

**TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
1.366.243 SANTA CATARINA**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS
DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL - CONPEG**
PROC.(A/S)(ES) : **VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA PEREIRA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA
CATARINA**
INTDO.(A/S) : **ROGER HENRIQUE TESTA**
ADV.(A/S) : **MIGUEL KERBES**
INTDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1234. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NAS DEMANDAS QUE VERSAM SOBRE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS REGISTRADOS NA ANVISA, MAS NÃO PADRONIZADOS NO SUS. DECISÃO DO STJ NO IAC 14. DEFERIMENTO PARCIAL DA MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA.

1. O julgamento do IAC 14 pelo Superior Tribunal de Justiça constitui fato novo relevante que impacta diretamente o desfecho do Tema 1234, tanto pela coincidência da matéria controvertida – que foi expressamente apontada na decisão de suspensão nacional dos processos – quanto pelas próprias conclusões da Corte Superior no que concerne à solidariedade dos entes federativos nas ações e serviços de saúde.

2. Reflexões conduzidas desde a STA 175, em 2009, inclusive da respectiva audiência pública, incentivaram os Poderes Legislativo e Executivo a buscar organizar e refinar a repartição de responsabilidades no âmbito do

Sistema Único de Saúde. Reporto-me especificamente (i) às modificações introduzidas pelas Leis 12.401/2011 e 12.466/2010 na Lei 8.080/1990, (ii) ao Decreto 7.508/2011; e (iii) às sucessivas pactuações no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite.

3. Há um esforço de construção dialógica e verdadeiramente federativa do conceito constitucional de solidariedade ao qual o Poder Judiciário não pode permanecer alheio, sob pena de incutir graves desprogramações orçamentárias e de desorganizar a complexa estrutura do SUS, sobretudo quando não estabelecida dinâmica adequada de ressarcimento. O conceito de solidariedade no âmbito da saúde deve contemplar e dialogar com o arcabouço institucional que o Legislador, no exercício de sua liberdade de conformação, deu ao Sistema Único de Saúde.

4. No julgamento do Tema 793 da sistemática a repercussão geral, a compreensão majoritária da Corte formou-se no sentido de observar, na composição do polo passivo de demandas judiciais relativas a medicamentos padronizados, a repartição de atribuições no SUS. A solidariedade constitucional pode ter se revestido de inúmeros significados ao longo do desenvolvimento da jurisprudência desta Corte, mas não se equiparou, sobretudo após a reforma do SUS e o julgamento do Tema 793, à livre escolha do cidadão do ente federativo contra o qual pretende litigar.

5. Tutela provisória concedida em parte para estabelecer que, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, sejam observados os seguintes parâmetros:

5.1. nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência,

cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual;

5.2. nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo;

5.3. diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos **sem sentença prolatada**; diferentemente, os processos **com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023)** devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução (adotei essa regra de julgamento em: RE 960429 ED-segundos Tema 992, de minha relatoria, DJe de 5.2.2021);

5.4. ficam mantidas as demais determinações contidas na decisão de suspensão nacional de processos na fase de recursos especial e extraordinário.

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário no qual reconhecida a repercussão geral de questão relativa à *“legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS.”* (DJe 13.9.2022, tema 1.234).

Diante do quadro de insegurança jurídica sobre o tema, determinei, com fundamento no art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, a suspensão nacional do processamento dos recursos especiais e extraordinários que tratam da questão controvertida no Tema 1.234 da Repercussão Geral, inclusive dos processos em que se discute a aplicação

RE 1366243 TPI / SC

do Tema 793 da Repercussão Geral, até o julgamento definitivo deste recurso extraordinário, ressalvado o deferimento ou ajuste de medidas cautelares (eDOC 73).

Após essa decisão, sobreveio o julgamento do mérito do IAC 14 pelo Superior Tribunal de Justiça, que assentou as seguintes teses:

a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na ANVISA, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora elegeu demandar.

b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da propositura ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade ad causam, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal.

c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ).

