*; e também o Ministro Barroso, agora, levantou essa questão: É uma questão de solidariedade! É isso que nós vamos, agora, discutir; e eu vou oportunamente me pronunciar sobre esse aspecto.

O que é preciso, neste momento, decidirmos? Nós vamos resolver a questão do Estado, e da carência de recursos; ou vamos resolver a questão ou problema daquele que está na ponta do sistema, que precisa urgentemente do remédio? Ele precisa do medicamento e, para ele, não importa quem é que ele vai acionar: Se é o município, o Estado ou a União. Ele precisa resolver o seu problema de saúde, sob pena de falecer.

Então, acho que, neste momento, não está em questão a solução dos problemas orçamentários dos municípios, dos Estados e da própria União, no que diz respeito à saúde. Precisamos, enquanto Suprema Corte, enquanto última "trincheira" da defesa dos direitos e garantias do cidadão, verificar como é que vamos resolver, da melhor forma, o problema daquele indivíduo que está - eu repito e me permito -, infelizmente, na ponta do sistema, precisando de um remédio e de um tratamento?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu só faria duas observações: A primeira é de que, por exemplo, na execução, sempre foi possível penhorar bens do fiador, na hipótese de insuficiência dos bens do devedor, sem que o fiador fosse chamado ao processo de conhecimento. Ele é legitimado passivo da execução. Vários legitimados passivos da execução não participam do processo de conhecimento, porque há uma previsão legal de responsabilidade patrimonial secundária. Então, isso não é uma figura nova: ser executado e não passar pelo processo de conhecimento.

Em segundo lugar, essa problemática que o Ministro Lewandowski levanta é uma questão de fronte. Não dá para resolver uma sem resolver a outra; senão, vira divagação acadêmica. Vamos condenar também. Claro, a preocupação do Ministro Fachin é criar uma orla de segurança, dizendo "promove contra todos eles, para poder garantir; pode pedir". E o que diz o CNJ? "Eu posso redirecionar para quem tem a verdadeira

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 131 de 166

RE 855178 ED / SE

atribuição; promover contra qualquer um". Agora, quem vai cumprir a prestação é quem tem a atribuição para esse fim, que é o que o Ministro Toffoli está propondo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É minha proposição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas pode ser uma coisa genérica.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 132 de 166

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REDATOR DO	: MIN. EDSON FACHIN
ACÓRDÃO	
EMBTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO.(A/S)	: MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Perdão, Ministro. Eu concordo, plenamente, com Vossa Excelência. Nós temos de dar uma decisão de caráter prático. Nós não trabalhamos em um Olimpo, nem em uma torre de marfim; nós queremos é resolver o problema.

Agora, nós estamos interpretando essa questão do ponto de vista da Constituição e não do ponto de vista da lei, *data venia*, e nem de resoluções ou estudos do CNJ. Então, se a lei garante o direito fundamental à saúde, o Estado tem obrigação solidária do ponto de vista dos três entes políticos administrativos da Federação. É sob essa perspectiva que nós temos que discutir a questão, com todo o respeito. Se a lei diz isso ou aquilo, e a lei é mutável, amanhã pode dizer outra coisa, e o CNJ, mudando a Constituição, também pode ter uma outra opinião sobre essa questão.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu só queria registrar nesta observação do Ministro Lewandowski.

Aqui, de fato, temos que nos preocupar com algum método, ou seja, com normas de organização e procedimento, porque senão produzimos algo lítero-poético-recreativo. Vamos dizer que há um direito subjetivo à saúde, mas, na hora de implementar, nós vamos esbarrar em dificuldades práticas. Por isso é que é importante, realmente, ter regras que levem à condução que o CNJ tem procurado, de alguma forma, implementar. Eu acho que é fundamental isso.

A própria declaração do 196 e tudo o mais, quanto ao direito subjetivo público à saúde, está muito claro. Agora, é preciso dimensionar o que, de fato, é passível e como isso se executa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas, Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite um rapidíssimo aparte? Eu me animei até a fazer uma intervenção um pouco mais longa, porque estou louvando aqui e estou citando em meu voto, o AgR na SS 3.355, de relatoria de Vossa Excelência, em que Vossa Excelência, com todas as letras, afirma que a competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Aí até grifei aqui "são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade". Eu estou partindo desse ponto de vista. Agora, concordo que nós temos que estabelecer uma metodologia para tornar exequível esse direito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Está na STA 175 também, Ministro Fachin já fez essa referência. Mas eu lembrei também que, posteriormente a isso, em 2012, sobreveio essa lei complementar que tenta definir as responsabilidades. De qualquer forma, claro, como Vossa Excelência bem o diz, nós podemos até dizer que essa divisão é inconstitucional ou coisa do tipo. A rigor, o SUS é um experimento institucional. É um esforço enorme que se faz de incorporar uma

RE 855178 ED / SE

experiência que já era pré-constitucional.

Na verdade, ela veio para o texto constitucional e tem êxitos indiscutíveis, como nós todos sabemos. O Ministro Toffoli não se cansa de dizer que muitos apontam falhas enormes no SUS e esquecem de falar dos seus êxitos cotidianos. É um trabalho e é um experimento, porque, de fato, faz a junção de União, estados e municípios. Sai daquele modelo das competências estanques e tenta também definir responsabilidades.

