



Jurisprudência e legislação sanitária comentadas A saúde no STF: o ressarcimento interfederativo à luz do Recurso Extraordinário nº 855.178

Jurisprudence and health law

The right to health on Brazil's Supreme Court: federation entities reimbursement in light of RE nº 855.178

Jurisprudencia y legislación sanitaria

El derecho a la salud en el Supremo Tribunal Federal de Brasil: el resarcimiento interfederativo bajo el RE nº 855.178

Lucas Bevilacqua¹

Julia Maria Tomás dos Santos²

Resumo

Objetivo: fazer uma análise crítica sobre a tese da responsabilidade solidária pelo fornecimento de medicamentos, fixada pelo Supremo Tribunal Federal com repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, ao interpretar a competência administrativa comum da União, Estados e Municípios prevista na Constituição Federal relativamente à saúde, de maneira a chamar atenção para a necessidade de se regulamentar os mecanismos de ressarcimento intergovernamental, com vistas a restabelecer o equilíbrio no pacto federativo. **Metodologia:** pesquisa teórica e documental sobre o ressarcimento interfederativo de ações e prestações de saúde, tendo como norte o caso que ensejou na fixação da tese. A revisão documental foi o procedimento técnico adotado para fazer a observação indireta do objeto pesquisado, por meio de documentos oficiais, adotando-se como fonte secundária a proposição de Súmula Vinculante nº 4 e o Projeto de Lei nº 4.869/2016, disponíveis em sítios oficiais do governo brasileiro. **Resultados:** a sistemática fixada pelo Supremo Tribunal Federal privilegia o acesso à justiça, de maneira a tornar mais célere a concessão judicial de medicamentos e, em razão disso, tende a fomentar a judicialização da saúde. **Conclusões:** vislumbra-se o descumprimento da segunda parte da tese, referente ao ressarcimento interferativo, haja vista a complexidade e fragilidade da sistemática atual de reembolso intergovernamental.

Palavras-chave: Direito à saúde. Responsabilidade legal. Mecanismo de reembolso.

Abstract

Objective: to critically analyze the joint liability of federal, state and municipal governments regarding medication supply, stated by Brazil's Supreme Court with general repercussion on the RE 855.178/SE, when construing on the common competence established in the Federal

¹ Professor permanente do Programa de Mestrado Profissional em Direitos e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG); doutor e mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: lucas.bevilacqua@gmail.com

² Advogada; mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG). E-mail: juliaa.t@hotmail.com



Constitution, in order to draw attention to the need to regulate the reimbursement mechanisms of federation entities so the balance of the federative pact is restored. **Methodology:** theoretical and documentary research on the federation entities reimbursement mechanisms regarding the right to health, focusing mainly on the case that has led to the judicial decision in question. The documentary revision was the technical procedure adopted in order to proceed to the indirect observation through official documents, using as sources of secondary data the proposition of Súmula Vinculante nº 4 e the bill nº 4.869/2016, available on Brazilian government's official websites. **Results:** the reimbursement mechanism stated by Brazil's Supreme Court privileges the access to justice by making judicial granting of medication a faster mechanism and, because of that, it tends to increase judicialization of the right to health. **Conclusions:** it is foreseen the failing to comply with the second part of the established method, regarding the reimbursement of federation entities, due to the intricacy and weakness of the current reimbursement system. **Keywords:** Right to health. Liability. Reimbursement mechanisms.

Resúmen

Objetivo: hacer un análisis crítico de la tesis de responsabilidad solidaria por el fornecimiento de medicamentos, establecida con repercusión general por el STF, en el RE 855.178/SE, cuando interpreta la competencia administrativa común de la Unión, de los estados y de los municipios, prevista por la Constitución Federal en relación a la salud, de manera a llamar la atención para la necesidad de reglamentarse los mecanismos intergubernamentales de resarcimiento, restableciéndose el equilibrio en el pacto federativo. **Metodología:** investigación teórica y documental acerca del resarcimiento interfederativo en las acciones y prestaciones de salud, teniendo como Norte el caso que ha conducido a la fijación de la tesis. La revisión documental fue el procedimiento técnico adoptado para proceder a la observación indirecta del objeto investigado, por intermedio de documentos oficiales, habiéndose adoptado como fuente secundaria la propuesta de Súmula Vinculante nº 4 y el Proyecto de Ley 4.869/2016, disponibles en los sitios internet oficiales del gobierno brasileño. **Resultados:** la sistemática fijada por el STF privilegia el acceso a la justicia, tornando más célere la concesión judicial de medicamentos y, por ello, puede fomentar la judicialización de la salud. **Conclusiones:** se entiende que no se va a sostener la segunda parte de la tesis, referente al resarcimiento interfederativo, debido a la complejidad y a la fragilidad del actual sistema de resarcimiento intergubernamental. **Palabras-clave:** Derecho a la salud. Responsabilidad legal. Mecanismo de reembolso.