Em razão desse julgamento, os Estados e o Distrito Federal atuando conjuntamente por meio do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal - CONPEG, admitido nestes autos como

RE 1366243 TPI / SC

amicus curiae, formularam pedido de tutela provisória incidental para “fixar a orientação de que é da Justiça Federal a competência para o processamento e julgamento das demandas que versem sobre o fornecimento de medicamentos e prestação de obrigações de saúde, até que haja decisão final do Tema 1234/RG” (eDOC 78).

É o relatório. **Decido.**

A tutela provisória pressupõe a comprovação da probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do Código de Processo Civil). Os requisitos são cumulativos e devem ser demonstrados pelo postulante.

Em análise perfunctória dos elementos e argumentos coligidos aos autos, tenho como presentes em parte os pressupostos para deferimento da tutela provisória incidental.

O julgamento do IAC 14 pelo Superior Tribunal de Justiça constitui fato novo relevante que impacta diretamente o desfecho deste Tema de Repercussão Geral, tanto pela coincidência da matéria controvertida – que foi expressamente apontada na decisão de suspensão nacional dos processos – quanto pelas próprias conclusões da Corte Superior no que concerne à solidariedade dos entes federativos nas ações e serviços de saúde.

O quadro delineado pelo Superior Tribunal de Justiça tem como premissa a inviabilidade de demanda judicial ser direcionada pelo magistrado ao ente responsável na política pública pelo medicamento ou tratamento de saúde. **Essa premissa, ao mesmo tempo, consiste na principal consequência do referido julgado, e exatamente por isso revela-se uma *petitio principii*, com todas as vênias devias.**

Há mais. O venerável acórdão **instala desconexão entre a repartição legislativa de competências e responsabilidades no âmbito da política pública do Sistema Único de Saúde e a judicialização da matéria.** Em outras palavras, a definição de encargos no âmbito do Poder Judiciário é operacionalizada por lógica integralmente descolada da estruturação da

complexa política pública de saúde.

Enquanto no âmbito administrativo observa-se a legislação pertinente, com o enquadramento das obrigações nas respectivas divisões que atendem à melhor execução dos comandos constitucionais, no Poder Judiciário a premissa é inversa, alheia-se o contexto fático da política pública e firma-se *modus operandi* solipsista.

É bem verdade que há muito a caminhar no aperfeiçoamento das ações de saúde no âmbito público – e isso ficou muito claro na decisão que determinou a suspensão nacional de processos –, mas de tudo que se trilhou até aqui, a concepção de solidariedade federativa sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça afigura-se dissonante dos consensos mínimos formados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema ao longo da última década.

Com efeito, ainda no julgamento da **STA 175, em 2009**, ponderei que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos.

Apontei ainda que, **no Brasil**, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, **pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas.**

Nesse sentido, consignei que o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. **Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.** Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

E diferenciei essas situações daquelas prestações de saúde que não estão entre as políticas do SUS, quando é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa,

RE 1366243 TPI / SC

(2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal à sua dispensação. Assim, já àquela época o Supremo Tribunal Federal operou cisão na abordagem do tema, diferenciando medicamentos padronizados e não padronizados.

E foi justamente em virtude dessas reflexões conduzidas no bojo da STA 175, inclusive da respectiva audiência pública, que os Poderes Legislativo e Executivo buscaram organizar e refinar a repartição de responsabilidades no âmbito do Sistema Único de Saúde. Reporto-me especificamente (i) às modificações introduzidas pelas Leis 12.401/2011 e 12.466/2010 na Lei 8.080/1990, (ii) ao Decreto 7.508/2011; e (iii) às sucessivas pactuações no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite.

Ilustrativamente, os medicamentos incluídos no Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (CEAF) do SUS estão devidamente compartimentados entre os entes federativos, de acordo com suas características, custos e complexidade:

Grupo 1 - medicamentos cujo financiamento está sob a responsabilidade exclusiva da União. É constituído por medicamentos que têm elevado impacto financeiro para o Componente, por aqueles indicados para as doenças com tratamento mais complexo, para os casos de refratariedade ou intolerância à primeira e/ou à segunda linha de tratamento, e por aqueles que se incluem em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde. Os medicamentos do Grupo 1 se dividem em:

Grupo 1A - medicamentos cuja aquisição é centralizada pelo Ministério da Saúde e a responsabilidade pelo armazenamento, distribuição e dispensação é das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal.