Esse é o nosso debate, para também darmos alguma resposta - o Ministro Fachin se preocupou muito com isso agora e também o Ministro Fux - prática, porque, se não, nós vamos continuar nesse discurso circular. O debate é aberto, nós estamos concordando e estamos fazendo um esforço no sentido de, de fato, viabilizarmos o direito à saúde.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

**PROPOSTA
(s/ tese em repercussão geral)**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre Representante do Ministério Público, Senhores Advogados, Estudantes presentes.

Senhor Presidente, a leitura que fiz dos debates foi que, em primeiro lugar, faz-se uma leitura da solidariedade no sentido de que há uma estrutura de atribuições administrativas com relação a medicamentos, materiais etc. Por outro lado, há uma preocupação, que foi externada pelo Ministro Fachin e pelo Ministro Gilmar, no sentido de que haja uma proteção pela União nos casos de falha da unidade federada. Se o Município ou o Estado não cumprir, a União entra para subsidiar. Então, de uma maneira ou de outra, a vida humana estará protegida na forma como a Constituição preconiza.

E aí, me aproveitando da proposição de Vossa Excelência e concluindo a tese, que vai ser submetida à votação - e a ela nos submeteremos -, de sorte que evite debate...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Para fins de proclamação, também preciso saber se Vossa Excelência está acolhendo ou não os embargos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu vou manter aquela posição originária, a que eu me referia.

O problema da infringência dos embargos, aqui, é de somenos importância, porque foi obedecido o contraditório. Todo mundo falou.

Por outro lado, o problema é de uma envergadura muito maior do que essa questão sobre se os embargos têm efeitos infringentes ou não. A questão de forma não deve prejudicar a questão de fundo.

Dito isso, Senhor Presidente, vou me aproveitar da sua ementa e acrescentar, aqui, o seguinte - eu começo com Vossa Excelência e só acrescento.

RE 855178 ED / SE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É solidária a responsabilidade entre os entes que compõem o Sistema Único de Saúde, o que implica obrigação comum, mas estruturada em níveis de atuação, que devem ser observados nas ações judiciais voltadas ao fornecimento de medicamentos sobre a seguinte disposição: A demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento ou tratamento, constante das políticas públicas, deve ser proposta em face da pessoa política com competência administrativa para o fornecimento, dispensação daquele medicamento, tratamento ou material, ressalvada, em todos os casos, a responsabilidade subsidiária da União.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Essa é a proposição?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É. A segunda parte nós excluímos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vossa Excelência, então, conhece dos embargos para prestar esclarecimentos e fixar essa tese?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Sim.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 137 de 166

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Ministro-Relator, peço toda vénia para entender que, do ponto de vista da consequência, Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator, está concedendo efeitos infringentes aos embargos de declaração.

Eu já votei, havia acompanhado Sua Excelência na posição que houvera inicialmente entendido, de rejeição dos embargos. Portanto, eu conheço dos embargos, mas os rejeito, nada obstante seja possível avançar para alguma elucidação ou desenvolvimento das teses fixadas no precedente, mas não avanço na matéria que Sua Excelência introduz, distinguindo, aliás, solidariedade e subsidiariedade.

Portanto, peço vénia para divergir da proposta do eminente Ministro Luiz Fux.

Conheço dos embargos, mas os rejeito.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu acho que há um certo consenso, entre todos nós, de que a judicialização se tornou uma questão grave, como Vossa Excelência bem referiu no início dos trabalhos de hoje. Portanto, penso que nós temos que trabalhar para diminuir a judicialização.

Há coisas que nós não podemos fazer. Eu acredito que boa parte do debate que está sendo travado no Judiciário deveria ser travado no momento da elaboração do orçamento: saber quanto dinheiro vai para cada lado e, aí, aquele é o limite. Onde acaba o dinheiro, acabam as possibilidades. A gente tem que trabalhar com a compreensão de que os recursos são finitos e que governar, em última análise, é alocar recursos escassos entre fins alternativos. E acho que o lugar de essas escolhas serem feitas não é aqui, e, sim, no Parlamento, na votação do orçamento. Enquanto essa agenda não avançar, nós vamos enfrentando o tema da judicialização.

Em matéria de medicamentos, há dois tipos de judicialização: as demandas contra o descumprimento das regras estabelecidas pelo SUS – portanto, você tem o Rename, a lista dos medicamentos, tem a definição de qual é o ente responsável por prover, e ele não cumpre. Essa é a parte fácil do sistema, porque está previsto na legislação. Não cumpriu, violou o Direito e a judicialização se impõe.

A judicialização difícil é quando se tem a pretensão por um medicamento ou um tratamento que não está no sistema. Essa é a grande dificuldade que nós enfrentamos. Eu defendo, Presidente, que, quando se trate de um medicamento que não está incluído na lista, isto é, não está incluído no sistema, a demanda deve ser proposta apenas em face da União, pelo fato de que somente a União pode determinar, via CONITEC e pelos procedimentos adequados, a inclusão de um medicamento nas listas.

