

A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

THE SOLIDARITY LIABILITY OF THE FEDERATED ENTITIES IN THE HIGH-COST DRUGS' CONCESSION

Gabriel Ruy Barbosa Garcia Rosa de Abreu¹

Ana Thereza Meireles Araújo²

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu em seu artigo 6º os direitos sociais, dentre eles, a saúde, que dada a sua relevância foi inserida no rol de competências comuns entre os entes federativos. Diante da ineficiência e escassez dos serviços públicos de saúde, diversas demandas judiciais foram propostas, em especial para o fornecimento de medicamentos de alto custo, que em 2018 somaram um total de 120.109 (cento e vinte mil, cento e nove) novas ações. Analisando a responsabilidade do Poder Público face a esta questão, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se manifestaram de forma majoritária e reiteradamente pela existência de solidariedade entre os entes subnacionais quanto à saúde. O presente trabalho se presta em examinar o regramento constitucional e legal concernente à competência comum, responsabilidade solidária e concretização da saúde perante o Estado, bem como eventuais reflexos em processos pela perspectiva da tese de repartição de competências e responsabilidade solidária com o escopo refletir sobre a aplicabilidade dos referidos posicionamentos. Assim, o artigo apresenta uma pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, a partir do uso de método dedutivo.

Palavras-chave: Medicamento de alto custo; solidariedade; entes federados; responsabilidade solidária.

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil established in its 6th article the social rights, among then, the health, that giving its relevance was inserted in the list of common competences between the federal states. Faced with the inefficiency and scarcity of public health services, several lawsuits have been proposed, especially for the supply of high-cost drugs, which totaled 120.109 (one hundred twenty thousand, hundred and nine) new lawsuits at 2018. Analyzing the State's responsibility on this issue, the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice have repeatedly expressed the existence of solidarity among subnational entities regarding health. This paper lends itself to examine the constitutional and legal regulation concerning common competence, solidarity liability and health concretization by the State, as well as possible reflexes on lawsuits from both competence's distribution and solidarity liability points of view. Therefore, this paper presents a bibliographical research of qualitative nature, from a deductive method.

Keywords: High-cost drugs; solidarity; federal entities; solidary liability.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal).

² Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA e Pós-graduada em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 3 A LEI 8.080/90 – LEI DO SUS 4 A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS SEGUNDO OS TRIBUNAIS SUPERIORES 4.1 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUAS DECISÕES 4.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS DECISÕES 5 A SOLIDARIEDADE NO CÓDIGO CIVIL 6 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O serviço de saúde é um direito fundamental, segundo o art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e está afetado pelos princípios da integralidade e da generalidade, isto é, deve ser garantido em todas as suas formas terapêuticas, preventiva e curativa, e a um maior número possível de cidadãos. Neste sentido, os Tribunais brasileiros, em especial, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), têm admitido a configuração de solidariedade entre os entes subnacionais na dispensa de medicamentos de alto custo à população que dele necessita e não reúne condições financeiras para adquiri-los no mercado.

O objetivo deste trabalho é, então, analisar os mandamentos constitucionais e legais, paralelamente às eventuais consequências processuais e efetivação da saúde, a fim de que se possa entender quanto à configuração de solidariedade ou repartição de competências na dispensa de fármacos excepcionais.

Consoante dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), só no ano de 2018, o número de processos novos relativos a fornecimento de medicamentos representa o total de 120.109 (cento e vinte mil, cento e nove), o que evidencia a judicialização do tema e a importância de explorá-lo academicamente (CNJ, 2019).

Ademais, houve o reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, que reiteradamente têm se manifestado pela configuração de solidariedade, posição esta que tem sido alvo de crítica por parte da doutrina e Tribunais.

Para a elaboração do presente artigo foi realizada pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, a partir do uso de método dedutivo.

O trabalho foi dividido em 7 capítulos, contada a introdução e conclusão. Inicialmente, a saúde – e o direito à mesma – será abordada no escopo da Carta Política

brasileira sob perspectiva de direito fundamental social, assim como a atribuição Constitucional de atuação dos entes federados na sua atenção, proteção e promoção. No capítulo seguinte, a saúde será discutida sob o enfoque da Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, onde serão destacados seus princípios norteadores, diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), dentre outros aspectos que tangenciam o fornecimento de medicamentos.

Derradeiramente, abordar-se-á perspectiva da dispensa de fármacos de alto custo sob leitura do Poder Judiciário, subdividindo este capítulo em dois subcapítulos, referente aos principais recursos, decisões e, conseqüentemente, posicionamento da Corte Suprema brasileira e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Em seguida, far-se-á síntese do sistema de relação obrigacional adotado pelo Código Civil brasileiro, especialmente no que toca à modalidade de solidariedade passiva. No último capítulo será feita análise das disposições constitucionais e legais referentes à repartição de competência, obrigação solidária, efetivação da saúde pelo Estado, ponderando ainda possíveis conseqüências processuais em ações que requerem a condenação do Estado (no sentido amplo) no fornecimento de medicamentos de alto custo, sob a perspectiva tanto da repartição de competência quanto da solidariedade.

2. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta Política de 1988 foi a primeira na história constitucional brasileira a inserir título específico para os direitos e garantias fundamentais. De fato, o Preâmbulo já traz fortes indícios acerca da importância dos direitos fundamentais como forma de efetivação da dignidade da pessoa humana, real condutor de todo o sistema constitucional brasileiro. Ademais, pela primeira vez a saúde elevou-se ao patamar de direito social positivado (MENDES; BRANCO, 2013).

Segundo a Constituição da *World Health Organization* (Organização Mundial da Saúde – OMS), editada em 1946, “saúde é o estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (tradução livre). É possível dizer que o conceito de saúde postulado pela OMS simboliza o compromisso mundial com o melhor estado de bem-estar físico, mental e social possível. Por outro lado, conforme asseverado por Julio Cesar de Sá da Rocha (2011, p. 17),

a conceituação de saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida, uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que (s.i.c.) atravessa a maioria da nossa população.

Consequentemente, a discussão e a compreensão da saúde passam pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da constituição

Neste sentido, a Constituição da República previu a saúde como espécie de direito social fundamental em seu artigo 6º, junto à educação, moradia, segurança, alimentação e demais direitos.

A relevância do direito à saúde como direito social fundamental, segundo Cunha Júnior (2015, p. 611), é tamanha que nem precisaria de reconhecimento constitucional explícito. Isto porque o direito à promoção e à proteção da saúde está umbilicalmente ligado com o direito à integridade física, ao direito à vida e à própria dignidade humana, cuja fundamentalidade é indiscutível (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 647).

É fácil notar, ainda, o especial destaque que a Carta Magna deu à saúde ao citá-la 41 vezes em seu texto principal bem como ao inserir o seu cuidado no rol de competência comum entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Contudo, é no artigo 196 e seguintes que o direito à saúde encontrou maior concretização em nível normativo-constitucional, por dispor que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo o Poder Público regulamentar por meio de Lei a execução de políticas sociais e econômicas que visem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2018, p. 648).

A própria Constituição estabeleceu parâmetros gerais à execução de ações e serviços, que deverão ser voltadas ao atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, através de um sistema único que atuará de forma descentralizada, integrando uma rede regionalizada e hierarquizada.

É possível identificar que à saúde, como “direito de todos”, conferem-se o status de direito individual e também de direito coletivo (MENDES; BRANCO, 2013, p. 622-623). A norma constitucional revela que há, portanto, não só o direito à saúde, mas um direito público subjetivo à totalidade da população, que remete à formação de relação obrigacional entre indivíduo e Estado. Por conseguinte, o Poder Público possui o dever fundamental de prestação da saúde através de políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos.

Com o fulcro de executar as políticas públicas voltadas à saúde, a Carta Política constituiu um Sistema Único de Saúde (SUS), que compõe uma rede regionalizada e integrada de ações e serviços, guiado pela descentralização, com direção única em cada esfera governamental. Ademais, o sistema é fundamentado nos princípios da universalidade e

igualdade de assistência, abarcando tanto a atuação preventiva – que é, inclusive, a prioridade, segundo inteligência do artigo 198, da CRFB/88 – quanto de tratamentos terapêuticos com fins curativos (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 611).

Em linhas gerais, a Constituição de Outubro adotou quanto à saúde o sistema de repartição de competência comum. Há, em síntese, a competência legislativa e a competência administrativa ou material, sendo esta cindida em competência exclusiva e comum.

Doutrinadores divergem quando à possibilidade de diferenciação entre competência privativa e exclusiva, residindo a controvérsia quanto à inviabilidade de delegação desta última. Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013, p. 64), por exemplo, adota a teoria de indistinção entre os termos, enquanto que José Afonso da Silva (2014, p. 485) emprega os termos de modo distinto, com a possibilidade de delegação da competência privativa. Contudo, tal debate não é relevante para o presente artigo, visto que rodeia essencialmente na competência material comum.

A competência comum, por outro lado, significa atuação paralela. Isto é, ao se atribuir tal modalidade de repartição, busca-se o empenho conjunto; simultâneo, dos entes federalizados nas questões arroladas, como o zelo pela guarda da Constituição e o cuidado com a saúde. Neste diapasão, a Carta Maior inseriu a saúde no rol de competências comuns (art. 23, inciso II) entre a União, Estados e Municípios, determinando no parágrafo único do mesmo artigo edição de leis complementares para regular a cooperação entre os entes subnacionais na realização das ações e serviços de saúde.

3. A LEI 8.080/90 – LEI DO SUS

Antes da criação da Lei Orgânica da Saúde, também chamada de Lei do SUS, e, conseqüentemente, do próprio Sistema Único de Saúde, a assistência à saúde prestada pelo Poder Público era exclusivamente de promoção e prevenção. O Ministério da Saúde, em conjunto com Estados e Municípios, realizava campanhas de vacinas e controle de endemias, de modo que tal atuação possuía caráter universal. Além disto, existiam alguns poucos hospitais especializados para parcela da população definida como indigente. O âmbito curativo estava a cargo do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) – posteriormente chamado de Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) –, cujos beneficiários limitavam-se aos associados da Sistema Previdenciário (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002).

O movimento sanitário, que defendia a democratização das relações entre a sociedade e o sistema de saúde, somente tomou força na década de 70. Logo após, em 1986, foi

realizada a VIII Conferência Nacional de Saúde, e, apoiada nos ideais do movimento sanitário, recomendou a estatização da saúde, cujo reflexo veio surgir na Constituição Federal promulgada 2 (dois) anos mais tarde (BARRETO JÚNIOR; PAVANI, 2013, p. 79-80).

Neste contexto, há cerca de 2 (dois) anos após a nova Carta Maior, o legislador brasileiro editou a Lei Ordinária nº 8.080, promulgada em 19 de setembro de 1990, que regula as ações e serviços de saúde em todo território brasileiro, constituindo o Sistema Único de Saúde.

A Lei do SUS, resumidamente, estabelece o âmbito de atuação do Sistema Único de Saúde, a sua organização e gestão, fixa a competência dos entes subnacionais, trata de algumas formas de cooperação técnica, além de outros aspectos ligados à saúde no sentido amplo, abrangendo saúde do trabalhador, saneamento básico e financiamento do próprio sistema.

Assim, acompanhando o panorama constitucional, a referida Lei ratificou os preceitos do art. 198, da CRFB, acrescentando em seu artigo 7º outros os princípios e diretrizes do sistema de saúde. Dentre os principais pode-se citar: (I) universalidade de acesso; (II) integralidade de assistência; (IV) igualdade de assistência; (V e VI) direito à informação; (IX) descentralização político-administrativa, com ênfase aos municípios, regionalização e hierarquização dos serviços de saúde, e; (XIV) organização visando evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

O princípio da universalidade foi uma das maiores conquistas no âmbito da saúde, e está diretamente associado ao princípio da equidade. Universalidade significa aquilo que é comum a todos, sendo direito ligado à própria noção de cidadania, devendo ser prestado pelo Estado a todos, sem distinção de raça, gênero, religião ou classe social (PAIM; SILVA, 2010).

Equidade, ou igualdade de assistência, por outro lado, significa aceitar que as pessoas são diferentes e por esse motivo possuem necessidades díspares, devendo a atuação do Estado sempre as considerar para melhor atendê-las (MINISTÉRIO DA SAÚDE).

Derradeiramente, os arts. 8º e seguintes estabeleceram os parâmetros de organização do sistema, reiterando a regionalização e formação de níveis de hierarquia por complexidade crescente, de modo que a União ficaria responsável pela coordenação de redes de alta complexidade (art. 16, III, a), os Estados pela coordenação de centros de média complexidade e os Municípios ficariam responsáveis por serviços de baixa complexidade.

Considerando o caráter de cooperação do sistema, o legislador entendeu ser necessário a criação da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e da Comissão Intergestores Bipartite (CIB), reconhecidas como foros de negociações e integração de programações entre

gestores estaduais, municipais e federal na CIT – portanto em âmbito nacional – e, gestores estadual e municipais na CIB, portanto em esfera estadual, sobre aspectos da saúde (BARBOSA, 2014, p. 39-40).

Assim, o aspecto principal da Lei 8.080, de 1990 é o estabelecimento de princípios e diretrizes de atuação dos gestores e formação do sistema, definição de competências e atribuições da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na execução de serviços e ações de saúde, bem como criação de alguns meios de cooperação interfederativa.

Ou seja, a Lei Orgânica da Saúde estabeleceu competências e atribuições de caráter geral para os entes, sendo demais questões dispostas por outras legislações, como a Lei Complementar 141, de 2012, que, em linhas gerais, regulamenta o financiamento da saúde, a Lei 8.142/90, o Decreto 7.508/2011 e incontáveis Portarias Normativas.

No aspecto da dispensa de medicamento, cabe fazer menção acerca das formas oficiais do SUS para fixar os tratamentos e fármacos ofertados pelo sistema público de saúde. O Decreto 7.508, de 2011, é responsável pela regulamentação do Sistema e instituiu o Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica (PCDT), a Relação Nacional de Medicamento Essenciais (RENAME) e a relação específica complementar estadual e municipal. O Protocolo Clínico e Diretriz terapêutica é, segundo o art. 2º, II, do Decreto 7.508/11, o:

[...] documento que estabelece: **critérios para o diagnóstico** da doença ou do agravo à saúde; o **tratamento** preconizado, com os **medicamentos** e demais produtos apropriados, quando couber; as **posologias** recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS (grifos nossos)

Desta forma, o PCDT busca padronizar as formas de avaliação e diagnósticos de moléstias. Em paralelo têm-se a RENAME, que é um documento elaborado pelo Ministério da Saúde que uniformiza os medicamentos indicados para atendimento de doenças (art. 25, do Decreto 7.508/2011), podendo ou não (a depender da conveniência do ente federativo) ser dispensados pelo SUS, com renovação a cada dois anos (art. 26, p. ú, do Decreto 7.508/2011).

A RENAME, pois, possui grande relevância na assistência farmacêutica, uma vez que busca manter o uso racional de medicamentos e norte de financiamento interfederal, inobstante o avanço de novas tecnologias e complexidade das necessidades da população (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2017). Para tanto, a lista utiliza critérios como segurança, eficácia e custo do medicamento para sua adesão. Contudo, a necessidade de atenção à referida lista pelo gestor público já foi relativizada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verá a seguir.

4. A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS SEGUNDO OS TRIBUNAIS SUPERIORES

Conforme mencionado alhures, o direito à saúde foi elevado por norma constitucional à categoria de direito social fundamental, sendo dever do Poder Público prestar a saúde tanto pela perspectiva coletiva, quanto individual.

Contudo, sabe-se que, não raro, o Estado (no sentido amplo) não cumpre o seu dever de prestação da saúde, pela execução inadequada das políticas já existentes (MENDES; BRANCO, 2013, p. 630). Ou ainda, nega-se em fornecer o medicamento prescrito ao cidadão sob a justificativa de seu alto custo inviabilizaria a própria assistência farmacêutica, violando o princípio da isonomia ao dispensá-lo e a reserva do possível.

Assim, os pacientes, frente ao inadimplemento do Estado, socorrem-se ao Poder Judiciário buscando a condenação dos entes subnacionais em fornecerem-lhes o fármaco prescrito. Diante do elevado número de recursos interpostos, os tribunais de vértices foram instados a se manifestarem acerca da responsabilização do Estado na saúde, bem como da consolidação jurisprudencial de requisitos mínimos à condenação das entidades federalizadas em fornecer os medicamentos não inseridos na relação oficial do SUS pleiteados em Juízo.

4.1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS DECISÕES

Inicialmente, um recurso cuja menção se torna obrigatória é o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que foram fixados alguns parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvessem direito à saúde.

Como auxílio à Decisão da STA-AgR/CE nº. 175, foi realizada uma audiência pública, ocorrida entre os dias 27 a 29 de abril e 4 a 7 de maio de 2009, cujo objetivo principal foi promover um diálogo entre o Poder Judiciário e as demais entidades democráticas, ouvindo-se depoimentos de pessoas com experiência e autoridades do âmbito do SUS, esclarecendo-se “questões técnicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 637).

Após, foi proferida a decisão do Agravo Regimental em STA nº. 175. O Ministro Relator Gilmar Mendes expôs em sua obra de Direito Constitucional (2013, p. 640-642), resumida e esquematicamente, as seguintes considerações:

1) O primeiro passo é verificar se a prestação de saúde pleiteada em Juízo possui política pública já estabelecida, uma vez que, em havendo, o Poder Judiciário não estaria criando nova política ao deferir o pedido de determinado paciente, mas tão somente determinando o seu cumprimento. Não constando em política do SUS, o julgador deve analisar se a falta de prestação decorre de: 1.1) omissão legislativa ou administrativa, ou; 1.2) decisão administrativa no sentido de não a prestar, ou; 1.3) vedação legal expressa sobre a sua impossibilidade de dispensa do fármaco, como por exemplo, a ausência de seu registro na Anvisa, que é um óbice legal à concessão do medicamento, segundo os arts. 28 e 29 do Decreto 7.508, de 2011.

2) O segundo passo é identificar os motivos de não fornecimento da prestação. Deve-se verificar se a não concessão de determinado medicamento se deu porque a administração pública entendeu não haver evidências científicas suficientes sobre a sua eficiência, por exemplo. Mendes (2013, p. 641-642) indica dois casos de não fornecimento. 2.1) A primeira é a hipótese em que o SUS fornece tratamento alternativo à doença ou agravo do paciente, contudo não adequado ao seu caso específico. 2.2.) A segunda é a ausência de qualquer tratamento pelo SUS à moléstia do paciente. Neste caso, segundo o Ministro, deve-se analisar se o tratamento buscado pelo paciente a) é experimental ou; b) se somente não foi testado pelo SUS. Na primeira situação o tratamento não existe em nenhum país por fazer parte de pesquisa clínico-laboratorial, de modo que o Estado não poderia ser obrigado a fornecê-lo. Quanto à segunda situação, é interessante destacar que a viabilidade de dispensa é tema de nº. 500 do STF através do RE 657.718, com repercussão geral, porém o julgamento não está concluído.

3) O terceiro passo é a adequada instrução probatória do processo, uma vez que usualmente as peças processuais são padronizadas, não se adequando ao caso concreto, “impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 642).

Ademais, e não menos importante, a Corte Suprema reafirmou no julgamento do Agravo Regimental na STA nº. 175, que a competência comum do art. 23 enseja o entendimento de que há solidariedade entre os entes federados na saúde, de modo que a descentralização do SUS apenas reforça tal relação obrigacional solidária e subsidiária entre eles.

Jeferson Ferreira Barbosa (2014, p. 69-94), realizou pesquisa qualitativa-quantitativa das Decisões proferidas pela Corte Suprema com o fito de entender qual o posicionamento do órgão julgador, bem como os fundamentos utilizados para formar tal convencimento. Com a pesquisa foi possível aferir que o Tribunal majoritariamente entende

pela configuração de solidariedade em questões relacionadas à saúde, contudo, constatou-se certa limitação de fundamentação e nível de contradição entre Decisões proferidas pelos ministros, que ora decidiam a favor da repartição de competências, ora pró-solidariedade (BARBOSA, 2014, p. 75-76).

Jeferson (2014, p. 89) analisou, ainda, as Decisões utilizadas como formação da base jurisprudencial discutida, e conclui que a tese da responsabilidade solidária nasce diante do confronto de duas hipóteses: a primeira diz respeito à defesa de que as normas constitucionais são meramente programáticas, logo, exigiriam regulamentação infraconstitucional posterior e; a segunda tangencia a ideia que as normas constitucionais possuem eficácia imediata. Esta última foi mais adotada pelos Ministros e, em Decisões colegiadas foram mais bem recebidas, representando o entendimento da Corte.

Vale destacar que inobstante a pesquisa do referido autor tenha sido realizada em meados de 2009, continua atual, já que a Corte Suprema tem se manifestado no sentido de reiterar precedentes deste período e, conseqüentemente, o entendimento pela solidariedade na saúde.

Aliás, no curso da elaboração do presente artigo, o Supremo Tribunal Federal julgou, nas sessões extraordinárias dos dias 22 e 23 de maio de 2019, o Recurso Extraordinário 855.178, tendo fixado tese de repercussão geral (tema 793) nos seguintes termos:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Desta forma, a Corte Federal pacificou a controvérsia quanto à solidariedade dos entes políticos na saúde e, num contexto processual, incumbindo ao magistrado o direcionamento da obrigação à entidade federativa segundo legislação pertinente, observados os princípios da descentralização e hierarquização do Sistema Único de Saúde.

No mesmo dia 22 foi também julgado o RE 657.718, em que se discute a responsabilidade do Estado pelo fornecimento de medicamentos experimentais e sem registro na ANVISA. O referido recurso versa sobre temática além da discutida na presente pesquisa, porém, dada a clara conexão, faz-se necessário indicar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o Estado (sentido amplo), em regra, não é obrigado a fornecer os referidos fármacos, porém, preenchidos certos requisitos formulados no próprio julgamento do recurso, o Estado estaria, sim, obrigado no fornecimento. Além disso, a ação judicial deveria ser

proposta necessariamente em face da União, sem prejuízo da solidariedade confirmada no julgamento do RE 855.178

O RE nº 566.471, em que se discute a possibilidade de fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado, estava apazado para julgamento em conjunto com o RE 855.178, porém, teve seu julgamento remarcado para 13/06/2019.

Todavia, alguns votos já foram proferidos. O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, proferiu voto, em síntese, no sentido de que o dever do Estado em prover a saúde na condição de direito social fundamental, incluindo-se o fornecimento de medicamentos, deve ser analisado ao lado do mínimo existencial, que é pré-existente à Constituição e ao Estado, visto que inerente à própria dignidade humana. Dessa forma, afirmou que a ameaça ao mínimo existencial é passível de judicialização, não sendo o acesso universal e igualitário ao direito da saúde, questões orçamentárias, reserva do possível e violação ao princípio da separação dos poderes argumentos válidos à inércia Judicial frente a transgressão de direito fundamental.

Além do relator, os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso proferiram voto. Em linhas gerais, os votos seguiram o caminho traçado pelo Ministro Marco Aurélio quanto à possibilidade de fornecimento de medicamentos excepcionais pelo Estado para pessoas sem capacidade financeira de custeá-lo mediante determinação judicial. Contudo, houveram sutis divergências quanto aos requisitos necessários à dispensa.

Por outro lado, o Ministro Barroso pondera a necessidade de ampliação de diálogo entre o Poder judiciário e demais institutos (como núcleos de apoio técnico em saúde ao Tribunal, profissionais do SUS, etc.) para averiguar a presença dos requisitos por ele propostos, bem como a possibilidade de posterior incorporação do fármaco ao quadro de procedimentos terapêuticos do Sistema Público de Saúde.

Em apertadíssima síntese, o Ministro Edson Fachin, seguindo a linha de entendimento do Relator Marco Aurélio, entende que a concessão de medicamento de alto custo pela via judicial é possível, porém é medida excepcional, devendo, para tanto, atender a certos requisitos técnicos e jurídicos, preferencialmente de maneira cumulativa.

Após a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da tese de solidariedade interfederativa em prover a saúde, parece certa a inclinação em possibilitar o fornecimento de medicamentos de alto custo, ainda que condicionados a certos requisitos, assim como aqueles não registrados pela Anvisa e experimentais.

4.2. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUAS DECISÕES

No que diz respeito ao entendimento do STJ, dois temas são relevantes. O primeiro concerne à compreensão da responsabilização estatal na saúde. O segundo pertence à formação de requisitos para a condenação do Estado em fornecer medicamento não inserido na RENAME.

À semelhança do que entende a Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça firmou a sua jurisprudência – em ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção – no sentido da solidariedade obrigacional das entidades subnacionais em prover a saúde, sendo possível o ajuizamento de ação buscando fármacos não concedidos pelo Estado perante qualquer entidade federada. Por oportuno, transcrevo ementa do Acórdão do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 516.753, relatado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado no ano de 2014:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DE TODOS OS ENTES FEDERADOS. A ALEGAÇÃO DE FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS NÃO CONSTITUI ÓBICE À CONCESSÃO DE PROVIMENTO JUDICIAL QUE DÊ EFETIVIDADE A DIREITOS FUNDAMENTAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção firmaram o entendimento de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, do Estados e dos Municípios. Dessa forma, qualquer um destes Entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo da demanda. 2. A falta de recursos financeiros não constitui óbice à concessão de provimento judicial que dê efetividade a direitos fundamentais, não podendo servir de escudo para recusas de cumprimento de obrigações prioritárias. [...]
(AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 516753 2014.01.14456-9, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:01/09/2014 ..DTPB:.) (grifos nossos).

Em acréscimo, a Primeira Turma, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (ROMS), nº 24.197 (publicado no DJe em 24/08/2010), sob a relatoria do então Ministro Luiz Fux, apoiada na decisão da STA 175, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a Constituição Federal reclama efetividade, não podendo o direito à saúde como dever do Estado ser promessa vã, de modo que a aplicação normativa-constitucional deve estar sempre acompanhada dos princípios fundamentais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana.

A segunda questão que merece menção diz respeito ao requerimento por via judicial de fármacos não constantes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, que foi objeto

de julgamento pela Primeira Seção do STJ por meio do Recurso Especial nº. 1.657.156/RJ, afetado pela sistemática de recursos repetitivos. Conforme já consignado, a Corte Superior possui o entendimento de que a União, Estado, DF e Municípios respondem solidariamente sobre a saúde. Neste note, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça definiu critérios de concessão de medicamentos não inseridas na RENAME.

O recurso, sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, foi julgado (27/02/2018) e publicado no Diário de Justiça em 05 de abril de 2018. Restaram definidos os seguintes critérios, cumulativamente: 1) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos medicamentos dispensados pelo SUS; 2) Incapacidade financeira do requerente em custear o fármaco prescrito; 3) existência de registro do medicamento perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Quanto à modulação dos efeitos, restou decidido que somente ocorreria para os processos que fossem distribuídos após o julgamento do recurso.

Por fim, os Ministros determinaram, após o trânsito em julgado dos processos que envolvessem a mesma matéria do recurso (dispensa de medicamentos não inseridos na lista do SUS), a comunicação do Ministério da Saúde com o fim de estudar a viabilidade de incorporação do medicamento de cada caso na referida lista oficial. Eis a ementa do Acórdão:

5. A SOLIDARIEDADE NO CÓDIGO CIVIL

A expressão ‘obrigação’ é plurívoca, de modo que possui diversos significados. Contudo, no sentido técnico-jurídico o termo ‘obrigação’ significa a relação jurídica transitória existente (por meio de lei ou contrato) entre duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas, de direito público ou privado), na qual uma (devedor) assume uma prestação (positiva ou negativa) economicamente aferível em favor da outra (credor) (TARTUCE, 2017, p. 233); (PEREIRA, 2012, p.7).

As obrigações podem ser classificadas: i) quanto ao objeto: dar, fazer ou não fazer; ii) quanto aos elementos: obrigação simples e plural, objetiva e subjetiva; iii) quanto à exigibilidade: civis e naturais; e, iv) quanto ao conteúdo: de meio ou de resultado. A classificação que importa para o presente artigo considera o elemento da obrigação, especialmente, as modalidades plurais subjetivas, que são aquelas onde há complexidade de

sujeitos, ramificadas em: a) obrigações divisíveis e indivisíveis e; b) solidárias (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 144).

Segundo o art. 264 da Lei Civil, “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda”. É possível afirmar, então, que existem três situações, a primeira com multiplicidade de credores e apenas um devedor (solidariedade ativa), a segunda com multiplicidade de credores e de devedores (solidariedade mista) e, a terceira, com multiplicidade de devedores e apenas um credor (solidariedade passiva).

Segundo entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 242-246), a solidariedade possui quatro postulados. O primeiro é a pluralidade subjetiva, sem o que não há sequer interesse no estudo desta modalidade, porque deve haver a concorrência de direitos ou coobrigações entre as partes sobre uma prestação. Aliás, este é o segundo postulado, a unidade da prestação (PEREIRA, 2012, p. 18) (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 243) (VENOSA, 2014, p. 15).

O terceiro é a manifestação da solidariedade nas relações externas, ou seja, a solidariedade ocorrerá entre os sujeitos ativos em face dos passivos e *vice versa*. Isto é, havendo um credor e três devedores, por exemplo, o credor poderá exigir a prestação integralmente perante qualquer um dos devedores, extinguindo a obrigação, porém, o devedor somente poderá exigir dos demais codevedores as suas respectivas cotas, segundo inteligência do art. 272, do *Codex Civilis*.

Por fim, diversamente do que estabelecem as Leis da Itália e Alemanha, o Código Civil brasileiro dispôs em seu artigo 265 que a solidariedade é excepcional, sempre advindo de Lei ou convenção contratual, sendo a regra o fracionamento das obrigações (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 246). Assim, a solidariedade é técnica jurídica escolhida pelas partes ou imposta por lei, diferindo da indivisibilidade que ocorrerá pela natureza jurídica ou material da prestação, sendo a regra a divisibilidade das prestações.

Chame-se atenção ao fato de que para a configuração de solidariedade é imprescindível a complexidade subjetiva e, para o presente artigo, o estudo da solidariedade passiva é de vulto interesse, dado que os Tribunais de vértice afirmam a sua configuração no que tange à saúde.

A solidariedade passiva ocorrerá quando houver pluralidade de devedores e apenas um credor, tendo fundamental importância na possibilidade de persecução integral e individual da dívida. Isto é, os devedores serão obrigados à integralidade da dívida, podendo o credor demandar em face de qualquer um deles, inclusive individualmente, para requerer o pagamento

total do seu crédito ou apenas de parte dele, sem que isto implique renúncia da solidariedade. Esta é a lição art. 275, do CC/02.

Outro aspecto de relevo é que “o pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até à concorrência da quantia paga, ou relevada” (Código Civil, art. 277). Isto é, caso a dívida perante um dos devedores seja perdoada, tal remissão não será em relação ao total da dívida, mas apenas em sobre à cota pertencente ao remisso, subsistindo o remanescente da dívida aos demais coobrigados e, ainda, se parte da dívida for paga por um dos devedores o credor somente poderá cobrar dos demais devedores o que resta a pagar, não a dívida completa.

6. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

A existência de relação obrigacional solidária entre os entes federados, bem como a possibilidade, ainda que excepcional e condicionada a certos requisitos, de dispensa de medicamentos de alto custo como meio à efetivação do direito social fundamental à saúde, na perspectiva de direito público subjetivo e individual, é entendimento pacífico nos Tribunais brasileiros de vértice, sendo tal posicionamento recentemente confirmado no bojo do Recurso Extraordinário de nº 855.178.

A controvérsia acerca da configuração de tal solidariedade obrigacional resume-se, essencialmente, em interpretar se a atribuição de competência comum para a saúde implica responsabilização solidária, confirmada pela primado da saúde como direito de todos e dever do Estado, pelos princípios da dignidade humana, da vida, bem como pelas as diretrizes e princípios do sistema público de saúde (OHLAND, 2010, p. 37).

Assim, a confirmação quanto à existência ou inexistência de relação obrigacional solidária entre os entes federados na assistência farmacêutica de alto custo requer uma análise das disposições constitucionais e legais quanto a repartição de competência, obrigação solidária, efetivação da saúde pelo Poder Público e eventuais reflexos processuais em ações que requerem a condenação do Estado (no sentido amplo) no fornecimento de medicamentos de alto custo. Neste capítulo serão analisados estes aspectos com o intuito de, ao final, concluir se cabe ou não configuração de tal solidariedade.

Conforme já mencionado, a Constituição Federal de 1988 deu relevância nunca vista na história constitucional brasileira ao direito à promoção e assistência à saúde, elevando-

o explicitamente ao patamar de direito social fundamental (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018, p. 648).

Ademais, a Carta Magna adotou um sistema complexo de repartição de competências com o fito de atingir um federalismo equilibrado, estabelecendo a técnica de repartição horizontal e vertical. Vale dizer, o Brasil se utilizou do sistema dual ou clássico (horizontal), em suma caracterizado pela atuação independente entre as entidades federadas, em conjunto com o sistema cooperativo (vertical), consubstanciado na atuação coordenada entre os entes federados num determinado assunto (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 717-719).

Destarte, entendendo que há um interesse público na preservação, execução e cumprimento dos direitos sociais, o constituinte empregou no artigo 23 da CRFB a competência de modalidade comum, visando incentivar uma soma de esforços (ALMEIDA, 2013, p.114).

Neste ponto, a Carta maior, nos arts. 196 e 197, evidencia a necessidade de regulamentação do Sistema Único de Saúde, visando a execução do dever do estado em prover a saúde. Em contrapartida, o Ministro Celso de Mello defendeu no RE 873.190/DF-AgR que a falta de regulamentação neste sentido acarretaria a inexecução do dever de saúde do próprio Estado, não podendo a interpretação da norma programática transformá-la em promessa constitucional inconsequente.

Diante deste cenário, é possível concluir que a tese da responsabilidade solidária surgiu em um contexto de tentativa de efetivação de direitos fundamentais reconhecidos pela constituição.

Dentro desta perspectiva, o STF reiteradamente posicionou-se a favor da responsabilização solidária, com Decisões sugerindo que a complexidade ou custos com tratamento não são escusas suficientes a afastar a responsabilidade de dado ente estatal, até mesmo do Município (MENDES; BRANCO, 2013, p. 634), sendo recentemente tal posicionamento fixado como tese de repercussão geral, por meio do julgamento do já citado RE 855.178.

Por oportuno, é necessário pontuar que tal posicionamento vai de encontro ao primado maior da solidariedade, que é a impossibilidade de presumi-la, porque resulta de lei ou vontade das partes (art. 265, do Código Civil).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 247-248) entendem que é possível a configuração de solidariedade mesmo que não haja previsão expressa. Os civilistas admitem a possibilidade de constituição de solidariedade “por declaração tácita de vontade, quando seja possível inferir com segurança ter sido esta a intenção das partes pelas próprias circunstâncias do negócio”.

Contudo, é importante questionar se esta hipótese se estende a dispositivos legislativos, tendo em vista que o Direito brasileiro adotou como regra a divisibilidade prestacional plurisubjetiva, sendo imprescindível previsão expressa em sentido contrário, mesmo que em outros termos ou palavras, ao revés do sistema alemão e italiano, que adota solidariedade como regra. Seria possível, então, realizar interpretações no sentido de que a intenção do constituinte foi configurar a solidariedade sem tê-la mencionado, ainda que a solidariedade tenha assumido caráter de exceção no sistema normativo brasileiro?

Não existe segurança na afirmativa desta pergunta, e ainda, na perspectiva daqueles que defendem a impossibilidade, mesmo que fosse viável se admitir interpretação em favor da solidariedade, não parece que foi esta a intenção do constituinte ao inserir a saúde no rol de competências comuns, mas tão somente de ratificar o interesse público a ela inerente e, impor à sua promoção e execução a atuação conjunta dos entes federados, cada um em suas responsabilidades recíprocas (ALMEIDA, 2018, p. 131).

Com efeito, é razoável asseverar que a saúde foi elevada a grau de interesse público diante da própria normatização no art. 23 da CRFB, contudo, também é crível admitir – dado o caráter programático dos arts. 196 e seguintes – que caberia à lei regular as atribuições de cada ente e, até mesmo, adota a tese da solidariedade.

Em paralelo, há quem diga que a noção de solidariedade atribuída ao federalismo na Carta Constitucional (art. 3º, inciso, I) não se confunde com o conceito de solidariedade do Direito Civil, devendo aquela ser entendida como reconhecimento de afinidade de interesses, lealdade federativa e a necessária busca conjunta pela redução das desigualdades regionais (ALMEIDA, 2018, p. 131-132).

Ademais, Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013, p. 119) alega que “caberá [à lei complementar] fixar as bases políticas e as normas operacionais disciplinadoras da forma de execução dos serviços e atividades cometidos concorrentemente”. Isto é, incumbe-se às citadas leis indicar os parâmetros gerais para o empreendimento cooperado dos entes subnacionais. Nesta perspectiva, Almeida (2013, p. 119) pondera que:

[...] isto é muito importante para que, levando-se em conta as reais possibilidades administrativas e orçamentárias dos diversos parceiros, não se atribua a algum deles, em nome de uma responsabilidade solidária, tarefa que não possa cumprir. Assim é que – tomando-se por hipótese os serviços de saúde – atentaria contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade exigir-se de um Município sem recursos técnicos e financeiros suficientes o fornecimento à população de remédios ou tratamento médico cujo alto custo e alta complexidade estejam além da reserva do possível.

Na visão do Desembargador do TJMG, Renato Luís Dresch (2014, p. 2), a doutrina tem analisado a competência comum de forma “literal e autônoma” ao olvidar a determinação constitucional de estruturação de um Sistema Único de Saúde baseado essencialmente na descentralização de competências entre os gestores dos entes federalizados, mediante edição de lei infraconstitucional.

E ainda, afirma que a Carta Magna atribuiu “aos Municípios a condição de executores diretos das ações [principais] de saúde, sem estabelecer regras claras que imponham aos Estados e à União a realização automática de repasses financeiros” (DRESCH, 2014, p. 4) para que houvesse o fluxo financeiro necessário à execução destas ações. Neste sentido, a ausência de capacidade técnica e financeira da maioria dos 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) Municípios para cumprir as determinações judiciais que reconhecem o dever solidário de fornecer medicamentos de alto custo tornariam os Municípios, no mínimo, reféns da cooperação técnica e financeira do Estado respectivo e da União (DRESCH, 2014, p. 4).

Em que pese tal entendimento dotar certa lógica, desconsidera elemento fulcral no que diz respeito à obrigação solidária. A solidariedade possui quatro postulados, sendo um deles a manifestação exclusivamente externa. Ou seja, apesar da possibilidade de se exigir a prestação do polo passivo (entes políticos) indistintamente, posteriormente eventual adimplemento da prestação por ente federativo diverso a qual foi incumbida responsabilidade pela Lei do SUS será ajustado administrativamente pelos meios cabíveis, como ressarcimento ou compensações. Assim, a consequência da manifestação da solidariedade exclusivamente na relação jurídica entre credor e devedor, mas não entre os próprios devedores, é a inexistência de prejuízo financeiro para ente que não possui responsabilidade direta na execução da política pública correspondente.

Por outro lado, é evidente a complexidade de normas no que tange à promoção e atuação na saúde, até mesmo na assistência farmacêutica, uma vez que variadas na esfera nacional, estadual e distrital. Este aspecto indubitavelmente gera confusão para o próprio cidadão quanto ao responsável direto no fornecimento de dado medicamento, mas também dificulta a execução das políticas públicas pelo poder executivo e intelecção do poder judiciário quando frente à esta matéria.

Quanto a este ponto seria interessante a compilação das normas atinentes aos serviços de saúde, como a assistência farmacêutica, a fim de evitar entraves na execução das políticas públicas, melhor auxiliar o Poder Judiciário, além de melhor ‘publicização’ para a população, cujos reflexos da complexidade normativa são mais reluzentes.

A propósito, é relevante analisar eventuais consequências jurídico-processuais na adesão de ambas as teses quanto à responsabilização estatal na saúde, quais sejam a repartição de competências e a formação de solidariedade.

A principal característica da obrigação solidária passiva é a faculdade que o credor possui em requerer o adimplemento da prestação perante qualquer um dos devedores, individual ou coletivamente. Desta forma, poderia o cidadão que necessita de determinado fármaco de alto custo ingressar com ação judicial perante qualquer um dos entes políticos, ou até mesmo todos eles, o que garante maior segurança na satisfação da tutela definitiva.

Por outro lado, ao adotar a tese de repartição de competência, o paciente necessitaria identificar qual ente federativo é responsável pela dispensa do medicamento pleiteado. Assim, se o autor propusesse ação perante o Município e o Estado, por exemplo, caso apenas o Estado fosse o real responsável pelo fornecimento de determinado medicamento, o Município figuraria como parte ilegítima, acarretando a sua exclusão do polo passivo da demanda. Ou ainda, se a mesma ação fosse proposta somente perante o Município, o resultado seria uma decisão terminativa pela extinção do processo sem resolução do mérito, necessitando que o autor ajuizasse nova ação apenas perante o Estado.

Ademais, a repartição de competência pode acarretar deslocamento de competência a depender da legitimidade da União.

Além disso, é perfeitamente factível que se discuta a reponsabilidade dos entes federativos quanto ao fornecimento do remédio pleiteado no curso do processo, já que ao final deverá haver a condenação especificada. Assim, a incerteza quanto à parte a que incumbe a dispensa do medicamento poderá ser justificativa (plausível) para indeferimento de pedido de tutela provisória de urgência satisfativa ante ausência de um dos seus requisitos. Ou ainda, questões técnicas relacionadas ao fármaco poderão ser alvo de dúvidas pelo magistrado, delongando o curso do processo (BARBOSA, 2014, p. 87).

Acredita-se que essas situações decorrentes da opção pela repartição de competência podem provocar graves consequências ao cidadão, uma vez que nos casos de pedido de medicamento de alto custo geralmente está-se diante de pessoa em estado grave, ou até mesmo com risco de vida se o uso do fármaco for postergado.

Em contrapartida, a opção pela tese de solidariedade irrestrita que vem sendo aplicada pelos Tribunais tem servido como fórmula genérica e pronta, “configurando um grave defeito que reclama um resgate de sentido [...]” (BARBOSA, 2014, p. 88).

É evidente que a solidariedade não é de toda benéfica, possui consequências negativas e inexistente disposição clara quando à sua configuração na saúde, contudo, é possível

concluir que, de fato, é a melhor opção, mesmo com todos seus defeitos, estes que inexisteriam ou ao menos seriam minorados com a execução das políticas pública cooperativas com real vontade política.

Há, neste sentido, necessidade latente do Poder Legislativo em cumprir com sua obrigação, imposta pelo poder constituinte originário, em editar lei complementar regravando normas de cunho cooperativo interfederativo para que não haja duplicidade e sobreposição de ações, bem como seja sanada a problemática de complexidade normativa e transparência quanto à sua aplicação, visando a melhor solução para o fornecimento de medicamentos de alto custo e da saúde em geral, observados e ratificados os princípios e diretrizes do SUS.

A exemplo, temos a Lei Complementar nº. 140, de 2011, que fixa normas de cooperação entre as entidades federativas no exercício das competências comuns relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, em atenção ao parágrafo único, do art. 23 da CRFB.

Até a execução de tal medida subsistirá insuficiência de cooperação entre os entes subnacionais, complexidade de normas e ausência normativa que afirme com segurança a solidariedade na saúde. Todavia, o Poder Judiciário não poderá se imiscuir. Sugere-se então, se procedente o pedido, que o magistrado aplique a teoria da obrigação solidária e, dentro dos limites da sua jurisdição e do seu poder geral de cautela, condene os entes políticos solidariamente no fornecimento do medicamento de alto custo do caso concreto, observando as atribuições diretas de dispensa.

A propósito, reitere-se que no dia 23 de maio de 2019 a Corte Suprema fixou tese no sentido de que os entes federativos respondem solidariamente na saúde, devendo o magistrado em cada caso concreto, ao final, direcionar o cumprimento da obrigação ao ente diretamente responsável.

CONCLUSÃO

À primeira vista, pode parecer que a repartição de competências e inexistência de solidariedade obrigacional entre os entes federados é decorrência de uma interpretação lógica da Constituição e legislações federais, cujo reflexo seria a resolução ou atenuação dos impactos financeiros nos entes federativos pela condenação solidária em fornecer de medicamentos de alto custo, tão operada pelos Tribunais.

Entretanto, ocorre que, apesar da inconsistência jurídica do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário por uma solidariedade entre os entes federados, caracterizada essencialmente pela inexistência de dispositivo inequívoco neste sentido, a tese de solidariedade (agora formalmente reconhecida pelo STF) parece mais segura quanto ao adimplemento e menos onerosa ao cidadão, dadas as possíveis consequências da repartição de competências.

A pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, de fato, gera tranquilidade e sensação de segurança jurídica, mesmo que algumas questões não tenham sido alvo de análise pela Corte, tais como a complexidade e variedade de normas, e a inexistência de Lei Complementar para regular aspectos de cooperação interfederativa.

De toda forma, parece sensato concluir que adotar expressa e inequivocamente a solidariedade por meio de Lei, buscar entender e consertar seus defeitos, simplificar a legislação atinente ao direito da saúde e normatizar cooperação técnica e financeira parece mais adequado, a fim de que se possa, finalmente, dar efetividade merecida à norma Constitucional do direito à saúde como dever do estado e proteção à própria vida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ALMEIDA, Lília. **Responsabilidade solidária dos entes federativos pela obrigação de prestar serviço de saúde e vedação do chamamento ao processo: análise jurídica e econômica dos entendimentos do STF e STJ**. In: Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário. p. 124-146, abr./jun., 2018. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/497/542>. Acesso em 16 nov. 2018.

BARBOSA, Jeferson Ferreira Barbosa. **Direito à Saúde e solidariedade na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. **O direito à saúde na ordem Constitucional brasileira**. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. Vitória, 2013. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/263>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Medicamentos de alto custo: Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em 15 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas por classe e assunto: fornecimento de medicamentos**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&lang=pt-BR&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em 10 nov. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso em 10 nov. 2018.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro**. Seminário Internacional Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas. São Paulo: Editora MS, 2002. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf. Acesso em 03 abr. 2019.

_____. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona**. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude#principios>. Acesso em 3 abr. 2019.

_____. Ministério da Saúde. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais 2017**. 1 ed. Brasília: Editora MS, 2017. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf. Acesso em 4 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 516753**. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. DJe: 01/09/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 24197**. Rel. Luiz Fux, Primeira Turma. DJe 24/08/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156**. Rel. Benedito Gonçalves. Primeira Seção. DJe: 04/05/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Suspensão julgamento sobre acesso de medicamentos de alto custo por decisão judicial**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Entes federados têm responsabilidade solidária na assistência à saúde, reafirma STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287303>. Acesso em: 22 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF fixa tese de repercussão geral e reafirma responsabilidade solidária de entes federados na assistência à saúde.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411981>. Acesso em 26 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Decisão do STF desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857>. Acesso em 26 mai. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed., Salvador: jusPODIVM, 2015.

DRESCH, Renato Luís. **Federalismo Solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área de saúde.** In: SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda (Org.). *Judicialização da Saúde no Brasil.* Campinas: Saberes, 2014. p. 25-57. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/03_federalismo_solidario.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

FACHIN, Edson. **Voto RE 566471.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resumo-voto-fachin-re-566471.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 9. ed., São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013.

PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. **Universalidade, integralidade, equidade e SUS.** Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000200002&lng=pt&nrm=iss. Acesso em 3 abr. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 25. ed., Rio de Janeiro: Gen, 2012, v. II.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde: Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** 2. ed, São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed, São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2014, v. 2.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. Disponível em: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>. Acesso em: 26 mar. 2019.