Grupo 1B - medicamentos cuja aquisição é realizada pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal com transferência de recursos financeiros pelo Ministério da Saúde a título de ressarcimento, na modalidade Fundo a Fundo, e a responsabilidade pelo armazenamento, distribuição e

dispensação é das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal.

Grupo 2 - medicamentos para os quais o financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação é responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal.

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

É dizer, há um esforço de construção dialógica e verdadeiramente federativa do conceito constitucional de solidariedade ao qual o Poder Judiciário não pode permanecer alheio, sob pena de incurrir graves desprogramações orçamentárias e de desorganizar a complexa estrutura do SUS, sobretudo quando não estabelecida dinâmica adequada de ressarcimento.

Esse cenário não passou despercebido dos Ministros desta Corte no exame do Tema 793 da Repercussão Geral. Destaco, a propósito, as sempre lúcidas considerações do saudoso Min. Teori Zavascki:

Senhor Presidente, eu também gostaria de salientar a importância desse caso, não pelo cabimento ou não dos embargos declaratórios em face da divergência, mas em função dessa observação que fez a Ministra Rosa, quanto a alguns aspectos que talvez não tenham sido enfocados no plenário virtual. Vou dizer por quê: todos os precedentes do Supremo, ou os precedentes do Supremo sobre a questão da solidariedade, foram formados num período **anterior ao advento da legislação que organizou o Sistema Único de Saúde** e foram repetidos nesse tempo. De modo que votei contra a reafirmação da jurisprudência, justamente porque veio lei posterior e distribuiu responsabilidades. **Eu não sei se a**

reafirmação pura e simples da jurisprudência do Supremo, tal como formada antes dessa lei, não importaria a necessidade de se declarar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos de lei superveniente. Então, eu acho que essa omissão é relevante. Estou falando isso porque o Ministro Joaquim pediu vista, e a Ministra Rosa acha que observou bem isso. Vejo que o Ministro Toffoli também. (página 28 do acórdão, esclarecimento proferido em 05/08/2015)

Infelizmente não pudemos contar com o eminente Min. Teori Zavascki até o final do julgamento do Tema 793 da Repercussão Geral, mas suas ponderações iluminaram a compreensão do Colegiado sobre o tema: **o conceito de solidariedade no âmbito da saúde deve contemplar e dialogar com o arcabouço institucional que o Legislador, no exercício de sua liberdade de conformação, deu ao Sistema Único de Saúde.**

Nesse sentido, também o Min. Edson Fachin, no voto condutor do Tema 793, notou as implicações de um conceito de solidariedade irrestrita entre os entes federativos, como a defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, concluindo que:

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

RE 1366243 TPI / SC

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

Da mesma forma caminhou o Min. Alexandre de Moraes:

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

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

(...)

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

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

E essa preocupação permeou os debates, que contaram com a ativa participação de todos os pares:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -
Porque o que eu acho aqui, Presidente, pensando alto, talvez eu até peça vista, porque, assim, quando os medicamentos estão

definidos nas listas próprias do SUS, sabe-se que é da competência da União; o que é da competência do estado; e o que é da competência do município. Nesses casos, creio que tenha de demandar o ente responsável, porque, senão, movimentam-se três máquinas públicas simultaneamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas aos

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

(...)

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

Ministro Relator, Ministro Edson Fachin e os colegas que votam antes, só para tentar auxiliar, eu acolho os embargos sem efeitos modificativos, para aclarar a decisão. E a minha sugestão de tese seria a seguinte: É solidária a responsabilidade entre os entes que compõem o Sistema Único de Saúde, o que implica obrigação comum, mas estruturada em níveis de atuação, que devem ser observados nas ações judiciais voltadas ao fornecimento de medicamentos, sob a seguinte disposição.