RE 855178 ED / SE

Portanto, não vejo nenhuma razão para a solidariedade quando se trate de medicamento que não conste das listas do SUS. Quando nós estamos diante da outra hipótese, em que o ente responsável pela dispensação do medicamento não o faz, aí, ele é que é o responsável; se for um município, a ação deve ser proposta em face do município; se for o estado, a ação deve ser proposta em face do estado; e se for a União, a ação deve ser proposta em face da União.

O Ministro Luiz Fux fez uma sugestão atendendo a uma postulação da União que, em lugar de ela ser incluída rotineiramente no polo passivo como solidária, que ela seja tratada como tendo responsabilidade subsidiária. Vale dizer: se o ente que deveria entregar a prestação não for solvente ou, por qualquer razão, não a puder cumprir, é possível ir buscar na União, que é quem imprime dinheiro. Mas a solidariedade significa que você pode, indistintamente, demandar quem descumpriu e quem não tinha obrigação. Portanto, eu acho que a solidariedade é um conceito que não se aplica aqui, com todas as vêrias de quem compreenda diferentemente.

E a solução da subsidiariedade jamais deixará a parte desassistida, porque, se o ente competente não provê, a União fica nesse dever. E, aí, se a União vai ou não integrar a lide passa a ser uma escolha dela. Ela, a meu ver, se tem responsabilidade subsidiária, ela tem que, pelo menos, ser cientificada da demanda em relação a qualquer ente, porém, o responsável primário é o ente. Porque, do contrário, Presidente, quando a União entrar na demanda, é muito fácil a entidade responsável e competente simplesmente se abster, porque a União faz suprir.

E é preciso ter em conta também – e eu fui advogado público, isso não é irrelevante – que você tem o custo do medicamento; você tem o custo administrativo de litigar, portanto, se você propõe, como é a praxe, a ação contra o município, o estado e a União, e "vocês se virem", você mobiliza três máquinas administrativas, três procuradorias, o que significa material, pessoal, custos administrativos desnecessários se você já sabe quem é o responsável e já elegeu a União como responsável subsidiária.

RE 855178 ED / SE

De modo que eu creio que é melhor para o sistema e produz maior justiça, em matéria de saúde, a fórmula da subsidiariedade. Por essa razão, estou acompanhando a proposição de Vossa Excelência na redação que foi dada pelo Ministro Luiz Fux.

E reiterando: a solidariedade não é grátil, ela tem um custo, que é um custo para o sistema, e penso que, se nós pudermos evitar esse custo sem prejuízo para o paciente, é melhor. Portanto, acho que no fundo, nós estamos provendo os embargos de declaração com efeitos infringentes. Aí, a fórmula do dispositivo, eu adiro ao que a maioria preferir.

Mas, no fundo, nós estamos dizendo que não é solidária, é subsidiária, e isso tem uma dimensão infringente que, excepcionalmente, neste caso, eu admitiria pela gravidade e pela circunstância de que o debate só foi travado aqui. Antes, essa foi uma matéria que passou no Plenário Virtual. Para que as pessoas entendam, geralmente para Plenário Virtual vão as matérias já pacificadas. E, em relação a esta, nós nos demos conta de que não havia uma pacificação e, por isso, viemos discutir em Plenário.

De modo que creio que é legítimo, por exceção, nós darmos efeitos infringentes aqui. Assim, estou acompanhando...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Barroso, Senhor Presidente, apenas uma pequena reflexão, sem contraditar Vossa Excelência, em absoluto.

O que é comum, o que é recorrente é que as pessoas, no município, cheguem de madrugada ao pronto-socorro trazendo um parente ou alguém, ou acompanhando alguém que tenha tido um derrame, um AVC, um infarto do miocárdio ou sofrido um acidente grave.

No caso de medicamento, é relativamente simples nós decidirmos e darmos uma solução unívoca. Mas, nesses casos complexos, eu mesmo, que sou Juiz do Supremo Tribunal Federal, não saberia dizer de quem é a competência para atender àquele paciente naquela emergência. Muitas vezes, é preciso de um transplante, de uma operação mais complexa, de um remédio que vem do exterior, de uma UTI sofisticada.

De maneira que, simplesmente, nós afirmarmos que deve responder,

RE 855178 ED / SE

no polo passivo, aquele que tem a obrigação primária de atender no dia a dia, no cotidiano da vida, é relativamente complexo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro, isso já é normatizado pelo sistema.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é, mas nós não podemos, *data venia*, decidir aqui com base numa portaria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu tenho impressão de que tem prestações que estão listadas e definidas; e tem aquelas outras que não estão listadas.

Eu estava vendo, há pouco, esse debate sobre políticas públicas que se desenvolvem em municípios: entregas de leites com alguma singularidade. Em alguns municípios existe essa política, em outros, não.

Então, na verdade, essa questão precisa ser realmente...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É, mas aqui há uma questão.

A sugestão feita por mim inicialmente veiculava uma definição para medicamentos, tratamentos e materiais que não estão previstos nas políticas públicas. Mas, no caso concreto, não foram abordadas essas questões, Ministro Gilmar.

Por isso que, na discussão com o eminentíssimo Relator, Sua Excelência fixou-se apenas na primeira proposição feita por mim com adequações por meio das quais Sua Excelência, com sua capacidade, aprimorou a redação. Por quê? Porque, no caso concreto, se trata de um objeto previsto nas políticas públicas.

Então, nós não temos aqui, neste caso, a discussão a respeito desse tema relativo a tratamentos que não estão previstos na listagem da política pública para a saúde.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois é, mas, na medida em que extraímos uma tese, na verdade, estamos fixando essa orientação.

Veja, eu comungo, compartilho dessas angústias, desde a STA 175. Mas também me preocupa desenvolver agora uma proteção insuficiente, porque essa é a questão, tanto é que, à época, eu falava em solidariedade e subsidiariedade e dizia que o sistema precisava ser aprimorado.

RE 855178 ED / SE

Mas, de fato, e, para isso, a Ministra Rosa chamou a atenção, veja que nós podemos ter situações em todos os planos em que uma dada política pública não foi desenvolvida. E a parte não sabe, quer dizer, ela simplesmente vai formular uma reclamação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas as questões urgentes acabam sendo resolvidas por juiz, até por juiz incompetente, porque o sistema ali funciona.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Com plantonista.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Com plantonista, e, isso, depois é discutido no âmbito do polo passivo etc., no desenvolver e no desenrolar da ação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Talvez aqui o minimalismo nos ajude, Ministro Gilmar. Aqui, o caso concreto era o de fornecimento de medicamento que constava da lista. Então, nós estamos produzindo uma tese só para esta hipótese. A tese para medicamentos não constantes de lista, que seria a última que Vossa Excelência tinha proposto, nós retiramos.

Então, a tese minimalista é: nas hipóteses em que existe determinação legal de dispensação de medicamento, é o ente político que tem o dever de dispensá-lo que deve ser demandado. É isso que nós estamos dizendo aqui.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Dentro da estruturação do sistema que já está normatizada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -

Interessante, Presidente, só para problematizar um pouco. Nós deferimos, em seis casos aqui, e a nossa Turma foi uma delas - não me lembro se participava ou da Primeira ou da Segunda Turma. Havia uma doença grave oftalmológica chamada retinose pigmentar, e o único país que, alegadamente, tinha um tratamento era Cuba. Vossa Excelência se lembra disso. E nós mandamos seis pacientes, com familiares, para Cuba.

Agora, eu não saberia dizer, neste momento, se a responsabilidade é

RE 855178 ED / SE

da União, dos Estados ou do município. Quer dizer, o munícipe vai lá, está ficando cego e quer um tratamento, e o juiz terá que estabelecer alguma responsabilidade.

Eu penso - claro, não quero ainda avançar o voto, o Ministro Barroso, agora, tratou da questão com muita objetividade - que a solução da solidariedade é a que melhor atende ao paciente que vai entrar na conta do sistema, *tout court*.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 144 de 166

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, o eminente Ministro Luiz Fux foi o Relator do processo em julgamento, e nós, ali, afirmamos a solidariedade. É isso? Foi afirmada a solidariedade?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Sim.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Nos embargos de declaração, no voto trazido por Vossa Excelência, em assentada anterior, afirmava-se a inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, ou seja, de condições de embargabilidade que justificassem o acolhimento dos embargos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Isso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - No estudo que eu fizera, estava acompanhando o voto de Vossa Excelência. Antecipou pedido de vista o Ministro Edson Fachin e trouxe o seu voto-vista na mesma linha, acompanhando Vossa Excelência e, em *obiter dictum*, fazendo algumas colocações relativas à solidariedade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, reforçando a solidariedade, para criar uma orla de proteção maior.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu, com todo respeito e porque acompanhei Vossa Excelência, entendo que é ínsito ao conceito de solidariedade passiva justamente o direito de o credor exigir de todos, ou de qualquer um dos devedores, no todo ou em parte, a dívida comum. Essa foi a tese assentada na época. Mesmo a responsabilidade subsidiária, a que se refere o voto do Ministro Luís Roberto, pressupõe que integre a relação processual, na qual essa responsabilidade é definida, acolhida, ou não, o dito responsável subsidiário.

Então, a parte terá, necessariamente, de ajuizar a ação também contra o pretenso responsável subsidiário, como o próprio réu – que seria, digamos, o devedor principal –, se entender de chamar à responsabilidade, vai denunciar a lide, vai utilizar um dos instrumentos

RE 855178 ED / SE

processuais que estão a seu dispor, justamente para que essas pessoas entre as quais se divide a responsabilidade possam dar a sua resposta, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com todo respeito, Senhor Presidente, eu também entendo que não cabe ao Supremo ficar a definir quem deve ser chamado, ou não. Cada juiz, ao exame dos autos, a partir da teoria da asserção e da sua compreensão pessoal, vai definir o que entender cabível. E, se concluir pela ilegitimidade *ad causam passiva*, julgará no sentido da carência da ação.

Por não vislumbrar a presença das condições de embargabilidade, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar a divergência.

Conheço e rejeito os embargos declaratórios.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - Presidente, como aqui foi explicitado por todos que se manifestaram antes de mim, este recurso extraordinário foi tido como de repercussão geral, no tema aventado, exatamente para reiterar a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido da aplicação do princípio da solidariedade, como vinha sendo entendido, aplicado e orientado para todas as instâncias judiciais. Sobrevém, agora, os embargos de declaração e, como também foi dito a partir do inicial voto divergente do Ministro Edson Fachin, não se demonstrou omissão, contradição ou obscuridade, o que inicialmente também o Ministro-Relator Luiz Fux tinha assentado.

Mantendo-me, Senhor Presidente, na versão inicial do voto do Ministro-Relator, quer dizer, não havendo omissão, contradição ou obscuridade, e não havendo como prosseguir, na minha compreensão, sobre uma matéria que precisa de ser aprofundada, até mesmo porque estaríamos modificando a jurisprudência do Tribunal e, portanto, não teríamos reiterado a jurisprudência, mas mudado sem a tramitação nesse sentido, é que eu peço vênia ao Ministro-Relator para acompanhar a divergência no sentido de conhecer dos embargos e rejeitá-los.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 147 de 166

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu também vou pedir vênia para acompanhar a divergência.

Eu, como intervim várias vezes, entendo que é muito difícil, no caso concreto, identificar quem é o responsável pela obrigação de fazer no campo da saúde, se é o município, se é o Estado, se é o Distrito Federal ou se é a União. Desse modo, penso que o jurisdicionado estará melhor protegido com a reafirmação da tese, que é da jurisprudência da Casa, da subsidiariedade.

Portanto, vou acompanhar a divergência, no sentido de conhecer e rejeitar os embargos e manter a posição tradicional desta Casa.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também gostaria até de ter mais segurança em relação a essa temática, mas, diante da insegurança que existe, parece-me que ainda a responsabilidade solidária é a que, de alguma forma, preserva e assegura a proteção. Acho até que ela precisa ser, talvez, hierarquizada e sistematizada, e aqui o próprio caso parece indicar isso, porque, quando a parte entrou com esta ação, ela exatamente dizia que havia uma informação negativa porque o medicamento não constava da portaria do Ministério da Saúde. Na verdade, veio a ser inserido dois anos depois, talvez por conta das próprias demandas.

Portanto, vejam que temos uma zona grise, que é quase negra, em termos de indefinição. A mim, parece-me que isso é extremamente grave e, como nós estaríamos caminhando para superar o entendimento que era reiterado, parece-me que é extremamente arriscado nesse contexto, na linha de como já se pronunciou o Ministro Fachin.

Eu entendo que, de fato, esse é um tema que precisa ser amadurecido, eventualmente, aqui ou alhures, por parte da Administração e do legislador, mas o pior de tudo é fazer uma mudança para agravar e tornar insuficiente, ou mais insuficiente, o sistema de proteção. E o próprio caso ilumina isso, porque, de fato, a ação foi movida exatamente porque o medicamento não constava da lista do Ministério; e por isso se reclamava - a demanda é de 2009 e ele só foi incorporado em 7 de novembro de 2013.

Portanto, pedindo todas as vêniás, eu acompanho a divergência.

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, estritamente para documentação no voto, rememoro o caso.

O Tribunal Regional Federal da 5^a Região deixou de acolher a apelação interposta e desproveu, vamos falar assim, equiparando esse procedimento a recurso, a denominada remessa oficial. Ao fazê-lo, assentou:

Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema Único de Saúde. Édito judicial que condenou o Estado e a União a fornecer medicamento de nome BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg). Falecimento da autora. Pretensão da União em ver reconhecida sua ilegitimidade passiva para eximir-se do cofinanciamento do custeio do medicamento. Impossibilidade. Responsabilidade solidária entre os entes federados. Eventuais questões de repasse de verbas atinentes ao SUS devem ser dirimidas administrativamente, ou em ação judicial própria. Apelo e remessa oficial improvidas.

Houve recurso extraordinário. E, então, inseriu-se o extraordinário no denominado Plenário Virtual, propondo o Relator, a um só tempo, que se reconhecesse – e limitei-me a fazê-lo – a repercussão geral e se desprovesse o recurso, mencionando inúmeros precedentes quanto à responsabilidade solidária a decorrer do disposto no artigo 196 da Constituição Federal: "A saúde é direito de todos e obrigação do Estado" – vamos entender esse vocábulo como a revelar União, Estados e Municípios.

Presidente, houve o julgamento no Plenário dito Virtual. Ocorreu a protocolação de embargos declaratórios pela União. Esses embargos foram trazidos – não foram apreciados no mesmo Plenário, que é diverso do físico. Esses declaratórios vieram com 25 folhas.

Indaga-se: apontando-se omissão, obscuridade ou contradição, no

RE 855178 ED / SE

pronunciamento havido no Plenário Virtual? Não. Formulou-se pedido que digo discrepante da organicidade e dinâmica do Direito.

Vou ler o fecho, na 25^a folha, dos embargos declaratórios do recurso interposto pela União:

“Pelo o exposto, requer a União sejam os embargos declaratórios conhecidos e providos, reformando-se o acórdão recorrido” conferiu-se aos embargos declaratórios contornos de recurso de revisão, simples revisão, quando os embargos visam afastar aqueles vícios a que me referi ou a esclarecer a decisão proferida – “a fim de que a questão, cuja repercussão geral foi reconhecida, seja submetida ao Plenário presencial, tendo em vista a obscuridade contida na decisão embargada, bem como” – obscuridade inexistente, é muito clara a decisão, só não se mostrou clara para a União – “a necessidade de discussão e deliberação acerca das diversas nuances do tema, tendo em vista a sua complexidade e suas repercussões práticas.”

Estou convencido de que, a cada dia que passa, a prestação jurisdicional fica mais complexa e, em vez de os pronunciamentos do Supremo servirem de norte à primeira instância – e a instância verdadeiramente revisora, o Tribunal de Justiça ou o Regional Federal –, acabam, de duas, uma: ou não sendo considerados ou, considerados, acabam confundindo e dificultando ainda mais a vida do jurisdicionado, a vida do cidadão, principalmente do que precisa – e essa necessidade urge – de um medicamento.

Não posso, Presidente, porque, se o fizesse, teria de observar o Código de Processo Civil, transformar esses embargos declaratórios em embargos infringentes.

Uma coisa é, ante omissão, julgar-se os declaratórios e conferir-se à decisão eficácia modificativa; outra é pretender-se, sem ouvir a parte – e o Código compele a ouvir a parte quando se toma o recurso interposto por um recurso diverso –, rejugar o extraordinário, dando o dito pelo não dito. E a decisão – e não me pronunciei quanto ao fundo do recurso

RE 855178 ED / SE

extraordinário, porque entendi impróprio fazê-lo no Plenário Virtual – não teve voto discrepante e foi no sentido de reafirmar-se a jurisprudência, reiterada quanto à solidariedade, dos entes da Federação.

Diante desse contexto, Presidente – se posso simplificar, não complico, e diziam os antigos: vence o simples –, conheço do recurso interposto, porque atendidos os pressupostos de recorribilidade específicos, mas o desprovejo. Desprovejo os declaratórios, reafirmando não haver, no pronunciamento do Colegiado, no Plenário Virtual, pronunciamento embargado, quer omissão, quer contradição, quer obscuridade.

É como voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 152 de 166

22/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Peço vênia à maioria formada para acompanhar o eminente Relator.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 153 de 166

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

EMBTE. (S) : UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMBDO. (A/S) : MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que rejeitava os embargos de declaração, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.08.2015.

Decisão: Indicado o adiamento pelo Ministro Edson Fachin, em razão do pedido de vista no RE 566.471 e no RE 657.718. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 28.09.2016.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração. No mérito, por maioria, 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, o Tribunal deliberou fixar tese de repercussão geral em assentada posterior. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 154 de 166

23/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não obstante a excelência da fundamentação do voto do eminente Ministro LUIZ FUX, peço **vênia** para, *conhecendo* dos embargos de declaração, **rejeitá-los**, apoiando-me, *para tanto*, no voto do eminente Ministro EDSON FACHIN.

É o meu voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 155 de 166

23/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, a proposta que trago a este Colegiado, esperando que ela esteja em linha de coerência com o que se deliberou por maioria, está vertida em apenas seis linhas, e é do teor da cópia que fiz chegar, agora, às mãos de Vossa Excelência. Leio:

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 resarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

É o que trago como proposta.

23/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, obviamente, fui vencido no mérito, mas, aqui, tenho uma preocupação de um possível conflito dessa tese com a tese anterior, que nós votamos ontem, em relação aos medicamentos sem registro na Anvisa, na qual constou, expressamente, quem deveria ser demandada, nesse caso, a União. Então, aqui, até para considerar, talvez fosse importante excepcionar aquela hipótese.

No momento, estou sem a tese anterior que votamos, mas recordo bem que o enunciado ficou definido, nos termos do voto da maioria que, no caso de medicamentos não registrados na Anvisa, no RE 657.718, o item 4 da tese ontem fixada foi: "As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão, necessariamente, ser propostas em face da União".

Nessa tese, nós fixamos a União como sujeito passivo - o Ministro Ricardo Lewandowski levantou a questão, depois nós debatemos - independentemente de a ação ser proposta onde não há Justiça Federal - na Justiça estadual, como a Constituição permite -, mas sempre em face da União.

Nessa forma, hoje mais genérica, acabar-se-iam anulando os efeitos da tese anterior, parece-me, porque diz: "São solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área de saúde" - que, em tese, salvo se entendi errado, entraria medicamento -, "competindo à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras". Aqui permitiria, salvo engano, e peço até o esclarecimento ao eminentíssimo Relator, que se ingressasse com a ação contra os três entes e o juiz é que iria direcionar aquele que deveria prestar, com direito de resarcimento.

E se for medicamento sem registro na Anvisa? Pela tese anterior, só poderia entrar em relação à União.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas eu creio, se Vossa

RE 855178 ED / SE

Excelência me permitir, que o que fixamos nessa tese anterior é que a União necessariamente deve compor o polo passivo e, por isso, até me recordo, se não me falha a memória, em uma intervenção do Ministro Ricardo Lewandowski, pela qual essa circunstância restou explicitada: não se trata de exclusivamente e, sim, de necessariamente a União deva figurar. Portanto, a tese que hoje aqui se propõe creio que não conflitaria na exata medida em que o cumprimento será direcionado conforme a repartição de competência.

Essa expressão foi retirada do Enunciado 60 do Conselho Nacional de Justiça, na Segunda Jornada sobre Direito à Saúde, de modo que procurei, portanto, valer-me dos precedentes, tal como aqui acolhidos pela percepção majoritária. Eu comprehendo a preocupação de Vossa Excelência, mas acho que ela está agasalhada nessa formulação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Da repartição de competência?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Da repartição de competência. Pode-se até explicitar isso para evidenciar a coerência na formulação das duas teses, até porque aquela já foi aprovada e nós não vamos rediscuti-la. Vossa Excelência tem toda razão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E elas são compatíveis.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu creio que sim, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Creio que sim, até porque Vossa Excelência menciona o seguinte: "São solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área de saúde, diante dos critérios constitucionais de centralização e hierarquização". "Direcionar o cumprimento a quem suportou o financiamento", ou seja, o ente de direito.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - O ente que é responsável por aquela prestação específica.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Dentro da hierarquia da saúde já normatizada.

RE 855178 ED / SE

SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Com esse esclarecimento - e que conste aqui na interpretação, não necessariamente no texto - das regras de repartição de competência, acaba-se abrangendo a tese anterior, de que, obrigatoriamente, a União deve constar.

Então, acompanho.

SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu fiquei vencido como Vossa Excelência, mas adianto que me sinto contemplado, apesar de vencido, um vez que essa tese reflete uma síntese de todas as discussões. E penso que o eminente Relator, inclusive, procurou sintetizar os debates daqueles que ficaram vencidos.

SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Essa foi a tentativa.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A preocupação só, Presidente e Ministro Fachin, é exatamente o que a Ministra Rosa ontem salientou, para se evitar que, lá na frente, como no caso das filantrópicas, um julgamento no mesmo dia, com teses que acabam, eventualmente, sendo interpretadas diversamente por aqueles que as leem.

Mas, com esse esclarecimento, estou satisfeito e acompanho o Relator.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 159 de 166

23/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente,
a minha posição também ficou vencida e acho que a tese reflete o que a
maioria decidiu.

23/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o recurso extraordinário foi julgado no Plenário dito Virtual. Não julgamos, no Plenário propriamente dito, que é o físico, o recurso extraordinário!

Quando da apreciação no Plenário Virtual, o Relator, de certa forma, lançou tese, a qual está na ementa confeccionada por Sua Excelência:

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.

O que se julgou, Presidente, na sessão de ontem? Embargos declaratórios. E então conheceu-se desse recurso, porque atendidos os pressupostos de recorribilidade, e afirmou-se simplesmente o tema de fundo? Não. Assentou-se a inexistência de omissão, obscuridade e contradição.

Se potencializasse a problemática da tese – e a tese está em moda hoje em dia –, simplesmente diria que: não havendo qualquer vício a contaminar o pronunciamento judicial, caminha-se para o desprovimento dos declaratórios.

Pela primeira vez, estar-se-á editando tese em situação concreta em que julgados simples embargos declaratórios. E julgados para proclamar a improcedência do que articulado pelo embargante.

Por isso, Presidente, voto de forma contrária à aprovação de tese.

23/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu queria dizer rapidamente, concordando, em linhas gerais, com a tese do eminentíssimo Ministro Luiz Edson Fachin, que ficou responsável pela elaboração do acórdão.

Eu penso que, pelo menos sob o meu ponto de vista, o grande avanço, a vitória que se teve na votação de ontem, *data venia* aos entendimentos em contrário, foi reafirmar o princípio da solidariedade, no que diz respeito às prestações relativas à saúde pública. Então, isso me parece que ficou assentado, na verdade, nós reafirmamos a jurisprudência histórica desta Casa.

A ementa ou a tese está muito bem redigida, a meu ver, com muita precisão. Só que eu penso que quando se diz assim, *tout court*, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento, parece-me que há uma obrigatoriedade e, desde logo, redirecionar o feito para colocar no polo passivo uma das unidades componentes da Federação Brasileira.

Nós sabemos que a solidariedade permite que o credor aione qualquer um dos devedores, independentemente de ordem a sua escolha. Eu penso que nós talvez pudéssemos aperfeiçoar essa proposta de tese, se nós, ao invés de dizer taxativamente que “compete”, poderíamos dizer: “podendo” a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras. Ou então dizer o seguinte: compete à autoridade judicial direcionar, “quando for o caso”, entre vírgulas.

Lembro que, quando intervim na sessão passada na qual se discutia o tema, disse que existem certas obrigações de fazer nas quais é muito difícil, aprioristicamente, distinguir de quem é a responsabilidade, de que ente federativo é a responsabilidade para a prestação, enfim, do serviço correspondente à saúde pública. Então, num acidente grave, por exemplo, num AVC, num enfarte, foram os exemplos que eu dei naquele momento.

RE 855178 ED / SE

Então, se nós taxativamente dissermos aqui - penso que decorre dessa proposta - que “compete”, desde logo, o redirecionamento, nós estaremos enfraquecendo aquilo que decidimos na sessão anterior, que é justamente o princípio da solidariedade.

Então, eu proporia que nós disséssemos: “podendo” a autoridade judicial, ou então, “quando for o caso”.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Lewandowski, tenho a impressão de que o Ministro Edson Fachin fez incorporar, na tese, o Enunciado 60 do Conselho Nacional de Justiça, o qual tem um fórum permanente sobre essa questão de saúde. Esse fórum foi presidido por Presidente do Supremo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Com a devida vénia, nós estamos julgando o feito à luz da Constituição e não do enunciado do CNJ. O CNJ é um órgão hierarquicamente inferior ao Supremo Tribunal Federal e não estamos jungidos aos pronunciamentos deste doutíssimo e competente Colegiado.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Na verdade, foi apreendido um segmento daquela formulação, mas, como se sabe, bastaria fazer exatamente esse exame de comparação entre o enunciado e a tese proposta. O enunciado é mais elastecido. Aliás, comungo integralmente das premissas agora expostas pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Por isso que a proposta da tese, na sua primeira parte, reafirma a solidariedade e, ao mesmo tempo, atribui esse poder/dever à autoridade judicial para direcionar o cumprimento. Não se trata da formação do polo passivo, tomei esse cuidado para evitar o debate sobre formação de litisconsórcio ou a extensão de um contraditório deferido para direcionar o cumprimento. Ainda que direcione e, por algumas circunstâncias, depois se alegue que o atendimento - exatamente naquela diferença de Bobbio citada por Vossa Excelência ontem - às demandas da cidadania possa ter levado a um eventual ônus excessivo a um ente da Federação, a autoridade judicial determinará o ressarcimento - é a parte final - a quem suportou o ônus financeiro.

RE 855178 ED / SE

Eu levei em conta preocupação de Vossa Excelência e, ainda que sem o apuro necessário, tentei incorporar aqui as premissas que Vossa Excelência acaba de traduzir na tese, conforme proposto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, diante desses esclarecimentos, realmente a minha proposta representaria uma sofisticação um pouco maior, talvez, quem sabe, pelo menos ao meu juízo, uma fidelidade um pouco mais aderente àquilo que nós...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência acredita que poderia vir à balha tese mais sofisticada do que a proposta pelo ministro Luiz Edson Fachin?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu digo sofisticada no sentido de especificar, evidentemente, e não no sentido do valor intelectual intrínseco dessa proposta apresentada pelo Ministro Luiz Edson Fachin, aliás, eminente professor da Universidade Federal do Paraná. Foi nesse sentido.

Disse que minha proposta, talvez, especificasse um pouco melhor aquilo decidido na sessão passada. Mas, diante dos argumentos de Sua Excelência, Redator para o acórdão, não insistirei e acompanharei o texto proposto na íntegra.

23/05/2019

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Também acompanho o Relator, apesar de vencido na sessão de ontem.

A tese - cumprimento o eminent Relator - contemplou várias questões colocadas em debate, como, por exemplo, a ideia da compensação, porque, em uma emergência, em uma situação de urgência - e foi a preocupação demonstrada por Vossa Excelência, Ministro **Ricardo** -, o Juízo demandado e o polo passivo podem não ter sido os competentes, mas uma vida foi salva, cuidou-se da saúde daquele que, nos termos de nossa Constituição, da qual somos guardas, precisava ter a assistência de saúde.

Essa tese proposta pelo Ministro **Luiz Edson Fachin** trata exatamente, no final, do ressarcimento, da compensação entre os entes da Federação, de acordo com o nível ou com a estrutura normativa de regulamentos de tratamento da saúde, entre as competências da União, estados, Distrito Federal e municípios.

Cumprimento o eminent Ministro **Edson Fachin** pela capacidade de formular uma tese que refletiu o voto majoritário, mas que também contemplou as preocupações expressas nos votos vencidos. E isso realmente é algo que temos sempre que procurar atingir.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 165 de 166

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

EMBTE. (S) : UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMBDO. (A/S) : MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que rejeitava os embargos de declaração, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.08.2015.

Decisão: Indicado o adiamento pelo Ministro Edson Fachin, em razão do pedido de vista no RE 566.471 e no RE 657.718. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 28.09.2016.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração. No mérito, por maioria, 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, o Tribunal deliberou fixar tese de repercussão geral em assentada posterior. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019

Decisão: Preliminarmente, votou o Ministro Celso de Mello acompanhando o Ministro Edson Fachin na rejeição dos embargos de declaração. Na sequência, 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 resarcimento 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. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 166 de 166

Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário