

O sistema de precedentes e a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário

Frederico Augusto Leopoldino Koehler

Fabiane Borges Saraiva

Resumo: Este artigo tem por objeto estudar a interdisciplinaridade entre Direito e Política e a aplicação do sistema do Common Law, com o objetivo de demonstrar que o Poder Judiciário, por meio da segurança jurídica obtida pela aplicação do sistema de precedentes nas ações de Saúde Pública, pode tornar seu acesso mais igualitário. Os métodos utilizados são a revisão bibliográfica sobre o estudo das políticas públicas no direito brasileiro e o papel do Poder Judiciário em sua implementação. Utilizaremos bases quantitativas do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a crescente judicialização desde 2007. Abordaremos o Tema 793 do Supremo Tribunal Federal como estudo de caso. Concluímos que as decisões vinculativas previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil podem ser uma ferramenta importante na concretização igualitária de direitos fundamentais como o direito à saúde pública universal.

Palavras-chave: Interdisciplinaridade. Políticas públicas. Sistema de precedentes. Artigo 927 do Código de Processo Civil. Tema 793 do Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article aims to study interdisciplinarity between Law and Politics and the application of the Common Law system, in order to demonstrate that the Judiciary, through the security obtained by the application of the precedent system in Public Health cases, can guarantee equal access to it. The methods used are a bibliographic review on the study of public policies in Brazilian law and the role of the Judiciary in its implementation. We will use quantitative bases from the Justice in Numbers report of the National Council of Justice (CNJ) on the increasing judicialization since 2007. We will address Theme 793 of the Supreme Federal Court as a case study. We concluded that the binding decisions provided by article 927 of the Code of Civil Procedure can be an important tool in the equal realization of fundamental rights such as the right of public universal health.

Keywords: Interdisciplinarity. Public policies. Precedent system. Article 927 of the Civil Procedure Code. Theme 793 of Federal Supreme Court.

1 Introdução

A mudança trazida pela entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 no sistema de justiça brasileiro, a qual tornou uma fonte tradicionalmente secundária de Direito — a Jurisprudência — em fonte primária, poderá ter um impacto desejável no papel do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas previstas na Constituição Federal de 1988, desde que traga a esperada segurança jurídica e uniformidade típicas de um sistema judicial de precedentes vinculativo, promovendo a concretização do princípio da igualdade.

A presente abordagem tem como objetivo traçar um panorama sobre a legislação referida, seus fundamentos e termos, e fundamentar que o uso de precedentes pode trazer isonomia nas decisões e segurança jurídica aos gestores, tornando-se, por conseguinte, uma importante ferramenta para a concretização das políticas públicas e direitos fundamentais. Para isso, serão analisadas, sob esse viés, essas políticas públicas e sua relação com o Poder Judiciário, o sistema de precedentes trazido pelo artigo 927 e como tais assuntos se entrelaçam com o estudo da decisão exarada pelo Supremo Tribu-

nal Federal em sede de repercussão geral (Tema 793), em especial no tocante à fixação da competência administrativa e judicial nas prestações de saúde pública e da responsabilidade solidária entre os entes federados (GALIL, 2020).

O texto tem por base estudos acadêmicos sobre políticas públicas e o papel do Direito e seus operadores na implementação destas, especialmente do Poder Judiciário. É possível dizer que a judicialização não é um mal em si, mas, quando excessiva e descoordenada, pode causar graves distorções na efetivação de outros direitos fundamentais, como o direito à igualdade no acesso à saúde pública. Será examinada a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 793, em que a Corte teve efetiva atuação no planejamento e organização da saúde pública em geral (MANENTI; RAMIDOFF, 2018; ARAÚJO; IOCOHAMA, 2019).

2 Políticas Públicas e Poder Judiciário

O Estado brasileiro tem sido ineficiente em adotar políticas públicas aptas a concretizar a gama de direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição

Cidadão de 1988, o que levou a uma crescente judicialização desse tipo de conflito pela população (JORGE NETO, 2008).

Ronald Dworkin (2002) conceituou política pública no âmbito da Teoria do Direito, considerando-a como “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. O Estado, ao buscar meios para o aprimoramento da sociedade, tem o Direito como ferramenta apta a materializar os objetivos políticos estampados no ordenamento jurídico. A interdisciplinariedade que tal desafio traz é assim definida por Maria Paula Dallari Bucci (2006):

Não obstante, definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinariedade. Alguns institutos e categorias jurídicas tradicionais, hoje despidos de seu sentido legitimador original, buscam novo sentido ou nova força restabelecendo contato com outras áreas do conhecimento, das quais vinha se apartando desde a caminhada positivista que se iniciou no século XIX.

Dessa forma, o “Estado contemporâneo caracteriza-se por uma mudança política direcionada para a sociedade e pela sua intervenção no que diz respeito ao domínio econômico e social” (CUSTÓDIO, 2013). Assim, observa-se que o desenvolvimento da sociedade exige a intervenção do Estado Contemporâneo para tornar possível a efetivação das normas constitucionais, por meio da compreensão da necessidade de delimitar o papel do direito na construção e manutenção das políticas públicas.

A conclusão a que se chega é que no Direito reside a área do conhecimento mais apta a materializar o agir harmonioso dos Poderes da República e da Administração Pública. A política é onde se dá a elaboração das práticas e dos sistemas que deverão atender aos interesses de determinada área pública na questão do planejamento, que envolve a criação de expectativas atingíveis, transparentes, gerenciando, contemplando e arbitrando diferentes necessidades e interesses dos responsáveis e destinatários do resultado de dada política, enquanto o Direito deverá cuidar de transformar tais objetivos e expectativas em lei, seja ao formalizar e vincular, seja ao determinar como se dará a execução e fiscalização das metas políticas.

Patrícia Helena Massa Arzabe (2006)

assim definiu a dinâmica entre Direito e política:

A ação do Estado por políticas se faz vinculada a direitos previamente estabelecidos ou a metas compatíveis com os princípios e objetivos constitucionais, de forma que, ainda quando aqueles a serem beneficiados não tenham um direito a certo benefício, a provisão deste benefício contribui para a implementação de um objetivo coletivo da comunidade política.

Maria Paula Bucci (2006) sintetiza o entrelaçamento aqui analisado, incluindo o aspecto processual:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

O Poder Judiciário pode concretizar a implementação de políticas públicas, como se vê na decisão paradigmática proferida no Recurso Extraordinário 592.581, na qual o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, determinou a execução de obras em unidades prisionais para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos sob custódia do Estado. Foi proposta e acolhida pelo relator, Ministro Ricardo Lewandowski, a seguinte tese de repercussão geral: “É lícito ao Judiciário impor à administração pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponente à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.”.

Ocorre que há de se ter em mente que um número excessivo de decisões judiciais individuais, sem que se considere o limite orçamentário da Administração, e, mais importante, a organização e o planejamento

das políticas públicas, pode gerar um desequilíbrio incontornável, tornando a atuação do Poder Judiciário um empecilho à realização e efetivação dos direitos fundamentais, o que é de todo indesejável e objeto de intensa preocupação de gestores públicos e operadores do Direito. Não basta, por outro lado, aqueles alegarem tão somente a reserva do possível como justificativa de sua ineficiência (COSTA, 2020). Devem apresentar soluções que resolvam os problemas e deficiências em dimensão coletiva, por meio de planejamento estritamente político, com concretização de objetivos. Maria Paula Dallari Bucci ensina (2006): “[a]s políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.” E sobre a judicialização dos direitos fundamentais, a autora segue:

A própria existência da chamada ‘judicialização da política’ é um fator que por si demonstra a processualidade das políticas públicas, na medida em que maior número de conflitos sociais passa a ser submetido à lógica processual, submetendo ao Poder Judiciário, uma vez que o modelo jurídico da Constituição favorece a admissão do conflito, e não sua rejeição. O processo judicial vem-se modernizando e atualizando, não apenas no Brasil, de modo a buscar corresponder ao anseio social. São exemplos disso os processos coletivos, a abertura ao tratamento dos interesses difusos e coletivos, a adoção das tecnologias de informação e comunicação, e uma série de inovações processuais e procedimentais que decorrem da litigiosidade de massa, isto é, a ampliação das formas de acesso à justiça e, ligado a isso, o aumento da importância social dessas formas de solução de controvérsias, em busca de maior amplitude e eficácia.

A enorme repetição de demandas individuais para a prestação de obrigações referentes a políticas públicas, em especial em relação ao direito à saúde, visando ao fornecimento de remédio ou tratamento médico, terminou por se tornar um fator de desigualdade, seja interferindo na regulação desses serviços, como no uso descontrolado do orçamento, em detrimento de regras essenciais para o uso racional do erário, como as previstas na Lei das licitações. Ingo Wolfgang Sarlet (2009) afirma:

(...) os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio

de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais.

A própria Constituição Federal traz em seu conteúdo instrumentos que visam a obrigar os gestores a realizar prestações que tragam resultados de caráter mais igualitário, como a atuação do Ministério Público, em sede de Ação Civil Pública, em lugar de ingressar com ações individuais para cada paciente que tiver seu tratamento recusado administrativamente (ALVES, 2016). Tais instrumentos são preferíveis às ações individuais, que, segundo o relatório do CNJ Justiça em Números 2018¹, tiveram um aumento de 130% em 10 anos, e, se vê hoje, contribuíram para o aprofundamento da crise sanitária e organizacional que vive o Sistema Único de Saúde, sem que necessariamente houvesse melhora na prestação de tais serviços. A pandemia mundial causada pelo vírus SARS-CoV-2 trouxe à tona tanto a necessidade de se ter um sistema de saúde público eficiente como a importância do planejamento e estratégia na alocação de recursos. A mudança legislativa trazida a efeito com a elaboração e publicação do Código de Processo Civil de 2015, especialmente aquela contida no seu artigo 927 e seguintes, por sua vez, traz mais um instrumento que poderá se mostrar eficaz na distribuição de justiça de forma equânime no âmbito de atuação do Poder Judiciário, pela uniformização e segurança jurídica que proporciona, principalmente pela igualdade que promove o sistema de precedentes instituído pela nova legislação.

3 O sistema de precedentes no Brasil

Historicamente, em apertadíssima síntese, Common Law é o sistema de justiça que tem por base “Constituição ou regras não escritas”. As decisões judiciais e os costumes são a fonte primária para o caso concreto e devem servir de parâmetro para os casos com fatos idênticos ou semelhantes abarcados pela razão de decidir dos julgados originais. De pronto, percebe-se o contraste com o sistema chamado de Civil Law, no qual se coloca a lei abstrata, geral e escrita acima da jurisprudência e dos costumes. O Brasil, de tradição romano-germânica, teve seu ordenamento jurídico baseado no sistema da Civil Law, o que faz sentido, pela nossa colonização portuguesa, ainda que tenha

¹ CNJ/INSPER. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd-226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

havido períodos em que Portugal e, por conseguinte, suas colônias, emitissem decisões judiciais de superior hierarquia vinculando as decisões de primeiro grau, como os assentos da Casa de Suplicação (SOUZA, 2014). Assim foi até 2015, quando, por ocasião da promulgação do Novo Código Civil, houve uma guinada brusca na forma de organizar essas prevalências, buscando a concretização dos princípios da Common Law, quais sejam, segurança jurídica, igualdade e liberdade, mas que acabou gerando dúvidas e dificuldades na assimilação do sistema de precedentes, com mais apego ao texto da tese ou tema do que à razão de decidir do julgado.

Ocorre que o precedente nasce naturalmente no Common Law. Após um julgamento pelas Cortes Superiores, se suas razões de decidir abarcam a solução de outros casos, ele vinculará a decisão dos magistrados em processos com base nos mesmos fatos (segurança jurídica e igualdade). Já no modelo brasileiro, antes do julgamento de um determinado caso, a Corte já “anuncia” que aquela decisão será de repercussão geral ou vinculante. Nota-se que se faz o caminho inverso, e que tal constatação já revela os problemas na adaptação entre os sistemas (CÂMARA, 2018). Na busca de aumentar a segurança jurídica e a igualdade, o que realmente se coaduna com a constância da jurisprudência, a comunidade jurídica tem procurado fazer uso da legislação para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, mas não sem alguma dificuldade. Entre as necessárias adaptações que estão sendo demandadas por parte de toda a comunidade jurídica brasileira, em especial de seus julgadores, uma das mais desafiadoras refere-se a descobrir e entender os significados de elementos fundantes do novel sistema. Entre eles, destaca-se, para os propósitos do presente trabalho, e também por sua essencialidade, o conceito de ratio decidendi ou razão de decidir que motiva a decisão paradigma. Como bem apontou Taís Schilling Ferraz (2017):

A dificuldade está em se estabelecer o que torna os casos iguais, especialmente, conforme alerta Schauer, porque, obviamente, nenhuma decisão anterior em um precedente em potencial terá sido construída em bases totalmente idênticas às do caso subsequente. No mínimo, as partes serão diferentes, e o tempo, o que pode ser relevante no contexto, havendo, ainda, diferenças absolutamente sem consequências. Como se determina o que é similar e o que é diferente? E que similaridades e diferen-

ças de fato importam? Estas questões vêm sendo tradicionalmente associadas uma à outra: Por que a Corte do precedente decidiu o caso daquela forma? E é esta pergunta que remete à ratio decidendi da decisão candidata a funcionar como precedente.

À dificuldade em encontrar e entender qual dos motivos usados para a concepção da decisão paradigma, além daquela naturalmente esperada, seja pela novidade, seja por que nem sempre está tão clara a escolha do julgador, soma-se uma resistência em abrir mão do que muitos magistrados consideram sua prerrogativa, e, portanto, irrenunciável, que é a independência judicial.

Tal situação faz com que uma decisão que deveria funcionar como paradigma seja motivo de insegurança jurídica, exatamente o oposto do que se busca com a adoção do sistema de Common Law. Patrícia Perrone Campos Mello (2016) sintetiza com bastante precisão as dificuldades enfrentadas:

O próprio significado de precedente vinculante, no Brasil, encontra-se, ainda, substancialmente, indeterminado. Há discussão sobre a eficácia vinculante da ratio decidendi, não se diferencia com precisão ratio decidendi de obiter dictum e o processo decisório da corte constitucional não contribui para o esclarecimento desses elementos. A indeterminação constitui uma ameaça à efetividade da força normativa dos precedentes e indica a necessidade de aperfeiçoamentos institucionais do Judiciário brasileiro, e, sobretudo, de um sistema de formação e de incentivos para que os magistrados adiram à prática.

4 O tema 793 e a implementação igualitária do direito à saúde

Na Sessão Plenária do dia 22 de maio de 2019, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Edson Fachin, em julgamento dos Embargos Declaratórios ao Recurso Extraordinário n. 855.178/Sergipe, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese do Tema 793. Praticamente dez anos após o julgamento da STA 175, que fixou precedente não vinculativo histórico, o trabalho dos magistrados rendeu a fixação de um precedente vinculativo, fixado em sede de repercussão geral.

No período referido, foi sensível a evolução legislativa sobre o direito sanitário, como, por exemplo, a atualização da Lei n. 8.080/90, da Lei n. 9.836/99 e da Lei Complementar n. 141/2012, e tal aperfeiçoamento derivou da tensão que as decisões judiciais geraram nos Poderes Legislativo e Executivo.

O Tema 793 restou assim ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União². Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos.

Extraí-se que a *ratio decidendi* da fixação da tese do Tema 793 é de que a solidariedade prevista no artigo 23, II, da Constituição Federal não pode ser lida à luz da solidariedade do direito civil, mas como possibilidade de, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, “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 jurídicoprocessual, 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 te-

rapêutica (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.”

Assim, nas demandas em que se requer prestação na área da Saúde Pública, a lei aponta quem é o responsável pelo financiamento. Ainda que a parte decida por incluir os demais entes no polo passivo na demanda, ele deve ser composto pelo réu necessário, ou seja, o responsável pelo financiamento da obrigação principal. A imperiosidade de composição do polo passivo também ou somente pelo réu necessário (conforme o interesse da parte, tendo em vista a solidariedade), permite que, já na mesma demanda, reste determinado o ressarcimento dos valores eventualmente adimplidos por aquele ente que não é o responsável pelo financiamento da obrigação principal na esfera administrativa. Dessa forma, transcrevo parte da decisão proferida pela Desembargadora Taís Schilling Ferraz no julgamento do agravo de instrumento n. 5037538-14.2019.4.04.0000/RS, que explica, com clareza, a responsabilidade financeira para custeio do procedimento postulado na presente demanda:

Quanto à solidariedade dos entes envolvidos no cumprimento da ordem judicial, a atual jurisprudência dos Tribunais superiores, bem como desta Corte, em consonância com os artigos 23, II e 198, §1º da Constituição Federal de 1988, é uníssona no sentido de que a responsabilidade dos entes federados configura litisconsórcio passivo facultativo, podendo a ação em que se postula fornecimento de prestação na área da saúde ser proposta contra a União, Estado ou Município, individualmente ou de forma solidária, a critério da parte proponente. Nesse sentido: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante so-

² Para um interessante estudo sobre os medicamentos off label e a decisão do STF no Tema 793, confira-se: GNOATTO, 2017.

bre a matéria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015). Em sessão de 22/05/2019, o Plenário do STF, julgando os embargos de declaração opostos no Recurso Extraordinário 855.178 (Tema 793), fixou 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.

Conforme ponderado pelo ministro Edson Fachin, quanto à tese fixada:

[...] o texto, em sua primeira parte, reafirma a solidariedade e, ao mesmo tempo, atribui poder-dever à autoridade judicial para direcionar o cumprimento. A tese não trata da formação do polo passivo. Caso se direcione e depois se alegue que, por alguma circunstância, o atendimento da demanda da cidadania possa ter levado um ente da Federação a eventual ônus excessivo, a autoridade judicial determinará o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (disponível em: Informativo n. 89, de 5/2019 do STF (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/InformativoTema/anexo/Informativomensalmaio2019.pdf>).

Assim, considerando a obrigatoriedade do precedente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CRIZOTINIBE 250MG. TEMA 793 DO STF. SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS NOS SERVIÇOS DE SAÚDE. FÁRMACO NÃO INTEGRANTE DA LISTA DE DISPENSAÇÃO DO SUS. NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA UNIÃO. 1. O fármaco postulado - Crizotini-be 250mg – não integra as listas do SUS, tampouco está inserido nos protocolos estabelecidos pelos Cacon's, cujo custeio se dá por meio de verbas orçamentárias federais. 2. Ao julgar os embargos de declaração no RE 855.178, Tema nº 793/STF, o Ministro Edson Fachin, dentre outros conclusões, estabeleceu que “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” e “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”. 3. Na espécie, há dois fatores que determinam a inclusão da União no polo passivo: é a responsável legal pelo financiamento da obrigação principal e o medicamento postulado não está incluído nas políticas públicas do SUS. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELO PREJUDICADO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº70083918490, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em: 24-04-2020).

É de se observar, ainda, que o financiamento de medicamentos no SUS segue a lógica da complexidade do tratamento da doença, da garantia da integralidade do tratamento da doença por meio de linhas de cuidado e da manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS. Desconsiderar essa forma de atribuição de responsabilidade põe em risco a própria manutenção do sistema e o equilíbrio das contas públicas.

No item 2 da tese fixada em julgamento com repercussão geral, explicita-se que existe, por parte do ente pagador que não tem responsabilidade administrativa pela prestação alcançada, o direito à compensação de valores, e que, para a sua otimização, a autoridade judicial deve direcionar corretamente o cumprimento para que haja ressarcimento ao ente que arcou com a responsabilidade de outrem. Portanto, a decisão deve explicitar qual a atribuição de cada ente no caso concreto e a quem cabe especificamente a prestação requestada, para fins da devida compensação. O que motivou o Ministro Relator a tratar da questão da repartição de responsabilidades, o que é previsto na Constituição Federal e concretizado na Lei n. 8.090/90, chamada Lei do SUS, foi o grave desequilíbrio orçamentário causado pela solidariedade das obrigações relacionadas à Saúde somada à massiva judicialização dos últimos anos.

Não há mitigação da solidariedade, pois nada impede que a parte também inclua Estado ou Município no polo passivo, ou ambos. Apenas se estabelece quem, necessariamente, deverá figurar no polo passivo, que é o ente Federado, o qual deve arcar com a pretensão. Como se vê, os Embargos Declaratórios foram desprovidos, ou seja, entendeu-se que não havia omissão, contradição ou obscuridade na tese fixada em

maio de 2019, apenas que esta deveria ser explicitada, o que foi feito nos pontos 1, 2, 3 e 4 da ementa.

Conforme foi analisado no voto, as leis que operacionalizaram os princípios constitucionais da descentralização e hierarquização do Sistema Público de Saúde foram posteriores à primeira afirmação da solidariedade dos entes, que ocorreu no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175.

A situação em que foi estabelecida a solidariedade irrestrita entre os entes em muito difere da atual, provavelmente por causa das decisões judiciais proferidas nos últimos anos. A STA n. 175 tratou de ações que tinham por objeto prestação de Saúde pelos entes federados e, como já alertado pelos próprios julgadores, a decisão ocorreu antes das leis que definiram a distribuição da competência administrativa do SUS. Ao analisar o caso de medicamentos que não estão na lista dos entes, o voto diz que a União deverá estar no polo passivo. O exame atento dos institutos que compõem a premissa mostra, de forma bastante clara, que não se está negando a solidariedade da obrigação nem criando uma espécie de litisconsórcio necessário. Não é o que estabelece a premissa, pois não há necessidade de litisconsórcio passivo, podendo-se ingressar com ação judicial apenas em face do ente responsável. O litisconsórcio, portanto, é facultativo. Mas, optando-se por um litisconsórcio passivo facultativo, ele necessariamente terá de incluir o ente que, pela Lei do SUS, é quem deve prestar a obrigação.

Com base nas premissas, são lançados enunciados, que, para além de confirmar as conclusões apresentadas, as organiza de forma magistral para desenvolver o significado da solidariedade estabelecida entre os entes federados na área da prestação de saúde pública. O enunciado IV diz que cabe ao órgão judiciário zelar para que o ente responsável administrativo esteja no polo passivo, mesmo que isso implique em mudança de competência. O relator, de maneira muito pragmática, previu no que acarretaria a adoção da tese, considerando que a União só pode ser ré na justiça Federal e trouxe, de maneira direta, a solução para qualquer dúvida sobre eventual declinação de competência. Diga-se, é a única ocasião em que a questão da competência é tratada ou mencionada em todo o acórdão.

A tormentosa questão da declinação de competência e das suas drásticas con-

sequências, seja para a população, seja para os órgãos que compõem o sistema de Justiça, não foi objeto de nenhuma discussão, mesmo que o voto relator tenha trazido tal questão como razão de decidir, já que a solidariedade, se aplicada na forma do Código Civil simplesmente transposta para ações de saúde, acarretaria distorções no sistema jurídico.

Aqui, nota-se que, mesmo antes do julgamento ora em exame, já havia motivos extremamente lógicos, racionais e, o mais importante, justos, para uma interpretação da solidariedade inscrita no artigo 196 da Constituição Federal mais conforme com as expectativas de quem arca com os desajustes cada vez mais visíveis do Sistema Único de Saúde. Não se está a defender que o cidadão não se socorra da Justiça, que é o último bastião para a realização de seus direitos e garantias constitucionais, e sim que a judicialização, antes de ser fator de mais desorganização, seja causa impulsionadora de melhorias, como efetivamente já o foi em inúmeras ocasiões. A decisão paradigma, quando fala da obrigação de o juiz direcionar a causa de forma a facilitar o ressarcimento, refere-se a algo diferente de nova ação de ressarcimento, esta já prevista no ordenamento jurídico. Assim a decisão (com especial relevância para a questão da competência) deixa claro que o ressarcimento aqui previsto é na própria ação. O corolário lógico de tal assertiva é pressupor a participação de todos os réus. Ou seja, a ação deverá tramitar, desde a fase postulatória, permitido o devido contraditório, com a participação de todos os entes solidários. Só assim será possibilitado o cumprimento que obedeça à regra de competência prevista na Constituição Federal e também aquela de que o juízo perante o qual tramitou o processo de conhecimento é o único competente para o seu cumprimento. A tese fixada no voto vencedor é repetida em sua inteireza na fixação da tese do acórdão elaborado a partir dos votos proferidos por todo o Colegiado. Assim, as premissas trazidas no voto vencedor deverão ser aplicadas aos casos concretos que vierem a surgir sobre a temática.

Salienta-se a importância da fixação da competência correta no caso concreto. Caso o juiz não direcione o cumprimento nos moldes da tese, pode tornar inviável sua aplicação, tendo em vista que não poderá um juiz estadual julgar um cumprimento de sentença contra a União, por imperativo de ordem constitucional. Nesse caso, é de-

ver do magistrado mandar emendar a inicial quando constatar que, em um eventual cumprimento de sentença, o ente federal terá de integrar a relação processual. Isso porque, conforme referido na decisão ora em análise, deve o magistrado atentar-se para a diminuição dos custos da judicialização e da multiplicação de processos.

Não é demais ressaltar que as conclusões a que chegou o Supremo Tribunal Federal no julgamento desse precedente são vinculantes para todos os órgãos do Poder Judiciário (CPC, art. 927, III, c/c o art. 988, IV). Assim, considerando a obrigatoriedade do precedente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CRIZOTINIBE 250MG. TEMA 793 DO STF. SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS NOS SERVIÇOS DE SAÚDE. FÁRMACO NÃO INTEGRANTE DA LISTA DE DISPENSAÇÃO DO SUS. NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA UNIÃO. 1. O fármaco postulado - Crizotinibe 250mg – não integra as listas do SUS, tampouco está inserido nos protocolos estabelecidos pelos Cacon's, cujo custeio se dá por meio de verbas orçamentárias federais. 2. Ao julgar os embargos de declaração no RE 855.178, Tema nº 793/STF, o Ministro Edson Fachin, dentre outras conclusões, estabeleceu que “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” e “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”. 3. Na espécie, há dois fatores que determinam a inclusão da União no polo passivo: é a responsável legal pelo financiamento da obrigação principal e o medicamento postulado não está incluído nas políticas públicas do SUS. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELO PREJUDICADO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70083918490, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em:24-04-2020).

É no mesmo contexto recente decisão da Ministra Cármen Lúcia:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. INCLUSÃO DA UNIÃO NO

POLO PASSIVO. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL: TEMA 793 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. [...] Na espécie em exame, o Tribunal de origem assentou a competência da Justiça Federal para o julgamento da causa, considerando que o medicamento Rituximabe 750mg não consta como tratamento no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – PCDT da doença do paciente e que compete a União o financiamento, a aquisição e a distribuição do medicamento pleiteado. [...] Na espécie em exame, ao determinar a inclusão da União no polo passivo da demanda, com a consequente remessa dos autos à Justiça Federal, o Tribunal de origem decidiu em harmonia com a tese fixada no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 855.178-RG, Tema 793 da repercussão geral. [...] Assim também, por exemplo, confirmam-se os julgados: Recurso Extraordinário n. 1.303.165, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 13.2.2021; Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.298.325, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe 5.3.2021; e Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.301.670, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 7.1.2021. O acórdão recorrido harmoniza-se com essa orientação jurisprudencial. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.307.921 PARANÁ, 19 de março de 2021. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Relator.

Também assim decidiu o Ministro Dias Toffoli na Suspensão de Tutela Provisória (STP) 649/MG, em 2 de setembro de 2020:

No presente caso, foi proferida judicial ordem contra o requerente, para o fornecimento de suplemento alimentar, alegadamente de alto custo; porém, conforme noticiado nos autos por ele próprio, a unidade do referido produto tem valor estimado para compra de R\$ 25,00 e, muito embora tenha sido receitada para consumo diário, não o foi por período indeterminado e, sim, pelo prazo certo de 90 dias e, assim, não parece suficiente a comprovar o risco de dano às finanças públicas do município.

Como se não bastasse, a fundamentação jurídica em que embasada a pretensão ora em análise reside em precedente firmado por esta Suprema Corte, no julgamento de recurso extraordinário dotado de repercussão geral (RE nº 855.178), mas cuja tese não lhe aproveita.

E isso porque aduziu o requerente que, por tratar-se de medicamento de alto custo, deveria seu fornecimento ser buscado junto à União; ora, além de ser discutível

essa classificação, ao produto alimentar em questão, tampouco se aplica ao caso a hipótese referente ao registro na ANVISA, por não poder aludido produto ser classificado como medicamento e, assim, estar sujeito a esse tipo de registro.

O Ministro Gilmar Mendes, no mesmo sentido, exarou decisão no Recurso Extraordinário com Agravo 1.285.333/PR:

Consta dos autos que a recorrida ajuizou ação ordinária contra o Estado do Paraná e o Município de São José dos Pinhais, requerendo o fornecimento do medicamento Nevaxar (Sorafenibe) 200 mg, indicado para o tratamento de uma neoplasia maligna do fígado, porém não fornecido pelo SUS. Foi deferida a liminar para o fornecimento do medicamento.

No presente recurso, a controvérsia consiste em definir qual o Juízo competente para o processamento e julgamento do feito, se o Federal ou o Estadual. O TJPR, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consignou que o tratamento médico adequado se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, que podem ser acionados judicialmente para compor o polo passivo da ação, isolada ou conjuntamente. Dessa forma, recusou a remessa do feito à Justiça Federal. A despeito da precisão da afirmação, no que tange à existência da responsabilidade solidária, a conclusão do Tribunal foi equivocada.

Explico.

O Supremo Tribunal Federal, no RE-RG 855.178 (Tema 793), em sede de embargos de declaração, fixou a seguinte tese:

[...]

Assim, verifica-se que afirmar a responsabilidade solidária dos entes da federação nas prestações de saúde não afasta o dever de cada ente de responder por prestações específicas, que devem ser observadas para a composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário.

Dessa forma, a decisão do Tribunal encontra-se em dissonância com o entendimento fixado por esta Corte no Tema 793 da sistemática da repercussão geral.

Na mesma toada, a decisão da Primeira Turma do STF, composta pelos Ministros Alexandre de Moraes, Ministro Dias Toffoli, Ministro Marco Aurélio, Ministra Rosa Weber e Ministro Luís Roberto Barroso decidiu, por unanimidade:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO ADOTADO NO REGULAMENTO DO SUS. INCLUSÃO DA UNIÃO DO POLO PASSIVO. TEMA 793 DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 855.178 (Rel. Min. LUIZ FUX, Tema 793), examinou a repercussão geral da questão constitucional debatida nestes autos e reafirmou a jurisprudência desta CORTE no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados do dever de prestar assistência à saúde. 2. Posteriormente, ao rejeitar os embargos de declaração opostos em face deste acórdão, o SUPREMO fixou 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”. 3. No caso concreto, ao determinar a inclusão da União no polo passivo da demanda, com a consequente remessa dos autos à Justiça Federal, o Tribunal de origem seguiu a tese de repercussão geral. 4. Agravo Interno a que se nega provimento.

As recentes decisões da Corte Suprema confirmam o que foi fixado na tese do Tema 793 e determina que a definição da competência leve em conta o que os demais Poderes determinam sobre a política de saúde pública: o Legislativo, ao editar leis de estruturação do Sistema Único de Saúde, e o Executivo, ao descentralizar a gestão dos recursos públicos destinados à área. Assim, a decisão em análise foi ao encontro da forma de implementação da política pública prevista na Constituição Federal, sem, entretanto, tomar o lugar dos executores e legisladores desta.

5 Considerações finais

É possível concluir, ao final deste breve estudo, que o Poder Judiciário pode atuar na implementação das políticas públicas, seja por meio de decisões individuais ou coletivas, que impactam diretamente e exercem pressão sobre os demais Poderes para que concretizem os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A interferência do Poder Judiciário, por meio do julgamento de numerosas decisões individuais, pode violar a isonomia, seja por alcançar prestações devidas apenas àqueles que têm condições subjetivas

e materiais de buscar uma decisão judicial, seja porque a incerteza sobre a possibilidade orçamentária tornou a gestão deficiente, principalmente nos casos em que há poucos recursos materiais, como ocorre em milhares de municípios brasileiros. Espera-se, de outra banda, ter sido demonstrado que a judicialização, quando não banalizada e intensa, pode ser uma ferramenta de atuação legítima do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.

Por meio de decisões judiciais, caso seja dada efetividade ao artigo 927 do Código de Processo Civil, o sistema de precedentes pode ser uma ferramenta de atuação legítima do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, evitando afronta aos princípios da igualdade e segurança jurídica.

É isso que se espera dos magistrados e demais operadores do Direito ao aplicarem corretamente o quanto decidido no Tema 793/STF, devendo, para tanto, buscarem as rationes decidendi expostas nos votos contidos no julgamento do RE n. 855.178-SE (finalizado em 2015), e nos ricos debates que houve nos embargos declaratórios que se seguiram (apreciados em 2019, com acórdão publicado em 16/4/2020).

Conclui-se, portanto, que é possível ao Poder Judiciário ter papel relevante na implementação dos direitos e garantias previstos na Carta Magna sem perder de vista o princípio da separação dos poderes e a recente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que traz para o âmbito da decisão judicial questões que antes estariam apenas afetas aos demais Poderes da República. Para tanto, a introdução do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro teve papel crucial, tornando possível aumentar a segurança jurídica, fator que é basilar para uma gestão competente dos recursos públicos, ao mesmo tempo em que garante ao povo o acesso a direitos fundamentais básicos, como aquele previsto no Objetivo do Milênio número 3 da Agenda 2030 da Organização Mundial da Saúde: “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”.

Referências

AGENDA 2030 da Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20%C3%A9%20um,dentro%20>

dos%20limites%20do%20planeta. Acesso em: 18 abr. 2021.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o poder público: ensaio de um roteiro decisório. **Revista de Processo**, v. 259, p. 333-370, set. 2016.

ARAÚJO, Fabio Caldas de; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. A tutela jurisdicional da saúde. **Revista de Direito e Medicina**, v. 2, abr./jun. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

COSTA, Ilton Garcia da. A supremacia do interesse público e a ponderação de interesses na visão da administração pública municipal: a aplicação da reserva do possível na judicialização da saúde. **Revista dos Tribunais**, v. 1019, p. 73-91, set. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Taís Schilling. Os Desafios do Modelo Brasileiro de Precedentes. **Revista Jurídica**, 473, p. 13, 2017.

GALIL, João Victor Tavares. Cofinanciamento estatal no SUS – RE 855.178 ED/SE. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 13, p. 345-350, abr./jun. 2020.

GNOATTO, Fernanda. Medicamento off label: entre a cura e a precaução da saúde pública. **Revista dos Tribunais**, v. 982, p. 135-159, ago. 2017.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MANENTI, Mirella Fiorença da Silva; RAMIDOFF, Mário Luiz. Direito à saúde. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 110, p. 245-262, nov./dez. 2018.

MASSA-ARZABE, Patricia Helena. Dimen-

são jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional**, v. 13, n. 3, 2016.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro**: Colônia e Império. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Frederico Augusto Leopoldino Koehler

Juiz Federal do TRF-5ª Região, atualmente como Juiz Instrutor no STJ. Mestre em Direito Público pela UFPE. Professor Adjunto da UFPE e do Mestrado Profissional da ENFAM. Membro e Secretário-Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro fundador e Secretário-Geral da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP.

Fabiane Borges Saraiva

Juíza de Direito do TJRS, Mestranda no Mestrado Profissional em Direito e Justiça da ENFAM, Coordenadora do Comitê Regional de Saúde CNJ/Região Centro/RS.