Introdução

A saúde está prevista na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB) como um direito social, de aplicabilidade imediata, que deve ser assegurado pelo Estado, por intermédio de políticas econômicas e sociais (1).

Além disso, a Constituição prevê o Sistema Único de Saúde (SUS) como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, elencando diretrizes e estabelecendo, em linhas gerais, as competências de cada ente no funcionamento desse



Sistema, que é regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 (2) e nº 8.142/90 (, 3).

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou sua jurisprudência, ao interpretar a competência comum prevista na CRFB, fixando a tese, com repercussão geral, sobre a responsabilidade solidária dos entes nas demandas judiciais que tratam sobre prestações de saúde.

Conforme a tese fixada pelo Supremo, o cidadão requerente³ pode pedir indistintamente à União, ao Estado e/ou ao Município, pela via judicial, que custeie tratamentos e medicamentos de que necessite (4).

A partir daí, caberá ao julgador direcionar o cumprimento dessa obrigação, de acordo com as regras de repartição de competências (5) e, além disso, determinar o ressarcimento ao ente que suportou o ônus financeiro do custeio da prestação de saúde, no caso em que não seja o responsável por aquela prestação, de acordo com a distribuição de competências.

Constata-se que tanto a previsão constitucional de competência comum, quanto a fixação pretoriana da responsabilidade solidária (6) entre os entes, privilegia o acesso à Justiça do jurisdicionado, já que a ideia é garantir a celeridade processual, afastando questões procedimentais como a alegação de legitimidade/ilegitimidade do polo passivo. Para tanto, atribui-se ao Poder Público o ônus de fazer cumprir as disposições acerca de suas competências administrativas, as quais deverão ser discutidas posteriormente à satisfação do pedido do requerente.

Além disso, a tese toca na questão do ressarcimento entre os entes (7). Trata-se, conforme o voto do relator do processo, o Ministro Luiz Fux, de questão a ser debatida pela Administração Pública através dos meios judiciais cabíveis. Infere-se, daí, que a prioridade no processo em que se pede um medicamento/tratamento é o fornecimento da prestação de saúde requerida, daí por que nenhum dos entes demandados poderá alegar exceção de incompetência.

A questão do ressarcimento, todavia, é um ponto que enfrenta dificuldades na prática. Isso porque os entes devedores, como se demonstrará a partir dos dados trazidos na terceira seção, são recalcitrantes no cumprimento de suas obrigações para com os seus credores – os entes condenados judicialmente ao custeio da prestação de saúde –, o que acarreta um

³ A expressão cidadão requerente/demandante utilizada ao longo do texto é proposital, já que o enfoque se dá nas ações individuais e não nas ações coletivas.



desequilíbrio no pacto federativo (8), questão que merece maior atenção por parte dos atores envolvidos no complexo sistema de saúde pública brasileiro.

Diante disso e sem a pretensão de esgotar o tema, o presente artigo se divide em três partes.

Na primeira, abordará a repartição de competências constitucionais entre União, Estados e Municípios, ademais das tarefas atribuídas a cada ente segundo a Lei do SUS. Em seguida, serão pontuadas criticamente algumas dentre as dificuldades inerentes a essa sistemática de competência comum.

Na segunda parte, haverá um olhar mais detido sobre a construção pretoriana da responsabilidade solidária entre os entes federativos nessa seara, retomando-se o caso paradigma que ensejou a fixação da tese da solidariedade interfederativa com relação às prestações de saúde, de maneira a contextualizar sua adoção pelo STF.

Enfim, a terceira parte do artigo será dedicada à análise de repercussões práticas que a tese fixada pelo Supremo trará aos entes federados, em especial no que tange ao ressarcimento interfederativo da saúde.

O ressarcimento em questão refere-se aos casos de ações judiciais em que Estados e Municípios são condenados a custear prestações de saúde que, conforme a distribuição administrativa de competências, deveriam ser custeados pela União, no caso dos Estados, ou pelos Estados/União, nos casos de condenações de Municípios.

O objetivo do artigo é, portanto, fazer uma análise crítica da tese fixada pelo STF, de maneira a chamar a atenção para a necessidade de se regulamentar os mecanismos desse ressarcimento intergovernamental, com vistas a restabelecer o equilíbrio no pacto federativo.

Competência comum na Constituição Federal e repartição de competência na Lei do SUS

A Constituição Federal, no artigo 23, inciso II, afirma que:

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; (1)

Isso significa que todos os entes federativos têm competência administrativa para dar



efetividade ao direito à saúde. Dessa forma, são convocados a agir de maneira conjunta e coordenada na sua concreção.

Não se fala, aqui, em hierarquia, mas em atribuição de funções aos entes, em nome da organicidade das políticas públicas de saúde, seguindo a regra de distribuição de tarefas conforme a predominância de interesses dos entes (9).

Aos Municípios, portanto, cabe fornecer o primeiro nível de atenção à saúde, momento em que a população busca acesso a especialidades como clínica geral, pediatria, obstetrícia etc. Os Estados, por sua vez, são incumbidos de coordenar sua rede de laboratórios e hemocentros, definir os hospitais de referência e gerenciar os locais de atendimentos complexos da região. Por fim, à União compete coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos, além de planejar e fiscalizar o SUS em todo o país (10).

Atualmente, o que se percebe é uma tendência à municipalização dos serviços de saúde, (11) sem o correspondente reequilíbrio de receitas entre os entes federativos. Ainda que a União seja o ente que mais arrecada, apesar de se constatar uma paulatina fuga do financiamento da saúde por sua parte, essa situação fragiliza o sistema de financiamento da saúde e ficou evidenciada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 95/2016 (12) (13).

O Governo Federal, por meio da Cartilha *Entendendo o SUS*, (14) elaborada pelo Ministério da Saúde, alega que a municipalização é uma estratégia que reconhece os Municípios como os principais responsáveis pela saúde de sua população, permitindo, dessa forma, que se transfira a eles a responsabilidade e os recursos necessários para gerirem seus sistemas de saúde.

Entretanto, essa sistemática deve ser aprimorada, pois, apesar do alegado intuito da municipalização ser o fortalecimento dos entes menores, vale reiterar ser a União o ente que mais arrecada. Para que esse modelo funcione efetivamente, é necessário que se repense a distribuição de receitas tributárias entre os entes federados, (8) de maneira a torná-la mais equânime.⁴

Vale ressaltar que, no âmbito federal, o desequilíbrio que decorre da recalcitrância da

⁴ Maiores considerações acerca do rateio de recursos federais com Estados e Municípios para custear serviços e ações de saúde serão feitas na terceira parte do artigo. Por ora, cinge-se ao ressarcimento devido aos entes condenados judicialmente a fornecerem medicamentos/tratamentos, cujo custeio incumbe a outra esfera federativa.



União em ressarcir Estados e Municípios chamou a atenção do Poder Legislativo, razão pela qual foi proposto o PL nº 4.869/2016, a fim de incluir o seguinte artigo na Lei do SUS:

Art. 19-V A União deverá ressarcir os gastos dos Estados e Municípios, com fornecimento de medicamentos, não elencados nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, quando determinados por decisão judicial.

§ 1º O ressarcimento deverá ser obrigatoriamente realizado, até o final do exercício financeiro seguinte ao do cumprimento da decisão judicial, vedadas quaisquer tipo [sic] de dedução e ou compensação, conforme procedimento estabelecido em ato normativo, a ser expedido pelo ministro da saúde, no prazo de 90 (noventa) dias da publicação desta lei (15).

O Projeto havia recebido parecer favorável à sua aprovação na Comissão de Seguridade Social e Família, mas fora arquivado por questões formais, no final de 2018, enquanto ainda tramitava perante a Comissão de Finanças e Tributação, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados:

Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;

III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;

IV - de iniciativa popular;

V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava (16).

Já com relação especificamente aos Municípios, a Frente Nacional do Prefeitos (FNP) elaborou a Nota Técnica nº 07/2018, (17) contendo um modelo de petição para que as prefeituras possam cobrar pelos valores despendidos em decorrência de condenação judicial ao fornecimento de medicamentos excepcionais ou de alto custo, cuja responsabilidade de fornecimento seja da União e/ou dos Estados-Membros.

Apesar desses desafios práticos decorrentes da gestão intergovernamental do SUS, decorrente da competência comum propugnada pela CRFB, o STF fixou, em sede de repercussão geral, a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde



e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (4).

Extraem-se daí dois consectários práticos, vinculados, de uma parte, ao cidadão demandante, e, de outra parte, à Administração Pública, na sua relação com os demais entes federativos.

Com enfoque no indivíduo demandante, a tese de solidariedade entre os entes, estabelecida pelo RE nº 855.178 vem como um mecanismo para garantir o acesso a uma justiça célere, já que, como alertava Rui Barbosa “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta.” (19).

A consequência disso é que a primeira preocupação do Judiciário, ao se deparar com demandas que pedem prestações de saúde, deve ser garantir o acesso do cidadão ao que é requerido, conforme se extrai do CPC:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (20).

Ultrapassado esse momento, o julgador se ocupará com as questões formais relativas ao direcionamento do custeio da obrigação, de acordo com as regras de competência.

O segundo consectário da tese, atinente à Administração Pública na sua relação com os outros entes federativos, é que o Poder Executivo poderá adotar medidas distintas com vistas ao ressarcimento ao Erário. A escolha estará condicionada a quem figure no polo passivo da demanda, conforme se explanará detalhadamente na terceira parte do artigo.

A tese fixada, portanto, resolve a questão da demora na prestação jurisdicional, ao assentar a legitimidade de todos os entes, conjunta ou separadamente, para figurar no polo passivo de ações judiciais que buscam prestações de saúde. Todavia, traz para o Poder Judiciário o desafio de equacionar a questão tortuosa do ressarcimento interfederativo, que ainda não está solucionada, sequer nas normas reguladoras de repartição de competências no sistema de saúde.

A tese do RE nº 855178 com repercussão geral

O caso que ensejou a fixação da tese com repercussão geral teve início com uma ação individual, na qual se requereu que o Estado de Sergipe e a União fornecessem à



requerente uma medicação para hipertensão arterial pulmonar.⁵ A autora obteve êxito já em sede de antecipação de tutela, medida deferida em 19/10/2009 (4).

Foi determinado, então, que o Estado de Sergipe adquirisse a medicação e que o valor fosse cofinanciado em 50% pela União. O Estado cumpriu com a decisão, fornecendo o medicamento através de sua Secretaria de Saúde. A tutela antecipatória foi confirmada na sentença, e cerca de dois meses depois, a autora faleceu, provocando a extinção da obrigação de fazer.

Ocorre que a União não se conformou com a ordem de ressarcimento em favor do Estado do Sergipe – que havia cumprido integralmente com a obrigação – e interpôs apelação. O TRF da 5ª Região julgou improcedente o recurso, aplicando a jurisprudência fixada por ocasião da Suspensão de Segurança (SS) 3355, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, qual seja:

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 (21).

Irresignada com a sucumbência, a União interpôs o RE nº 855.178 RG/SE (4), oportunidade em que, preliminarmente, sustentou a repercussão geral do tema e, no mérito, alegou violação aos artigos 2º e 198, ambos da CRFB:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

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;

[...]

§ 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.

⁵ De nome Bosentana (Tacleer 62,5mg /125mg).



§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os 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; [...] (1)

Basicamente, a tese defendida pelo ente federal é a de que à União cabe apenas o planejamento, a formulação de políticas e diretrizes, bem como a transferência de recursos para os Estados e Municípios (8). A esses últimos, portanto, caberia exclusivamente a execução e a operacionalização do sistema ambulatorial, nele incluso o fornecimento de medicamentos.

Assim, a União aduziu que já custeara indiretamente o medicamento requerido, ao liberar verbas para os demais entes federados, tendo exaurido, portanto, sua obrigação nesse sentido. Dessa maneira, seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, não podendo ser responsabilizada pela omissão de outros entes. Essa tese, todavia, não prosperou.

O STF verificou que o acórdão combatido estava em consonância com a jurisprudência firmada pela Corte na SS nº 3355 (22), razão pela qual não deu provimento ao recurso.

Dessa maneira, o entendimento esposado pelo TRF5, que foi acolhido pelo STF no RE nº 855178 (4), consagrou duas premissas: (i) o dever de prestar assistência à saúde é compartilhado entre a União, os Estados-membros e os Municípios, e (ii) que a distribuição de tarefas entre os entes, por normas infraconstitucionais, não afasta a responsabilidade solidária decorrente da competência comum constitucional.



A primeira questão, que diz respeito à legitimidade passiva na ação em que se pedem prestações de saúde, é objeto de remansosa jurisprudência, agora consolidada na tese fixada pelo STF. Assim, União, Estados e Municípios são partes legítimas para integrarem o polo passivo dessas demandas, em conjunto ou separadamente. Conseqüência disso é que esses entes não mais poderão alegar ilegitimidade passiva em suas defesas.

Vale mencionar, aqui, a ponderação feita pela Defensoria Pública da União, por ocasião da audiência pública sobre direito à saúde, em 2009, (23) oportunidade em que, defendendo sua proposta de Súmula Vinculante nº 4, (24) alegou que o reconhecimento da responsabilidade comum entre os entes é essencial para que a prestação jurisdicional seja célere. Nesse sentido, ponderou que, em casos nos quais a ilegitimidade passiva da União seja acolhida e, portanto, o processo seja remetido à Justiça Estadual, há mais delonga processual, ônus que não pode se impor ao jurisdicionado, até mesmo diante da urgência de que se revestem as ações em matéria de saúde.

O segundo ponto diz respeito ao ressarcimento entre os entes. Como asseverado pelo TRF5 e referendado pelo STF, as questões atinentes ao repasse de verbas ao SUS pelos entes deve ser resolvida administrativamente ou em ação judicial própria:

Ementa do julgado: 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 (25).

Resta à Administração Pública alguns caminhos a serem seguidos para obter o ressarcimento, a depender de quem figure no polo passivo da demanda, questão que é tratada com mais profundidade na terceira parte deste artigo.

Para que a sistemática pretendida pela tese da responsabilidade solidária entre os entes funcione, é necessário que se estabeleçam mecanismos que não imponham entraves ao procedimento de ressarcimento intergovernamental. A inserção de um artigo na lei regulamentadora do SUS que o determine categoricamente, como pretendeu o PL nº 4.869/2016 (16), se parece bem-intencionada, peca por não esclarecer de que maneira esse



ressarcimento seria levado a efeito.

Nota-se que um elemento que merece atenção nas decisões judiciais que condenem o Poder Público a custear prestações de saúde é, justamente, a distribuição administrativa e infraconstitucional de competências. Isso porque é somente assim que será possível (i) direcionar o cumprimento da obrigação e (ii) determinar o ressarcimento ao ente que suportou o ônus financeiro, conforme determina a tese fixada pelo STF.

Para tanto, os julgadores deverão mirar para além das disposições constitucionais, levando em conta as regras legais e administrativas quanto às competências para o custeio dos serviços e ações oferecidas pela rede pública de saúde no Brasil.

Caso isso não ocorra e se dê cumprimento somente à primeira parte da tese, que trata da solidariedade entre os entes, o desequilíbrio no pacto federativo é um consectário iminente dessa sistemática, em especial quando se considera que o ressarcimento do ente se encaixaria, a rigor, como um interesse público secundário, já que se vincula a questões financeiras e administrativas.

O Poder Judiciário tende a relegar os interesses secundários da Administração Pública⁶ quando se trata de buscar a efetividade de direitos fundamentais, por enxergar no orçamento público antes um obstáculo que um meio para a concreção desses direitos.⁷

O ressarcimento interfederativo da saúde

A Lei Complementar nº 141/2012 (7), que regulamenta o § 3º do artigo 198 da CRFB (1), dispendo sobre valores mínimos a serem aplicados anualmente pelos entes federativos nas ações e serviços de saúde, prevê que a União observará, para fins de rateios de recursos em favor dos Estados e Municípios, critérios de necessidades de saúde da população. Para tanto, deve considerar as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde.

A Lei nº 8.080/90, por sua vez, prevê em seu artigo 35 mais sete critérios a serem

⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello sequer considera o interesse público secundário como um interesse público, com o que, *data vênia*, discorda-se (26).

⁷ Isso se dá em razão da postura adotada pelos órgãos de controle, ao *presumirem a ilegitimidade* das escolhas feitas pelos gestores públicos. Estas escolhas, além de outros meios, são externadas nas Leis Orçamentárias. Para maior aprofundamento acerca da desconfiança dos órgãos controladores (e aqui se insere também o Poder Judiciário, que faz o controle *a posteriori* dos atos administrativos quando provocado), confira: de Azevedo Marques Neto F, Benacorsi de Palma J. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil *In*: Perez MA, Pagani de Souza R. Controle da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.



observados na metodologia de rateio de recursos federais, dentre os quais se destaca o “ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo”:

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I - perfil demográfico da região;

II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo. (2)

A sistemática para a definição dos recursos federais rateados, como se vê, é complexa e, em razão disso, as transferências feitas pelo Ministério da Saúde se dão, majoritariamente, por meio de múltiplos incentivos, resultando na fragmentação das políticas de saúde.

Ainda nessa seara, o TCU (27), ao analisar as normas infraconstitucionais que regulamentam o sistema intergovernamental de gestão do SUS, constatou como problemas, de uma parte, a ausência de indicação precisa das competências dos Estados e da União nas normas infraconstitucionais e, de outra parte, a inexistência de previsão de sanções para esses mesmos entes nos contratos assinados, em caso de descumprimento de suas responsabilidades.

Por um lado, é certo que o deferimento reiterado de medicamentos e tratamentos, no bojo de ações individuais, interfere no orçamento e no planejamento de políticas públicas a longo prazo, em detrimento da coletividade. Conforme levantamento do Ministério da Saúde, em 2008, os gastos com o cumprimento de decisões judiciais na área da saúde eram em torno de 70 milhões de reais, passando para mais de um bilhão de reais em 2015 e, segundo dados do CNJ, em 2017, gastou-se cerca de 7 bilhões de reais em todo o país com a judicialização da saúde (28). Além disso, TCU, em sua auditoria operacional sobre a judicialização da saúde, constatou que os litígios individuais predominam sobre os litígios coletivos (29).

Ocorre que, por outro lado, as políticas públicas de saúde precisam ser integradas e estabelecer as tarefas de cada ente, de maneira clara e precisa, para que não haja



sobreposição de competências e, assim, possibilitar ao julgador que direcione o cumprimento da obrigação e o posterior ressarcimento, conforme o caso.

À luz dessas considerações e vislumbrando a necessidade de se estabelecer um mecanismo simplificado de ressarcimento, a situação com a qual se depara a Administração Pública após a fixação da tese da responsabilidade solidária é a seguinte: o juiz deverá, primeiramente, determinar o cumprimento da obrigação por quem ocupe o polo passivo da demanda, em litisconsórcio passivo ou não, dividindo o custo em fração igual para cada ente, no primeiro caso, como ocorreu no caso paradigma que ensejou a fixação da tese da solidariedade, no qual eram requeridos Estado e União e determinou-se à União que custeasse 50% do medicamento, e determinando que cumpra sozinho a obrigação, no caso de não haver litisconsórcio passivo.

Nesse tipo de situação, caso se verifique que o ente que cumpriu a obrigação não dispõe de competência para tanto, deverá determinar: (i) a inclusão da esfera federativa competente no processo e, em caso de dúvida sobre quem detenha a competência, determinar a inclusão de todos os entes – União, Estado e Município de residência do autor; em seguida, (ii) direcionar a obrigação ao ente competente, conforme as regras de repartição de competência, em caso de prestação continuada, e determinar seja ressarcido o que até ali foi custeado pelo ente incompetente; e, (iii) no caso de prestação que já se esgotou, determinar, nos próprios autos, que seja ressarcido o ente que cumpriu a obrigação, em decisão que constitui título executivo judicial em favor do ente credor, que poderá executar o ressarcimento nos próprios autos.

No caso de litisconsórcio em que seja possível verificar a quem incumbe custear a prestação requerida, o cumprimento da obrigação deverá ser direcionado à esfera federativa competente, com a exclusão das demais.

Não pode ocorrer, portanto, a determinação de fornecimento por um ente integrante do processo, com o posterior ressarcimento administrativo, em vista das falhas dessa sistemática, como já foi pontuado, o que implicaria em prejuízo de ordem financeira aos entes da federação.

De maneira conclusiva e a fim de ilustrar a situação, traz-se à lume a seguinte situação: em decisão democrática, o Min. Gilmar Mendes, em 2018, alegou que é *insuficiente* a “mera disputa patrimonial entre entes de esferas governamentais distintas” (30) para



caracterizar a hipótese de conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o DF, ou entre uns e outros, prevista no artigo 102, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - Processar e julgar, originariamente:

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta. (1)

Nessa oportunidade, o Ministro declinou de sua competência, remetendo os autos à Justiça Federal do Paraná.

O caso é uma Ação Cível Originária, proposta pelo Estado do Paraná, na qual se pretendia que a União assumisse o custeio de alguns medicamentos que são de sua responsabilidade e, apesar disso, por vezes, são custeados pelo Estado em razão de condenações judiciais.

Ainda que a União tenha reembolsado apenas parcialmente o Estado, pelo sistema de reembolso do Ministério da Saúde – e, por isso, tenha permanecido inadimplente –, o Ministro considerou que não haveria que se falar em conflito federativo hábil a atrair a competência da Corte Suprema.

O entendimento esposado pelo Ministro corrobora a interpretação já mencionada de que o Judiciário tende a relegar as questões financeiras e administrativas do Poder Público a um segundo plano, postura que deverá ser reconsiderada em vista da tese fixada do RE nº 855.178 (4), já que determina aos juízes direcionar a obrigação e determinar o ressarcimento do ente onerado com a prestação.

Ademais, o fato de o próprio Ministro haver reconhecido que o ressarcimento administrativo se dera apenas parcialmente, evidencia a fragilidade desse sistema, que deve ser aprimorado.

Nesse sentido, em sua apresentação por ocasião do XXXV Congresso Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, o Chefe da Procuradoria de Saúde do Estado do Paraná trouxe alguns dados que ilustram com clareza essa situação. Entre os anos de 2010 e 2018, o Estado do Paraná requereu à União o reembolso de R\$ 88 milhões, dos quais apenas R\$ 33 milhões foram pagos. Já entre 2017 e 2018, 25 milhões de reais em reembolso foram solicitados, sendo que menos de 1 milhão foi efetivamente pago pelo ente federal. Além



disso, existem mais de 700 processos de ressarcimento em aberto, sendo que, nesses casos, em razão de haver título judicial, poderá se ingressar com ações de cobrança (31).

A fragilidade do atual sistema administrativo de reembolso interfederativo é evidenciada em razão da recalcitrância do ente devedor em cumprir com sua obrigação. Situação que é magnificada pela ausência de sanção para esse tipo de comportamento.

A ineficácia do atual modelo administrativo de ressarcimento dos entes federados sobre onerados quando do cumprimento de decisões judiciais implica não só na desarticulação do SUS com consequências nefastas ao Poder Executivo, mas, também, incremento da litigiosidade, o que merece repulsa do Poder Judiciário.

Nesse cenário, fica igualmente demonstrada a necessidade de se definirem, de maneira clara e precisa, as competências administrativas de cada ente, para que a determinação judicial de ressarcimento, preconizada pela tese fixada no RE nº 855.178, (43) possa ser posta em prática de maneira adequada.

Para o passivo federal já existente, medida de bom alvitre é a criação de um *mutirão* nacional com o envio dos feitos em que já cumpridos os comandos judiciais pelos entes federados à Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal (CCCAF) a fim de que apurados os créditos dos Estados e Municípios proceda-se, imediatamente, a compensação com a dívida pública dos entes subnacionais.

Conclusão

A construção pretoriana da responsabilidade solidária, em decorrência da competência comum constitucional relativa ao direito à saúde, privilegia o acesso do cidadão aos serviços de saúde, cuidando para que, na via judicial, ele se dê maneira célere, para afastar eventuais alegações de ilegitimidade passiva nas ações que pedem medicamentos/tratamentos. Acolhê-las implicaria em delongar o processo, aumentando o tempo que o requerente esperaria para ver satisfeita sua pretensão.

Para melhor direcionar a obrigação e, assim, o reembolso ao ente onerado, é necessário aprimorar as disposições infraconstitucionais que regulam a repartição de competência entre os entes federativos, de maneira que se estabeleça clara e precisamente a quem cabe custear o quê.

Além disso, no que tange ao descumprimento das obrigações de ressarcimento



interfederativo, é necessário que se estabeleçam sanções ao ente inadimplente, de maneira a desestimular esse comportamento.

Caso isso não ocorra, corre-se o risco de o Judiciário adotar uma postura que observe o cumprimento da primeira parte da tese – quanto à responsabilidade solidária –, com a inobservância da segunda parte – que trata do ressarcimento interfederativo –, pela simples razão da falta de clareza nas regras de repartição de competência administrativa de cada esfera de governo.

No caso paradigma, em alguma medida, isso já se refletiu, uma vez que se determinou em frações ideais o custeio do medicamento pedido por não haver disposição infraconstitucional que determinasse exatamente qual parcela incumbia a cada ente demandado.

Ressalta-se, também, a necessidade de integração entre as ações e os serviços públicos de saúde de todas as esferas governamentais para que se construa uma política pública coordenada e eficiente, na qual não haja sobreposição de competências, de uma parte, e a distribuição dos ônus seja proporcional à capacidade financeira de cada ente, de acordo com suas receitas, de outra parte.

Vale o alerta para o efeito multiplicador da tese fixada. Nota-se que o Poder Judiciário brasileiro adota uma postura ativa na implementação do direito à saúde, concedendo, na maioria das vezes, as prestações pedidas, e muitas vezes – como se deu, inclusive, no caso paradigma tratado neste artigo, já em sede de liminar.

Assim, a adoção da tese da responsabilidade solidária entre os entes tende a fomentar a judicialização da saúde, haja vista se mostrar, muitas vezes, como um meio com menos entraves do que os postos à disposição do cidadão pela Administração Pública.

Referências

1. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, 8 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2008.
2. Brasil. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. 20 set 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm [Acesso em 5 jul 2019].



3. Brasil. Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. 31 dez 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm [Acesso em 20 jul 2019].
4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178-SE. Requerente: União. Requerida: Maria Augusta da Cruz Santos. Brasília, 5 mar 2015. Plenário – meio eletrônico. Diário Judicial Eletrônico – 050. Publicado em 16 mar 2015. Disponível em: [texto_15319097113%20.pdf](http://www.stf.gov.br/texto_15319097113%20.pdf) [Acesso em 5 jul 2019].
5. Davies ACI. Saúde pública e seus limites constitucionais. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.
6. Lôbo PLN. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.
7. Brasil. Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. 13 jan 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm [Acesso em 27 ago 2019].
8. Mendes GF, Branco PGG. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
9. Moraes A. Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Jun 2000, n. 53: 233-247. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2053.pdf> [Acesso em 7.jul.2019]
10. Brasil. União, Estados e Municípios têm papéis diferentes na gestão do SUS. Brasília, 2014. Última modificação: 22 dez 2017. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica> [Acesso em 15 jul 2019].
11. Arretche M, Marques E (Orgs.). Políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007. 398 pp.
12. Pinto EG. Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015.



13. Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Nota Técnica nº 28 de setembro de 2016. Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Brasília, set 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf [Acesso em 15 jul 2019].
14. Brasil. Ministério da Saúde. Cartilha Entendendo o SUS de 21 de junho de 2016. Brasília, 21 jun 2016. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf> [Acesso em 17 jul 2019].
15. Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.869/2016. Acrescenta o art. 19-V à Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para estabelecer que a União faça o ressarcimento de gastos dos Estados e Municípios com medicamentos não elencados, quando provenientes de decisão judicial. Diário Oficial da União. Brasília, 30 mar 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FC966E029AB727E0DC40D5CB40F4C34C.proposicoesWebExterno2?codteor=1446832&filename=PL+4869/2016 [Acesso em 7 jul 2019].
16. Brasil. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 1989: Regimento interno. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%206-2019.pdf> [Acesso em 05 jul 2019].
17. Brasil. Frente Nacional dos Prefeitos. Nota técnica nº 7/2018. Apresentação de minuta de petição inicial para ressarcimento dos Municípios em decorrência de condenação judicial ao fornecimento de medicamentos excepcionais ou de alto custo. Responsabilidade da União e Estados-Membros no fornecimento destes fármacos. Disponível em: [Nota_T%C3%A9cnica_-_Ressarcimento_medicamentos%20.pdf](#) [Acesso em 20 jul 2019].
19. Elogios Acadêmicos e Orações de Paraninfo. Edição da “Revista de Língua Portuguesa”, 1924: 381 In: Ribeiro LRA. Dicionário de Conceitos e Pensamentos de Rui Barbosa. Edart. São Paulo: Livraria Editora Ltda. 1967, p. 224.
20. Brasil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília. 16 de mar de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm [Acesso em 27 ago 2019].
21. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE. Requerente: União. Requerido: 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Brasília, 16 jun 2009. Diário Judicial Eletrônico – 117. Publicado em 25 jun 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf> [Acesso em 20 jul 2019].
22. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.355-RN. Agravante: Estado do Rio Grande do Norte. Agravado: Grinaldo Ferreira da Silva.



Brasília, 17 mar 2010. Plenário. Diário de Judicial Eletrônico - 076. Publicado em 30 abr 2010.

23. Mattar LL. Manifestação do Defensor Público-Geral da União na Audiência Pública sobre Saúde convocada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Dr._Leonardo_Lorea_Mattar__Defensor__Publico_Geral_da_Uniao.pdf [Acesso em 11 jul 2019].

24. Defensoria Pública da União. STF julga proposta de súmula da DPU que fixa solidariedade na área de saúde. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/28679-stf-julga-proposta-de-sumula-da-dpu-que-fixa-solidariedade-na-area-de-saude> [Acesso em 20 jul 2019].

25. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ementa do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que se buscou combater no RE 855.178. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5452582>. [Acesso em: 20 jul 2019].

26. Bandeira de Mello CA. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

27. Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.888, de 11 de novembro de 2015. Auditoria Operacional. Governança da pactuação do SUS. Metodologia baseada no referencial de governança de políticas públicas do TCU. Oportunidades de melhoria na coordenação e coerência, institucionalização e gestão de riscos e controle interno. Recomendações. Ata nº 45/2015. Brasília, 11 nov 2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A250D20C48015116B40DA40219&inline=1> [Acesso em: 19 jul 2019].

28. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Relatório analítico propositivo – justiça pesquisa: Judicialização da saúde no Brasil - perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, 2017. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf> [Acesso em 26 mar 2019].

29. Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.787/2017, de 16 de agosto de 2017. Auditoria Operacional. Fiscalização de orientação centralizada (FOC). Judicialização da saúde. Identificar o perfil, volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do Ministério da Saúde para mitigar seus efeitos nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde. Constatação de ações individuais, de caráter curativo, com alta probabilidade de êxito. Gastos crescentes, que saltaram de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015. Deficiências de controle. Pagamentos por fármacos sem registro na ANVISA ou já disponibilizados pelo SUS. Falta de adoção de recomendações do CNJ. Ausência de procedimentos de ressarcimento interfederativo. Determinações e recomendações. Ciência e arquivamento. Brasília, 16 ago 2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm> [Acesso em 9 out. 2017].



30. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 2.983-PR. Autor: Estado do Paraná. Réu: União. Brasília, 6 nov 2018. Diário Judicial Eletrônico – 236. Publicado em 7 nov 2018). Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ACO%24%2ESCLA%2E+E+2983%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y4a5r6lg> [Acesso em 19 jul 2019].

31. XXXV Congresso Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, 2-5 jul 2019, Brasília. Brasília: CONASEMS, 2019.

Submetido em: 29/07/19

Aprovado em: 07/08/19

Como citar esse artigo:

Bevilacqua L, Santos JMT. A saúde no STF: o ressarcimento interfederativo à luz do Recurso Extraordinário nº 855.178. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2019 jul./set.; 8(3): 186-205.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v8i3.554>