E aí estabeleço dois tópicos:

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

(...)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE): Enfim, eu gostaria de, dando continuidade, propor esta solução: Na pretensão que veicula medicamento, material, procedimento ou tratamento constante das políticas públicas, deve figurar no

polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento daquele medicamento, tratamento ou material, a ser identificada de acordo com a omissão que tenha ensejado a ação judicial. E aqui eu falo em omissão, por quê? Porque, se há uma política já estabelecida, já reconhecida, para medicamento, tratamento ou fornecimento de material e o Estado não a aplicou, ele está sendo omissor. De acordo com o tratamento das políticas públicas, na divisão do Sistema Único de Saúde entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, deve figurar o ente responsável exatamente por aquele tipo de política pública pré-estabelecida. E o segundo ponto - para ficarmos em dois e tentarmos ser objetivos - consiste nas pretensões que veiculam pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas. Em parte, decidimos isso no recurso anterior, especificamente em relação a medicamentos que não estão registrados na Agência Federal legalmente responsável por verificar a segurança, a idoneidade e a eficácia dos medicamentos - requisitos para se aprovar, do ponto de vista legal e técnico, sua comercialização.

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

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

entes.

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

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Toffoli, há um aspecto de, vamos dizer assim, aumentar a órbita de segurança do paciente no sentido de incluir a União, o que não geraria um defeito tão grave a ponto de extinguir o processo. O que o CNJ imaginou foi exatamente isso: a parte promove a ação contra os três entes e o juiz, ao invés de considerar a parte ilegítima, redireciona a ação para a unidade federada que tem a obrigação de entrega. Como destacou o Ministro Alexandre, há uma estrutura com atribuições de competências em razão a tratamentos e remédios.

(...)

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - O que parece que está atrapalhando a questão da decisão aqui, e foi levantado pelo Ministro Marco Aurélio, é que solidariedade na hipótese concreta não há. E, na verdade, a solidariedade é abstratamente prevista pela Constituição para a saúde como um todo. Não há solidariedade na prestação de medicamentos. Não há solidariedade na prestação de tratamentos específicos. O que há, pela regulamentação constitucional, e, depois, pela normatização legal, é subsidiariedade, porque, a União compete A; a estado, B; e a município, C. Não há uma previsão de solidariedade. Então, aqui me parece que haveria efeitos infringentes nos embargos. O Ministro Fachin fez uma construção que, no mérito, concordo, mas, ao repetimos a questão da palavra solidariedade, acho que nós vamos acabar gerando mais confusão do que solução.

(...)

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

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

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

Dessa forma, a despeito de certo dissenso a respeito do tema, é inequívoco que a solidariedade entre os entes federativos foi considerada pela concepção majoritária dos Ministros a partir da distribuição de responsabilidades no âmbito do SUS.

Se houve alguma divergência quanto aos medicamentos não incorporados, a compreensão majoritária da Corte formou-se no sentido de observar, na composição do polo passivo de demandas judiciais relativas a medicamentos padronizados, a repartição de atribuições no SUS.

Noutros termos, a solidariedade constitucional pode ter se revestido de inúmeros significados ao longo do desenvolvimento da jurisprudência desta Corte, mas não se equiparou, sobretudo após a reforma do SUS e o julgamento do Tema 793, à livre escolha do cidadão do ente federativo contra o qual pretende litigar.

Exatamente por esse motivo, a tese firmada não aludiu a uma solidariedade irrestrita – como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no IAC 14 – mas à compartimentalização de responsabilidades à luz da estrutura do SUS. Veja-se:

“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.”

Em outras palavras, embora a solidariedade quanto à prestação na área da saúde seja um conceito em desenvolvimento, inclusive no âmbito deste Tema de Repercussão Geral, reveste-se de plausibilidade, porque respaldada pelos precedentes desta Corte, a tese segundo a qual as demandas judiciais em que se pleiteia medicamentos padronizados devem ser direcionadas aos entes por eles responsáveis no âmbito da política pública.

Solução em sentido contrário implicaria a completa desorganização da política pública, com a formação do polo passivo baseada em mero elemento de vontade da parte autora, **em aceno de desrespeito à política pública e de incentivo ao ente federativo faltoso no cumprimento de suas obrigações legais.**

Daí decorre, também, o perigo de dano que autoriza a concessão parcial da tutela provisória, tendo em vista que as ações judiciais sobre prestações de saúde tramitarão à revelia da política pública, **sem que se tenha estruturado de forma adequada o ressarcimento entre os entes federativos, implicando inegável desprogramação orçamentária.**

Ademais, convém salientar que a solidariedade deve ser percebida como elemento de garantia, de modo que o ente federativo não responsável pelo medicamento na repartição de atribuições da política pública pode permanecer no polo passivo, mas não isoladamente, sem a presença do ente responsável. Essa foi a conclusão do Min. Edson Fachin no julgamento do Tema 793:

(...) iii) Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e

alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde; iv) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico processual, sua inclusão deverá ser levada a efeito pelo órgão julgador, ainda que isso signifique deslocamento de competência.

Em relação aos medicamentos não padronizados, vislumbro controvérsia maior, cerne dos conflitos de competência que aportaram no Superior Tribunal de Justiça e da própria afetação do IAC 14, de modo que a inclusão obrigatória da União no polo passivo dessas ações judiciais pode implicar tumulto processual e prejuízo à concretização do direito fundamental à saúde.

O pedido de tutela de urgência carece, neste ponto, de plausibilidade, mostrando-se inviável extrair dos precedentes sobre o tema a solução provisória perseguida pelos Estados e pelo Distrito Federal, ao menos sob o prisma do consenso dos eminentes pares, o que motivou inclusive a exclusão desse aspecto da tese de repercussão geral do Tema 793.

Por fim, consigno que a solução intermediária e provisória aqui adotada de forma alguma fecha portas a conclusões diversas no julgamento do Tema 1234 da Repercussão Geral, inclusive em relação aos medicamentos padronizados. Porém, é importante que até o desfecho definitivo deste recurso extraordinário a atuação do Poder Judiciário seja minimamente alinhada à política pública e aos precedentes deste Tribunal.

Ante o exposto, defiro em parte o pedido incidental de tutela

RE 1366243 TPI / SC

provisória formulado pelo CONPEG, com fundamento no art. 300 do Código de Processo Civil, para estabelecer que, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a atuação do Poder Judiciário seja regida pelos seguintes parâmetros:

(i) **nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados:** a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência, cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual, sem prejuízo da concessão de provimento de natureza cautelar ainda que antes do deslocamento de competência, se o caso assim exigir;

(ii) **nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados:** devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo;

(iii) diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos **sem sentença prolatada**; diferentemente, os processos **com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023)** devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução (adotei essa regra de julgamento em: RE 960429 ED-segundos Tema 992, de minha relatoria, DJe de 5.2.2021);

(iv) ficam mantidas as demais determinações contidas na decisão de suspensão nacional de processos na fase de recursos especial e extraordinário.

Oficie-se aos Presidentes de todos os Tribunais do país, com cópia desta decisão. A comunicação aos Juízos de 1º grau e às Turmas Recursais de Juizados Especiais deverá ser feita pelo Tribunal com os quais mantenham vinculação administrativa.

Comunique-se o Ministro Relator do Incidente de Assunção de Competência (IAC) n.º 14, do Colendo Superior Tribunal de Justiça,

RE 1366243 TPI / SC

acerca desta decisão.

Solicito à Excelentíssima Senhora Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Rosa Weber, a convocação de plenário virtual extraordinário, para que a presente tutela provisória seja submetida a referendo (art. 21-B, § 4º, RISTF). Considerando a excepcionalidade do caso, sugere-se, outrossim, que a sessão virtual tenha início em 18.04.2023 (à 00h) e término em 18.04.2023 (23h59min).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de abril de 2023.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente