

A BUSCA DE UMA SOLUÇÃO ESTRUTURAL PARA O DESEQUILÍBRIO FEDERATIVO NO FINANCIAMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

SEEKING A STRUCTURAL SOLUTION TO THE FEDERATIVE IMBALANCE IN FINANCING THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.6.0010

Felipe Azevedo Barros*

 <https://orcid.org/0009-0003-2187-6511>

 <https://lattes.cnpq.br/8973841325068077>

Recebido em 27/11/2022

Aceito em 06/06/2023

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo a formulação de solução estrutural para o desequilíbrio no financiamento da judicialização da saúde no Brasil. Se abordará a repartição de competências na prestação sanitária e como a jurisprudência moldou a atuação dos entes públicos. A proposta traz um desenlace global, prospectivo e definitivo do problema que afeta de forma expressiva as contas públicas Estaduais através de soluções estruturais. Com a contribuição referencial teórica de Bochenek (2021) e Vitorelli (2021), a pesquisa levará em consideração a doutrina dos processos estruturais para solução de problema reiterado. Se utilizara de método indutivo, partindo de uma problemática real para a construção de uma solução teórica translacional. A solução da problemática ocorrerá através da pesquisa proposta e os estudos serão de forma exploratória e qualitativa com base na jurisprudência, legislação e estudo de casos, chegando-se a um produto final do trabalho, a propositura de ação estrutural contra a União Federal.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Federalismo. Cumprimento de ordem judicial. Responsabilidade dos entes públicos. Processos estruturais.

* Procurador do Estado do Paraná. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professor do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático.

ABSTRACT: The present study aims to formulate a structural solution for the imbalance in the financing of the judicialization of health in Brazil. It will address the distribution of competencies in health provision and how jurisprudence has shaped the actions of public entities. The proposal offers a global, forward-looking, and definitive resolution of the problem that significantly affects the public accounts of the States through structural solutions. With the theoretical reference contributions from Bochenek (2021) and Vitorelli (2021), the research will consider the doctrine of structural processes for the resolution of recurring issues. An inductive method will be used, starting from a real problem to construct a translational theoretical solution. The resolution of the problem will occur through the proposed research, and the studies will be exploratory and qualitative based on jurisprudence, legislation, and case studies, leading to the final product of the work, the proposal of a structural action against the Federal Union.

Keywords: Judicialization of health. Federalism. Compliance with judicial orders. Public entities' responsibility. Structural processes.

INTRODUÇÃO DO HISTÓRICO DE DESEQUILÍBRIO ENTRE OS ENTES PÚBLICOS NO CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS EM AÇÕES DE SAÚDE E CONTEXTO ATUAL

A experiência prática com ações que envolvem direito sanitário tem evidenciado grave desequilíbrio quanto à atribuição de responsabilidades no cumprimento de determinações judiciais de entrega de medicamentos ou tratamentos médicos.

À margem de todo um arcabouço legislativo infraconstitucional, que divide a responsabilidade dos entes públicos pela prestação do serviço de saúde, a responsabilidade solidária cristalizada pela Jurisprudência Pátria¹ tem sido motivo de desequilíbrio financeiro e distorção prática e jurídica.

A possibilidade de imputar obrigação de cumprimento da ordem judicial a qualquer dos entes públicos, desequilibra a própria participação e atuação dos corréus. Isso porque, como a judicialização atingiu primeiramente os estados, a realidade mostra que estes entes federados parecem possuir maior estrutura física e logística para dispensar medicamento ou tratamento médico diretamente ao paciente demandante.

¹ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019 PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04- 2020.

Tal competência técnica estabelecida acaba por levar ao direcionamento da obrigação de entrega de serviço de saúde, obtida judicialmente, ao Estado que, invariavelmente, depende de recursos próprios para cumprimento de determinação que não lhe incumbiria originalmente, mesmo sem qualquer previsão orçamentária prévia para atendimento da despesa².

Neste cenário, a experiência com ações de saúde mostra que União Federal não toma qualquer medida concreta para a entrega das prestações determinadas em juízo. Sob alegação de que não possui estrutura física e logística para entrega dos medicamentos ao paciente, a União busca, pela inércia, lançar o peso de sua responsabilidade sobre os cofres estaduais já muito prejudicados pelo descaso do referido ente público no que toca ao cumprimento das decisões judiciais proferidas no poder judiciário Federal.

Segundo dados fornecidos pela Secretaria Estadual de Saúde do Paraná, dos R\$ 214.179.835,36 gastos com cumprimento das determinações judiciais em 2021, 78% deste montante se refere a tratamentos sob responsabilidade financeira da União Federal, sobretudo com medicamentos oncológicos e de alto custo do componente especializado de assistência farmacêutica 1A e 1B³.

Assim, sob a pecha da responsabilidade solidária e dentro de um viés de praticidade enxergada pelo poder judiciário, o direcionamento de obrigação financeiramente atribuída à União, mesmo nos casos de tratamento oncológicos e de alto custo, é voltada para os Estados, que se veem obrigados a utilizar receitas próprias para a aquisição dos medicamentos, haja vista a inexistência de previsão regulamentar que os autorizem, desde logo, a utilizar os recursos federais destinados às Secretarias de Saúde para esse fim.

Por outro lado, a alegação de que o SUS possui mecanismos de compensação orçamentária (ressarcimento) quando decisões judiciais obriguem uma entidade política a fornecer remédio fora sua alçada é falaciosa, abstrata e sem respaldo fático e jurídico.

Os mecanismos de compensação e transferência de recursos ocorrem dentro da política pública de saúde já estabelecida e arquitetada por diferentes atos normativos. Não se aplicando à judicialização, que ocorre em paralelo à repartição de competências e obrigações financeiras estabelecidas na lei complementar 141/12; e leis federais 8080/90 e 8142/90. Tais dispositivos não vislumbram formas de financiamento no fenômeno da crescente judicialização da saúde.

Assim, a judicialização da saúde e a solidariedade estabelecida levam os Estados a assumirem isoladamente a responsabilidade financeira e logística no fornecimento

² Em razão do exposto, defiro o pedido liminar, a fim de determinar o fornecimento do medicamento SORAFENIBE (NEXAVAR), nos termos da prescrição médica (1.8), sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00(cem reais) conforme orientação jurisprudencial - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5047896-43.2016.4.04.0000/PR. Tendo em vista a referida orientação, tem-se que caberá ao ESTADODO PARANÁ a obrigação de imediato fornecimento do remédio, ante o fato de apresentar-se mais aparelhado a cumprir imediatamente a medida, por exemplo, por meio do CENTRO DE MEDICAMENTOS - CEMEPAR, bem como por se tratar do ente componente do SUS, com mais recursos, mais próximo ao paciente e ao estabelecimento de saúde no qual é tratado. Tudo isso, sem prejuízo do dever da UNIÃO, oportunamente, em razão da solidariedade existente entre os entes, de ressarcir os recursos despendidos por aquele ente federado para a aquisição e dispensação do medicamento, bem como de eventualmente responder pelo cumprimento da medida, caso o Estado não atenda o comando judicial, que ora é determinando (Trecho de decisão proferida nos autos 5001312-18.2022.4.04.7012, Vara Federal de Pato Branco).

³ Dados extraídos do sistema de informação da SESA- PR.

de medicamentos e tratamentos médicos de alto custo e oncológicos decorrentes de decisões judiciais.

A suposta pretensão de equilíbrio vem de capítulo decisório de sentenças que relegam a discussão da responsabilidade financeira à esfera administrativa. Ou seja, caberá ao ente público que arcou com o tratamento promover cobrança administrativa junto à União para obter o ressarcimento destas despesas⁴.

No entanto, o ressarcimento administrativo junto ao Ministério da Saúde tem se mostrado, no mínimo, ineficaz, e a inércia da União se espelha nos processos administrativos federais instaurados para esse fim.

Releva destacar aqui o fato de que a União sistematicamente se recusa, no âmbito administrativo, a ressarcir a totalidade dos valores despendidos pelo Estado com demandas judiciais de medicamentos e produtos, inclusive – e aqui reside o cerne da discussão, no que tange àqueles que já estão expressas e reconhecidamente sob a esfera de responsabilidade financeira federal.

No que toca ao Estado do Paraná, a realidade dos pedidos administrativos formulados junto ao Ministério da Saúde, a partir de 2018, é de silêncio por parte do órgão federal. Ou seja, não há negativa bem como não há ressarcimento.

Nesse ponto, vale destacar que a ausência de resposta gera dificuldade para que o Estado demonstre a tentativa de solução administrativa restada infrutífera, pairando grande insegurança jurídica quanto ao tempo da manifestação do ente federal acerca do pedido.

Com isso, o Estado acaba sofrendo uma indevida redução patrimonial, em prejuízo do atendimento de políticas públicas essenciais, como resultado da sucessiva imposição de obstáculos, pela Ré, aos pedidos administrativos de reembolso, inclusive considerando a dificuldade de atendimento ao rol de documentos que o Ministério da Saúde unilateralmente impõe como requisito ao ressarcimento administrativo⁵.

Com efeito, os requisitos exigidos pelo Ministério da Saúde para o ressarcimento administrativo, ao argumento de possuírem a finalidade de auferir a legitimidade do reembolso, acabam por imputar aos Estados um processo extremamente burocrático e difícil de ser atendido.

⁴ ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LETIGIMIDADE PASSIVA. ENTES POLÍTICOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. FIXAÇÃO DE CONTRA-CAUTELA. CONECTÁRIOS. 1. A União, Estados-Membros e Municípios têm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos. 2. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos fornecidos por entes políticos, deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro similar/genérico no caso concreto. 3. A prescrição do tratamento deverá ser feita, preferencialmente, por médicos credenciados ao SUS, além da respectiva realização de perícia médico-judicial, se for o caso, bem como demonstração da parte autora, quanto à impossibilidade de arcar com a aquisição dos medicamentos, sem prejuízo do seu sustento e de sua família. 4. Caso em que, não tendo havido prescrição do medicamento por médico do SUS, foi realizada perícia médica. Precedentes desta Corte. 5. Mantida a sentença para fornecimento, por parte dos demandados, das insulinas Glargina e Asparte e das respectivas agulhas para aplicação, conforme prescrição médica. 6. Reforma da sentença, afastando-se a determinação para que a União efetive o reembolso dos custos para aquisição do fármaco, eis que transcende os limites da lide, bem como trata-se de medida a ser solvida administrativamente, sem necessidade de intervenção judicial (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001217-47.2011.404.7214, 3ª TURMA, Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, POR UNANIMIDADE, julgado em 06/06/2013).

⁵ Requisitos do Ministério da Saúde para o ressarcimento administrativo previstos em PARECER REFERENCIAL n. 00030/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU.

Desta forma, ante o insucesso da via administrativa, a judicialização do ressarcimento individual se mostrou a única alternativa para obtenção efetiva do ressarcimento, através de ações cujo escopo é a discussão, em foro e juízo próprios, acerca do cumprimento (ou melhor, do descumprimento, por parte da União) das repartições administrativo-financeiras pactuadas entre as entidades gestoras do SUS, notadamente no que diz respeito aos casos em que o desembolso do Estado decorre de ordem judicial e em relação a medicamentos que a legislação atribui a União a responsabilidade financeira.

Surge assim uma espécie de desdobramento da judicialização da saúde, de matriz financeira, colocando em polos opostos entes públicos que outrora figuravam no polo passivo de demandas que pretendiam a prestação *in natura* da saúde.

Trata-se de ações individuais de conhecimento que visam recompor os cofres públicos de valores utilizados para tratamento médico cuja responsabilidade financeira é da União. Pretende-se a declaração do direito e a condenação da ré ao ressarcimento do montante despendido pelo Estado na prestação do serviço de saúde.

Importa relatar que no ano de 2021, o Estado do Paraná ajuizou 109 ações de ressarcimento, pleiteando o pagamento de valores gastos com o cumprimento de ordens judiciais em que haveria responsabilidade financeira da União, e com relação aos quais a Secretaria de Saúde já tinha apresentado, em anos anteriores, pedido administrativo de reembolso perante o Ministério da Saúde.

Das demandas propostas, 81 tiveram sentença de integral procedência, reconhecendo a necessidade de ressarcimento de R\$ 16.112.243,31 (dezesesseis milhões, cento e doze mil, duzentos e quarenta e três reais e trinta e um centavos) aos cofres públicos estaduais. Todas as decisões de procedência também condenaram a União ao pagamento de honorários de 10% sobre o valor da condenação. Posteriormente, da iniciativa de solução consensual entre os órgãos de representação judicial dos entes envolvidos surgiu, o primeiro acordo que se tem notícia no Brasil sobre ressarcimento judicial entre um Estado e a União Federal, para pôr fim às referidas ações de cobrança.

De um modo ou de outro, seja pelas sentenças de procedência, seja pela realização do acordo pela União, resta evidente a existência de sérios problemas com o ressarcimento administrativo, que é absolutamente ineficiente do modo como previsto atualmente.

E mesmo o êxito das ações de ressarcimento deve ser apenas parcialmente comemorado, pois a necessidade de judicialização para recebimento, pelo Estado do Paraná, de valor que lhe é devido, apresenta ao menos dois problemas mais evidentes: (i) aumento da judicialização; (ii) Não contabilização dos custos logísticos que não são ressarcidos (iii) extrema demora no recebimento do valor devido.

A imagem ilustra os principais atos de uma das ações de ressarcimento mencionadas⁶, que teve expedição de precatório no ano de 2022. A ação de medicamento foi ajuizada em 2014, sendo o medicamento (oncológico) dispensado apenas pelo Estado do Paraná, no período de 2015 a 2017. Após a finalização do tratamento, o Estado do Paraná buscou o ressarcimento pela via administrativa em 2017, sem qualquer resposta até que em 2021 propôs a ação de ressarcimento. Com o trânsito em julgado da ação, houve a expedição de precatório com previsão de pagamento em 2024. Ou seja, são necessários dez anos para que o Estado possa ser ressarcido do valor que despendeu para atendimento de uma ordem judicial para medicamento que não é de sua responsabilidade.

⁶ Autos nº 5061455-43.2021.4.04.7000, em trâmite na 3ª Vara Federal de Curitiba.

Além das diversas ações individuais para cobrança dos valores gastos por este ente público na concretização de determinações judiciais proferidas em ações de Saúde, o Estado do Paraná propôs, no ano de 2015, ação declaratória contra a União, autuada sob o número 50186387120154047000 e distribuída à 3ª Vara Federal de Curitiba- PR.

O objeto da referida ação é a obtenção de reconhecimento judicial da obrigação de ressarcimento ao Estado do Paraná, dos gastos com cumprimento de determinação de fornecimento, tanto na Justiça Estadual como Federal, dos medicamentos do Grupo 1A do CEAF (aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde), medicamentos do Grupo 1B do CEAF (financiamento pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos) e medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (adquiridos pelo Ministério da Saúde).

A sentença de primeiro grau declarou o dever da União de ressarcir todas as despesas realizadas pelo Estado do Paraná em razão de ordens judiciais relativas à aquisição de medicamentos e produtos arrolados como sendo de responsabilidade financeira da União, em normas regulamentares editadas pelo Ministério da Saúde, estejam eles sendo pleiteados para as situações previstas nas políticas públicas ou não. O processo encontra-se em fase recursal neste momento, pendente de solução definitiva.

Outrossim, este artigo pretende trazer a luz uma proposta distinta dos caminhos traçados até o momento. Conforme se demonstrará, a pretensão formulada é de resolver o problema de maneira definitiva e prospectiva, utilizando-se de instrumentos de processo estrutural para conferir solução que atenda os interesses dos entes públicos envolvidos de forma global, em detrimento de um desenlace pontual e individualizado.

OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE INTEGRAL DA UNIÃO FEDERAL NO QUE TOCA AOS TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO, ONCOLÓGICOS E NÃO INCORPORADOS À POLÍTICA PÚBLICA. A OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO ANTE O DIRECIONAMENTO JUDICIAL DA OBRIGAÇÃO AOS ESTADOS

A matéria de fundo discutida nas ações individuais de ressarcimento, e que re-torna neste momento, envolve evidentemente a aplicação do Tema de Repercussão Geral 793 do Supremo Tribunal Federal. O Plenário do STF em 22-5-2019 reiterou sua jurisprudência no sentido de que os entes federados têm responsabilidade solidária no fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, fixando a seguinte tese de repercussão geral (RE 855.178, Tema 793)⁷:

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

⁷ RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019 PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04- 2020.

conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

O voto vencedor do ministro Edson Fachin, designado para redigir o acórdão, ao apreciar embargos de declaração, estabeleceu dentre outras, algumas conclusões que bem iluminam o alcance da tese acima transcrita. São elas:

1ª) A obrigação solidária de prestar o serviço de saúde decorre da competência material comum contemplada no art. 23, II, c/c os arts. 196 e ss. da Constituição Federal;

2ª) Por força da solidariedade obrigacional, a parte autora poderá propor a demanda contra quaisquer dos entes da Federação, isolada ou conjuntamente. No entanto, **cada ente tem o dever de responder pelas prestações específicas que lhe impõem as normas de organização e funcionamento do SUS**, as quais serão observadas pelo órgão judicial em suas consequências de composição do polo passivo e eventual deslocamento de competência;

5ª) Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, materiais ou medicamentos não incluídos nas políticas públicas, a União comporá necessariamente o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica. De modo que recai sobre ela [União] o dever de indicar o motivo ou as razões da não padronização, e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão (grifo nosso);

No decorrer do voto, o Ministro cita, ainda, excerto do artigo lavrado pelo Desembargador Federal João Pedro Gerbran Neto e pelo Juiz de Direito Renato Luís Dresch⁸:

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

Assim, na linha do entendimento vinculante proferido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser determinado o ressarcimento ao ente público que tiver fornecido medicamento que não era de sua atribuição, de acordo com as normas de atribuições do Sistema Único de Saúde – SUS.

Destaca-se que, delimitados os termos constitucionais, o detalhamento das atribuições de cada ente se deu através da Lei 8.080/90 e sua regulamentação infralegal consolidada através da portaria de consolidação GM/MS 02.2017⁹.

⁸ Revista do Tribunal Regional Federal, Porto Alegre, Quarta Região. Ano 25, n. 84, p. 77-103, 2015.

⁹ Disponível em: <https://bvsm1.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/Matriz-2-Politic.html>. Acesso em: 19 set. 2022.

Segundo as regras de distribuição de competências, compete à União Federal a aquisição e distribuição de insulinas humanas; de medicamentos contraceptivos e insumos do Programa Saúde da Mulher; aquisição e distribuição dos medicamentos do componente estratégico; dos medicamentos incluídos no grupo 1A do componente especializado; financiamento dos medicamentos incluídos no grupo 1B do componente especializado e financiamento dos medicamentos oncológicos.

Aos Estados compete a aquisição e distribuição dos medicamentos do componente básico, juntamente com os Municípios e da forma como pactuado nas Comissões Intergestores Bipartites; aquisição e entrega dos medicamentos do grupo 1B do componente especializado, mediante transferência de recursos federais; aquisição e entrega dos medicamentos do grupo 2 do componente especializado e do grupo 3 do componente especializado, juntamente com os Municípios e da forma como pactuado nas Comissões Intergestores Bipartites.

Por fim, aos Municípios foi atribuída a obrigação de aquisição e distribuição dos medicamentos do componente básico, bem como daqueles constantes no grupo 3 do componente especializado, juntamente com os Estados e da forma como pactuado nas Comissões Intergestores Bipartites.

Especificamente sobre o custeio de tratamentos oncológicos, conforme estabelecido no artigo 42 do anexo IX da referida Portaria de consolidação normativa GM/MS nº 02 de 2017, que reúne atos normativos da Política Nacional para prevenção e controle do Câncer (PNPCC) e estabelece as responsabilidades de cada ente público na concretização da política pública, compete a União Federal garantir o Financiamento do tratamento de Câncer:

Art. 42. Compete ao Ministério da Saúde: (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 8º)

I - prestar apoio e cooperar tecnicamente com os gestores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para organização dos serviços de saúde a fim de cumprir o disposto neste Capítulo; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 8º, I)

II - garantir o financiamento para o tratamento do câncer, nos moldes das pactuações vigentes, de acordo com as suas responsabilidades; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 8º, II)

III - elaborar protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas relacionadas ao tratamento de neoplasias malignas; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 8º, III)

IV - definir diretrizes para a organização das linhas de cuidado na prevenção e controle do câncer; e (Origem: PRTMS/GM 876/2013, Art. 8º, IV)

V - monitorar o cumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias de que trata o art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, e tomar as providências cabíveis, quando necessário, de acordo com as suas responsabilidades. (Origem: PRT MS/GM876/2013, Art. 8º, V).

Por outro lado, da leitura da regulamentação fica claro que os Estados têm atribuição apenas de gestão e cooperação, mas o financiamento nos casos de tratamento oncológico, fica exclusivamente a cargo da União.

Art. 41. Compete aos Estados, Distrito Federal e Municípios organizar a assistência oncológica e definir fluxos de referência para atendimento dos usuários comprovadamente diagnosticados com neoplasia maligna para o cumprimento do disposto neste Capítulo e em consonância com a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer. (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 7º)

Parágrafo Único. No caso de encaminhamento do usuário para serviços de saúde situados em outro ente federado ou região de saúde, o fluxo de referência de que trata o “caput” será pactuado previamente na respectiva Comissão Intergestores e divulgado para todos os serviços de saúde. (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 7º, Parágrafo Único) (...)

Art. 43. Compete às Secretarias Estaduais de Saúde: (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º)

I - definir estratégias de articulação com as direções municipais do SUS com vistas à elaboração de planos regionais; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, I)

II - realizar o diagnóstico da capacidade instalada com vistas a identificar os espaços territoriais sem serviços de saúde especializados em oncologia; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, II)

III - planejar e programar as ações e os serviços necessários para atender a população, operacionalizar a contratualização dos mesmos, quando estiver no seu âmbito de gestão, e pactuar na respectiva Comissão Intergestores; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, III)

IV - pactuar regionalmente, por meio da Comissão Intergestores Regional (CIR), da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e do Contrato Organizativo de Ação Pública (COAP), todas as ações e os serviços necessários para a prevenção e controle do câncer; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, IV)

V - promover o apoio necessário à organização da prevenção e controle do câncer nos Municípios; e (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, V)

VI - garantir e monitorar o cumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias de que trata o art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, e tomar as providências cabíveis, quando necessário, de acordo com suas responsabilidades. (Origem: PRTMS/GM 876/2013, Art. 9º, VI).

Nesta perspectiva, as normas vigentes do Ministério da Saúde estabelecidas pela Portaria GM/MS nº 874/2013, que institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); Portaria SAS/MS 741/2005, que regulamenta a assistência de alta complexidade na rede de Atenção Oncológica; bem como as Portarias SAS/MS 346/208, SAS/MS 420/2010), estabelecem que todos os medicamentos para tratamento do câncer (inclusive aquelas de uso oral) devem ser fornecidos pelo Estabelecimento de

Saúde (clínica ou hospital) público ou privado, cadastrado no SUS, para atendimento deste tipo de doença (Centros de Alta Complexidade em Oncologia – CACONS e Unidade de Assistência de Alta Complexidade-UNACONS) somente para os pacientes que estiverem recebendo o seu tratamento no próprio estabelecimento de saúde.

O fornecimento desses medicamentos ocorre por meio da sua inclusão nos procedimentos quimioterápicos registrados no subsistema APAC-SIA (Autorização de Procedimento de Alta Complexidade do Sistema de Informação Ambulatorial) do SUS, devendo ser oferecidos pelos hospitais credenciados no SUS e habilitados em Oncologia, sendo ressarcidos pelo Ministério da Saúde conforme o código do procedimento registrado na APAC. A respectiva Secretaria de Saúde gestora é quem repassa o recurso recebido do Ministério da Saúde para o hospital, conforme o código do procedimento informado.

Parece evidente que os Estados não têm responsabilidade para custear tratamentos oncológicos, devendo ser respeitadas as diferentes competências dentro do Sistema Único de Saúde. Neste sentido, vale citar o enunciado 7 da 1ª Jornada de Direito à Saúde do CNJ sobre o tema:

ENUNCIADO N. 7 - Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON (JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, 2014).

Da leitura sistemática deste arcabouço normativo podemos concluir que incumbe exclusivamente à União o custeio dos tratamentos oncológicos, já que é ela quem credencia os CACONS e UNACONS para realizar os tratamentos oncológicos e é ela quem faz o ressarcimento destes hospitais pelos tratamentos prestados.

Exatamente nesta linha de pensamento, as autoras e magistradas Ana Carolina Morozowski e Luciana da Veiga de Oliveira (2021), atribuem a União Federal a obrigação do financiamento do tratamento oncológico:

Nos termos da portaria de consolidação 6/17, do MS, o bloco de financiamento da Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar é constituído por dois componentes, o Limite Financeiro da MAC (Média e Alta Complexidade) e o Fundo de Ações Estratégicas e Compensação - FAEC (art. 173).

Os recursos financeiros da MAC são federais, conforme disposto no § 2º, do artigo 175, transferidos do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme a Programação Pactuada e Integrada, publicada em ato normativo específico.

Quanto ao FAEC, criado pela portaria 531/99, houve inicialmente um aporte de valor fixo de recursos federais, com aportes posteriores decorrentes dos saldos dos recursos não utilizados na assistência ambulatorial, de média e alta complexidade e hospitalar.

Os procedimentos ambulatoriais e hospitalares de média e alta complexidade, atualmente financiados pelo FAEC, serão gradativamente incorporados ao Componente Limite Financeiro MAC, nos termos da referida portaria.

Assim, o custeio das APACs é federal.

Dessa forma, nos casos em que se discute tratamento oncológico, a União deve necessariamente compor o polo passivo da relação processual, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, na medida em que cabe a ela tanto o cumprimento da medida e custeio do tratamento, quanto o ressarcimento na eventualidade deste ter sido anteriormente imputado ao Estado ou Município.

A jurisprudência já se mostra pacificada quanto à responsabilidade da União no financiamento de medicamentos de alto custo e oncológicos, bem como quanto ao ressarcimento dos valores despendidos quando os demais entes públicos promovem a entrega destes fármacos.

Em recente sentença proferida nos autos 5022459-73.2021.4.04.7000, o Juízo da 3ª Vara Federal de Curitiba, especializada em demandas da Saúde, foi claro em determinar o ressarcimento da União ao Estado e estabelecer a responsabilidade financeira da União nas hipóteses de condenações judiciais ao fornecimento de medicamentos oncológicos, de alto custo e aqueles não inseridos na política pública¹⁰:

Dessa forma, nos casos em que se discute tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas, incluído nas políticas públicas com financiamento federal, oncológico ou não registrado na Anvisa, a União é responsável pelo custeio do tratamento e pelo ressarcimento na eventualidade deste ter sido anteriormente imputado ao Estado ou Município.

Não tendo a União arcado com o custeio do medicamento, nem tampouco tendo sido determinado o ressarcimento nos próprios autos, o ressarcimento deve ser feito na esfera administrativa.

Neste sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem entendimento firme quanto à responsabilidade da União Federal para fornecimento de tratamentos oncológicos e de alto custo:

DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. TRATAMENTO INICIADO. APLICAÇÃO DO CAP (COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇOS). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS. 1. A responsabilidade dos Entes Federados configura litisconsórcio passivo, podendo a ação em que se postula fornecimento de prestação na área da saúde ser proposta contra a União, Estado ou Município, individualmente ou de forma solidária, podendo a autoridade judicial

¹⁰ Trecho de sentença proferida nos autos 5022459-73.2021.4.04.7000, em trâmite na 3ª Vara Cível de Curitiba, Juíza Luciana da Veiga de Oliveira, 13.08.2021.

direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. Eventual acerto de contas em virtude do rateio estabelecido, deve ser realizado administrativamente ou em ação própria. (Recurso Extraordinário (RE 855.178, Tema 793). 2. A União é a responsável financeira pelo custeio de tratamentos oncológicos, de alto custo e tecnologias não previstas no SUS, nada obstante o medicamento e o serviço médico sejam exigíveis solidariamente contra os entes federados que compõem o polo passivo. (TRF4, AC 5002516-58.2021.4.04.7004, DÉCIMA TURMA, Relator LUIZ FERNANDO WOVK PENTEADO, juntado aos autos em 03/08/2022).

Diante da previsão legal e entendimento jurisprudencial quanto à responsabilidade da União no fornecimento de tratamento oncológico, na hipótese de direcionamento da obrigação ao Estado, por meio de decisão judicial, deve a União promover integral ressarcimento dos valores despendidos.

Por outro lado, com base nos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, cabe à União também promover o ressarcimento das despesas dos Estados com o fornecimento de medicamentos de alto custo não incorporados à política pública, em cumprimento à determinação judicial.

Sobre a identificação de um tratamento como alto custo, Ana Carolina Morozowski e Luciana da Veiga de Oliveira (2021), propõem um critério a ser utilizado para fins de divisão de responsabilidades, que foi adotado pelo Estado do Paraná para identificar os tratamentos de alto custo, cujo financiamento deveria ser ressarcido aos cofres estaduais:

Considerando que as pactuações já havidas atribuíram aos Estados a responsabilidade pelo financiamento dos medicamentos do grupo 2, pode-se aferir que a responsabilidade por medicamentos mais caros do que aqueles que se situam nesse grupo não deve ser atribuída aos Estados ou aos Municípios. Essa conclusão privilegia a lógica já instituída, bem como respeita a intenção das partes que já foi expressa nas pactuações anteriores.

Todavia, tendo em vista que os preços praticados por cada Estado são diferentes, para que se pudesse extrair uma uniformidade em todo o território nacional acerca do limite de custo acima do qual não poderia haver o direcionamento da responsabilidade de financiamento aos Estados e, logicamente, aos Municípios, recorreu-se ao preço da tabela CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) dos 12 medicamentos mais caros elencados na tabela referente ao grupo 2, sem ICMS pelo PF (preço de fábrica).

Com base nessa pesquisa, aferiu-se que, de fato, pela tabela CMED, o tratamento mais caro imposto ao Estado é o que vem em primeiro lugar na lista, qual seja, a Mesalazina 500 mg comprimido com microgrânulos de liberação prolongada, com o custo mensal médio de R\$ 720,25 por paciente. Poder-se-ia concluir, então, que qualquer tratamento que custe mais do que R\$ 720,25 por mês, de acordo com a tabela CMED, seria necessariamente de financiamento da União.

Com efeito, de acordo com o art. 19-U da Lei nº 8.080/90, “a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite”.

A definição da competência para o custeio, aquisição e fornecimento dos medicamentos e demais insumos de saúde, a ser feita pela Comissão Intergestores Tripartite,

segue os padrões do programa de Assistência Farmacêutica do SUS, que classifica estes produtos em três componentes, básico, estratégico e especializado.

O componente básico “destina-se à aquisição de medicamentos e insumos, incluindo-se aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da Atenção Básica à Saúde” (art. 34 do Anexo XXVIII da Portaria de Consolidação GM/MS nº 02/2017)¹¹.

O componente estratégico “destina-se à garantia do acesso equitativo a medicamentos e insumos, para prevenção, diagnóstico, tratamento e controle de doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica, impacto socioeconômico ou que acometem populações vulneráveis, contemplados em programas estratégicos de saúde do SUS”.

Os medicamentos incluídos no componente estratégico são financiados e adquiridos pelo Ministério da Saúde, e em seguida distribuídos aos Estados, que na sequência os repassam aos municípios para fornecimento à população.

Por fim, o componente especializado “é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde” (art. 48 do Anexo XXVIII da Portaria de Consolidação GM/MS nº 02/2017).

Trata-se, via de regra, dos medicamentos de custo mais elevado e destinados a tratamentos mais complexos. Quando o medicamento postulado judicialmente já foi incorporado ao SUS, basta que se verifique a quais entes federativos incumbe a sua aquisição, financiamento e entrega.

Caso ainda não tenha sido incorporado, para que se interfira o mínimo possível na sistemática de repartição das competências administrativas no Programa de Assistência Farmacêutica, a melhor solução a ser adotada é verificar, segundo o elenco dos grupos de medicamentos acima explicado e as características de cada um, em qual deles o fármaco seria, em tese, incluído. A partir daí, é possível definir qual ou quais os entes destinatários da ordem judicial.

As ações de ressarcimento propostas contra a União Federal se alinham ao entendimento já pacificado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que atribui à União Federal a responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos de alto custo:

SAÚDE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RITUXIMABE. NEUROMIELITE ÓPTICA. IMPRESCINDIBILIDADE E ADEQUAÇÃO. COMPROVAÇÃO. (...) 4. Tendo em vista que o objeto do expediente originário consiste no fornecimento de medicação de alto custo, não padronizada no âmbito da rede pública de saúde, e que a incorporação de novas tecnologias ao SUS compete ao Ministério da Saúde, nos termos do art. 19-Q da Lei n. 8.080/90, a responsabilidade financeira de custear o aludido fármaco recai sobre a União, ressalvado o direito de ressarcimento do ente federal na hipótese de haver pactuação em

¹¹ **Art. 34.** O Componente Básico da Assistência Farmacêutica destina-se à aquisição de medicamentos e insumos, incluindo-se aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da Atenção Básica à Saúde. (Origem: PRT MS/GM 1555/2013, Art. 2º).

comissão tripartite, com distribuição diversa de competências, caso em que a compensação deverá se efetuar na esfera administrativa. 5. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a tese firmada no julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença (AgInt no CC n. 166.964/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 1ª Seção, j. 23/10/2019), razão pela qual compete ao juízo da execução o encargo de direcionar o cumprimento da ordem judicial. (TRF4, AC 5021535- 97.2019.4.04. 7205, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 22/07/2021).

Por fim, a responsabilidade pela incorporação de novos tratamentos ao Sistema Único de Saúde é da União, conforme as regras de repartição de competências do SUS. Desta forma, em casos em que a tecnologia demandada não está prevista nas políticas públicas do SUS, a tese indica que a União deve necessariamente compor o polo passivo e responder pela aquisição e entrega do tratamento, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar tais demandas, privilegiando o disposto no art. 19-Q da Lei Orgânica do SUS (CASTELO, 2021).

Além disso, a União Federal é o ente federativo com mais recursos e, consequentemente, com maior capacidade financeira para suportar os vultuosos dispêndios com o fornecimento de medicamentos de alto em respeito às determinações judiciais.

Por todo o exposto, nos casos em que o Estado forneceu, em cumprimento de determinação judicial proferido em ação sanitária, medicamento de alto custo, medicamento não incorporado à política pública ou medicamento oncológico, incumbe à União promover o ressarcimento dos valores despendidos em respeito às normas que estabelecem a divisão de competências do SUS e como medida de equilíbrio financeiro.

DA SOLUÇÃO DEFINITIVA, GLOBAL E PROSPECTIVA PARA O PROBLEMA DO DESEQUILÍBRIO DO FINANCIAMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – APLICAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL

Conforme se relatou até aqui, todas as medidas aplicadas pelo Estado do Paraná em busca do ressarcimento de despesas com cumprimento de ordens judiciais em ações de saúde, sobretudo quanto a tratamentos oncológicos e de alto custo, foram pontuais e individualizadas.

Porém, o problema relatado é estrutural, retrata uma desconformidade constitucional e precisa ser tratado de forma abrangente. Segundo Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira (2021):

o problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e

permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização ou de reestruturação.

Já foi reconhecido pelo Tribunal de Contas da União em 2017, quando foi realizada auditoria operacional com objetivo de identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde. O Acórdão nº 1787/2017 – TCU – Plenário, expõe como uma das recomendações:

9.3 recomendar ao Ministério da Saúde, nos termos do art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, c/c arts. 4º., 6º. e 8º., II e III, da Resolução TCU 265/2014, que, em articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos, avalie a conveniência e a oportunidade de adotar os seguintes procedimentos, com vistas à melhoria dos procedimentos de ressarcimento financeiro a estados e municípios que custeiam ações e serviços de saúde judicializados que são de competência federal:

- 9.3.1 regulamentação do processo de ressarcimento de valores despendidos pelas secretarias estaduais e municipais de saúde em face do cumprimento de decisões judiciais que imputam a estados, ao Distrito Federal e aos municípios obrigações diversas das estabelecidas nas políticas de saúde do SUS, considerando, inclusive, a glosa de valores despendidos pela União no cumprimento de decisões judiciais cujas ações e serviços de saúde são de competência de outro ente federativo;
- 9.3.2 controle e divulgação do ressarcimento dos valores acima descritos;

Dessa forma, não restam dúvidas do problema existente quanto ao atual sistema de ressarcimento administrativo dos entes subnacionais em face da União.

Por sua vez, a utilização de centenas de ações de cobranças individuais não resolve o problema da falta de ressarcimento da União. Pelo contrário, inunda o Poder Judiciário e o provoca para solução de questões pretéritas, sem o condão da definitividade resolutiva quanto ao desequilíbrio financeiro e federativo evidenciado há anos, tanto nas demandas da Justiça Federal como da Justiça Estadual. Em linguagem popular, o que se fez até aqui foi “enxugar gelo”.

Entretanto, segundo Ribeiro Tosta e Marçal (2021) tratar uma demanda individual como estruturante (ou criar um processo estruturante a partir de demandas individuais), quando diga respeito a uma violação sistêmica a determinados direitos, traz mais esperanças e mais vantagens do que a litigância pontual ou a “conta-gotas”, especialmente para fins de macrojustiça e de análise dos impactos globais das medidas aplicadas.

No processo estrutural que se pretende implantar para resolução da lide, o objetivo é de alteração do estado de coisas ensejador da violação do direito do Estado, ao invés de solucionar pontualmente as infringências legais, cuja judicialização reiterada causa imenso e custoso de trabalho às partes e ao Poder Judiciário.

Desta forma, ante a necessidade de conferir uma solução permanente, completa e prospectiva para o problema que aflige as contas públicas dos Estados, o presente artigo propõe uma nova forma de solução de conflitos entre os entes públicos, e para tanto, tem a pretensão de aplicar conhecidas técnicas de processo estrutural com a finalidade de construção de uma solução conjunta e criação de fluxo de ressarcimento peremptório entre os entes públicos.

A ideia é utilizar-se do processo estrutural como processo estratégico para solução única e definitiva em busca do equilíbrio financeiro da judicialização da saúde, impedindo que as milhares de ações de saúde se desdobrem em outras milhares de ações de ressarcimento, em prejuízo ao já abarrotado Poder Judiciário.

Segundo Vitorelli (2021) o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência não de um ato isolado no tempo, mas do funcionamento equivocado de uma estrutura burocrática (entendida como instituição, política ou programa), pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que a solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura.

O problema aqui se adequa perfeitamente à proposta de formação de um litígio estrutural entre a União e os Estados no que toca ao financiamento da saúde e o cumprimento de determinações judiciais. A falta de compensação financeira dos dispêndios dos estados com o custeio exclusivo da judicialização da saúde não se trata de um ato ou de um inadimplemento isolado no tempo. A evidenciada distorção perdura por anos sem que se vislumbre uma conclusão satisfatória.

Como já indicado, a experiência dos atores processuais que atuam nas ações que envolvem direito sanitário evidencia constante desequilíbrio quanto à atribuição de responsabilidades no cumprimento de determinações judiciais de entrega de medicamentos ou tratamentos médicos.

Correntemente os Estados cumprem a determinação judicial que lhe cabem, adquirem e entregam o medicamento aos pacientes com recursos próprios. Posteriormente, conforme estabelecido no processo originário, buscam administrativamente o ressarcimento junto à União Federal, mas esta invariavelmente se mantém inerte e sequer responde aos pedidos administrativos. Ou seja, regularmente descumpra obrigação prevista em lei e em decisão judicial.

Tal constatação exige uma readequação estrutural dos fluxos administrativos para esta finalidade. Neste sentido, Desirê Bauermann (2021) afirma que as decisões proferidas em ações estruturais tendem a transformar a realidade social e envolver todo o funcionamento de uma instituição, a fim de adequá-la ao comando sentencial, não sendo limitadas a incidentes ou transações particulares.

Deste modo, ante a demonstrada desconformidade legal do meio administrativo disposto, é preciso combater tal iniquidade e não há outro caminho senão a via judicial para reparação do prejuízo causado.

No entanto, ao contrário dos instrumentos utilizados anteriormente, pretende-se construir uma solução definitiva por diversas mãos, policêntrica, dialogada e sob gestão judicial, de modo que os diversos óbices encontrados para o ressarcimento administrativo sejam superados e se estabeleça um fluxo claro, forçoso, objetivo e eficaz para equilíbrio financeiro da judicialização da saúde.

Não se trata de adotar uma conduta única, isolada, mas um plano negociado que abarque um conjunto de medidas, a fim de estabelecer o procedimento permanente e duradouro, a criar uma estrutura específica para o ressarcimento administrativo, dentro de uma solução prospectiva.

Desta forma, através de um processo-programa, os Estados poderão buscar a implementação de um fluxo administrativo com medidas de reestruturação significativas do equivocado e inadimplente comportamento observado pela União Federal até o momento.

MECANISMOS DE PROCESSO ESTRUTURAL POSSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO– CRIAÇÃO DE UM PLANO REESTRUTURANTE PARA RESSARCIMENTO– REMOÇÃO DO ESTADO DE DESCONFORMIDADE PARA ESTADO DE CONFORMIDADE

O processo estrutural pode ser dividido em algumas fases de desenvolvimento, aplicadas para solução de demanda envolvendo políticas públicas e seus desdobramentos, na busca de uma solução maior e definitiva em detrimento de respostas pontuais.

Num primeiro momento, cabe compreender as características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos.

Sobre esse prelúdio, os capítulos anteriores espelham de forma clara o problema instaurado e todas suas particularidades. Em síntese, a questão envolve o dispêndio exclusivo de recursos públicos estaduais com o cumprimento de determinações judiciais, sobretudo com custeio de tratamentos oncológicos, de alto custo e não incorporados, e o inadimplemento reiterado da União Federal quanto à sua obrigação de ressarcimento.

Traçadas estas linhas, entende-se que deve ser tomada uma decisão estrutural com a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, no caso o Ministério da Saúde como órgão responsável, cujo objetivo é fazer com que deixe de se comportar da maneira reputada indesejável.

Neste ponto está o cerne da questão. O pedido formulado judicialmente deve envolver uma alteração do *status quo* atual, através de um plano de reorganização estrutural em que se pretenda imputar à União Federal a obrigação de fazer, atinente à elaboração de um fluxo administrativo entre os entes litigantes, a permitir que os recursos utilizados com o cumprimento de determinações judiciais sejam passíveis de reembolso regular.

Para este propósito, vislumbra-se a construção de uma solução conjunta, multilateral, que atenda aos interesses das partes, mas que seja cogente e obrigue o ente demandado ao ressarcimento legítimo, utilizando-se, se necessário, de instrumentos de coerção.

Com fulcro no artigo 3º, § 3 do código de processo civil de 2015¹², a consensualidade tem especial importância nesta demanda e entende-se que este caminho cooperativo é preferencial em relação à imposição de determinada conduta ao réu pelo magistrado. Este, por sua vez, poderá assumir uma posição de gestor do litígio e catalisador de soluções para melhor deslinde do feito.

Dentro desta perspectiva se vislumbra a utilização de um conhecido instrumento dos processos estruturais chamado “Town Meeting”, originário do direito americano. Nesse modelo, o juiz tem uma postura proativa no processo, a fim de estabelecer as balizas mais importantes da discussão, conduzindo-o para a construção de um diálogo ampliado entre as partes na edificação e uma solução conjunta.

Para Vitorelli (2021), transformar audiências judiciais em *town meetings* não é apenas uma ideia destinada a obter a legitimidade da decisão, ou a adesão, talvez vazia, à noção de participação como elemento essencial, e não instrumental, do devido processo legal; é antes uma necessidade decorrente do perfil do conflito a ser decidido.

O método dialógico indicado traz a possibilidade de realização de reuniões e audiências públicas entre os entes envolvidos na lide permitindo o equacionamento das suas pretensões. Além disso, auxilia os envolvidos na completa compreensão do problema, suas alternativas, oportunidades e soluções, a serem consideradas e refletidas no resultado final.

Numa terceira fase, caberá aos *players* atuantes no processo a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado. Como mencionado, há cristalina predileção pela solução construída pelas partes. No entanto, para que tal construção possa ocorrer, é necessário que a União Federal se apresente como interessada na solução consensual da lide, trazendo alternativas concretas e viáveis para formação de um fluxo definitivo de ressarcimento.

Caso contrário, a lide tenderá a uma solução heterocompositiva com a imposição para apresentação de um plano para interromper o histórico inadimplemento e desídia com o cumprimento de decisões judiciais que envolvem direito sanitário, com possível utilização de cláusulas gerais executivas previstas nos art. 139, IV, art. 297 e art. 536, § 1º do Código de Processo Civil de 2015¹³.

Posteriormente à implantação do plano, incumbirá às partes e ao juízo a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura.

¹² A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹³ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Ou seja, deve-se promover o adequado acompanhamento dos termos estabelecidos no plano de trabalho, mormente no que toca ao regular reembolso dos valores gastos pelo Estado com cumprimento de determinações judiciais em ações de saúde, cumpridos os requisitos para os pedidos administrativos junto ao Ministério da Saúde. A intervenção judicial passaria a ser necessariamente continuada; o provimento não se encerraria de pronto, exigindo constantemente fiscalização e ajuste (OSNA, 2021).

A partir dos resultados avaliados, será possível eventual correção ou adequação do fluxo de trabalho, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos.

Por fim, o objetivo é de concretização e que o fluxo administrativo estabelecido se perpetue indefinidamente, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura e manutenção do ressarcimento por parte da União Federal, das despesas efetuadas pelos Estados com o cumprimento regular de decisões judiciais em tratamentos de medicamentos de alto custo, oncológicos e não incorporados, tanto na Justiça Estadual como Federal, para que, com o reembolso dos valores, o gestor estadual possa viabilizar ações de saúde para atendimento da população.

DA NECESSÁRIA RELATIVIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E SUPERAÇÃO DE BARREIRAS FORMALISTAS QUANTO AO PEDIDO

Importante observar que um dos paradigmas do processo estrutural se fundamenta na relativização procedimental e uma interpretação extensiva do pedido formulado. Para Didier, Hermes e Oliveira(2021), a flexibilidade da congruência objetiva supõe a interpretação do pedido (CPC, art. 322, § 2º) que leve em consideração a complexidade do litígio estrutural.

O Professor e magistrado Antônio Cesar Bochenek (2021) explica que despontam duas características essenciais dos processos estruturais, a gestão judicial dessas demandas e a flexibilidade dos procedimentos existentes, com a aplicabilidade adaptável das normas, condizente com as exigências de uma atuação eficiente e atual do Poder Judiciário.

Nesta seara, o pedido formulado na referida ação estrutural deve ser interpretado forma ampla. Segundo a doutrina de Vitorelli (2021), no código de 2015, há um elogiável paralelismo entre os arts. 322, §2, 341, III e 489 § 3º, dispõe que tanto a petição inicial quanto a contestação e a decisão judicial devem ser interpretadas dentro de seu próprio contexto, de conformidade com a boa-fé.

Assim, se no processo individual a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé, com mais razão, no processo coletivo e, de modo especial, no processo estrutural, a postulação deve ser interpretada como abertura e um caminho da solução de um problema, não como requerimento específico de providências determinadas”.

Outrossim, Humberto Theodoro Junior (2010) explica que as formas, solenidades, estruturas e categorias de direito processual não podem ser únicas, rígidas, inflexíveis ou

absolutas. Prevaecem enquanto úteis ou necessárias à realização da justa composição do conflito de direito material.

Quando essa meta exigir vias alternativas que melhor se adequem à tutela efetiva do direito subjetivo a resguardar ou restaurar, haverá de se franquear o caminho procedimental que tanto se afeiçoa. O direito processual é dinâmico e não pode perder-se em conceitualismos e estruturalismos estáticos, incompatíveis com a função maior a desempenhar em prol da efetiva prestação de tutela ao direito e interesses materiais envolvidos em conflito.

Além disso, o artigo 493¹⁴ do CPC/15 permite uma maior flexibilização procedimental para que a decisão estrutural se adequem à realidade atual dos fatos, trazendo dinamicidade à prestação jurisdicional e efetividade das decisões ao estabelecer que se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

O processo, e sobretudo o processo estrutural deve servir de instrumento, mecanismo de solução macro e não um fim em si mesmo, entrincheirado em regras formais de possível superação a fim de atingir um propósito de correção das irregularidades apresentadas.

Dentro desse mister, não se deve criar uma barreira, *ab initio*, ao curso de uma ação estrutural. Segundo Arenhart (2013), “em regra, existe uma dificuldade de se estabelecer, desde o início do processo estruturante exatamente aquilo que será necessário para fazer cessar o direito violado”.

Em outro momento, o professor Sergio Arenhart (2017, p.40) esclarece que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da “tutela” pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial.

Como consequência, segundo Marçal (2021, p.133), a doutrina tem sustentado que: *i*) na fase postulatória, seja genérico o pedido formulado – e não determinado como estabelece o art. 324, caput do CPC – e incompletos (flexibilizando-se a regra da eventualidade e as preclusões dessa fase); *ii*) Na fase instrutória, ocorra a modificação da demanda, aí incluídas a causa de pedir e o pedido (mitigando a estabilização da demanda), e *iii*) na fase decisória o juízo não estaria adstrito aos limites da demanda (seja da causa de pedir ou do pedido).

Ainda acrescenta que, com relação ao pedido, não se faz necessário especificar cada aspecto da estrutura que precisa de reparo, sendo possível verificar, no curso do processo, por meio de inspeções ou das próprias experimentações, com auxílio dos peritos, quais as exatas modificações necessárias.

¹⁴ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

A partir disso, ainda que o pedido não seja específico, o requisito da sua certeza deve ser analisado de forma global, devendo ser possível identificar um conteúdo mínimo de tutela para o direito violado.

Atente-se que o caput do artigo 322 do CPC/2015, deve ser interpretado em consonância com seu parágrafo 2º, estabelecendo ao julgador que *“A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”*.

Por fim, este conjunto de circunstâncias, é fundamental que o magistrado que receba tal demanda se desamarre de um formalismo processual exacerbado, apegado às exigências limitativas que levariam ao desalento de toda busca de solução global, prospectiva e definitiva para o problema apresentado, que interessa a todos os atores envolvidos.

NOTAS CONCLUSIVAS

Em conclusão, o presente estudo partiu de uma preocupação fática ao demonstrar detalhadamente o problema do financiamento da judicialização da saúde no Brasil que, de fato, é estrutural. Face ao pacificado entendimento quanto a solidariedade dos entes públicos na prestação da saúde, a aventada distorção na atribuição de obrigações de cumprimento de ordens judiciais provocou desconformidade legal permanente e prejuízo relevante aos cofres públicos estaduais.

Por sua vez, a contribuição do Estudo para ciência jurídica está ligada nova forma de solução de conflitos entre os entes públicos, e para tanto, tem a pretensão de aplicar as técnicas de processo estrutural, a fim de promover um equilíbrio financeiro ao federalismo sanitário.

Ao contrário dos instrumentos utilizados anteriormente, pretende-se construir uma solução definitiva por diversas mãos, policêntrica, dialogada e sob gestão judicial, de modo que os diversos óbices encontrados para o ressarcimento administrativo sejam superados e se estabeleça um fluxo claro, forçoso, objetivo e eficaz de reembolso por parte da União Federal.

Procurou-se abordar as temáticas pertinentes, debruçando-se, principalmente, sobre concepções conceituais e teóricas, para que, dado ao caráter de novidade da aplicação de medidas estruturantes às questões de financiamento da saúde, se pudesse resolver o problema de forma global, em detrimento de soluções conta-gotas.

Ao longo da leitura dos materiais de referência bibliográfica, compreendeu-se através de um processo-programa, os Estados poderão buscar a implementação de um fluxo administrativo com medidas de reestruturação significativas do equivocado e inadimplente comportamento observado pela União Federal até o momento.

Assim, o objetivo é de concretização e que o fluxo administrativo estabelecido se perpetue indefinidamente, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura e manutenção do ressarcimento por parte da União Federal, das despesas efetuadas pelo Estado do Paraná com o cumprimento regular de decisões judiciais em tratamentos médicos, tanto na Justiça Estadual como Federal, para que, com o reembolso dos valores, o gestor estadual possa viabilizar ações de saúde para atendimento da população.

Importante ressaltar que o objeto deste trabalho, ante a sua inovação, ainda não encontra abrigo na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, o que se pretende inserir através de ações estruturais próprias. Outrossim, as ferramentas propostas tendem a se aperfeiçoar na medida que são vividas e utilizadas na prática forense.

Por outro lado, entende-se a necessidade de outras pesquisas que se preocupem com o tema para que se estabeleça uma produção teórica consistente sobre a solução de conflitos relativos às políticas públicas e suas eventuais irregularidades.

Ao fim, se conclui que é preciso tirar os olhos do retrovisor e se voltar para o futuro através de soluções prospectivas como a pretendida através deste estudo, com vistas a construção conjunta, definitiva e eficaz de um ágil ressarcimento administrativo dos gastos dos Estados com cumprimento de determinações judiciais nas ações de saúde para fornecimento de tratamentos médicos.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito Brasileiro. Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABLE, Kazuo; COSTA, Suzana Henrique da (Org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017.

ARENHART, Sergio Cruz. Decisões Estruturais no direito Processual Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, 2013.

BAUERMANN, Desirê. Structural injunctions no Direito Norte-Americano. *In*: **Processos estruturais**. ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Feliz (Org.), 3 ed. rev, atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

BOCHENEK, Antônio Cesar. Demandas Estruturais: Flexibilidade e Gestão. **Revista Judicial Brasileira**, v. 1, 2021.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 13.105 de 16 de março de 2015, **Código de Processo Civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei complementar 141 de 13 de janeiro de 2012. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em 29.03.2023

BRASIL. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 29.03.2023

BRASIL. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 8143 de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em 29.03.2023

CASTELO, Fernando Alcantara. Consolidando o pacto federativo e o protagonismo da União na judicialização da saúde: o reconhecimento da obrigatoriedade da presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de

Saúde. *In: XLVI Congresso Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, 2020. Resumos [...].* Online: ANAPE, 2020. Disponível em: https://congressoprocuradores.com.br/2021/media/com_submissoes/files/Artigo---Direito---sa--de---Consolida----o-do-pacto--Congresso2021-09-20-15-31-27.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI Jr, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil Brasileiro. *In: Processos estruturais.* ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Feliz. 3 ed. rev, atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luis. A reponsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. **Revista do Tribunal Regional Federal**, Quarta Região, Porto Alegre, ano 25, n. 84, p. 77-103, 2015.

JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, 1, 2014, São Paulo. **Enunciados Aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014.** São Paulo: Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes. *In: Processos estruturais.* ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Feliz. 3 ed. rev, atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

MINISTÉRIO DA SAUDE. **Portaria de consolidação 02.2027.** Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. RT MS/GM 589/2015. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/Matriz-2-Politicas.html#>. Acesso em: 27 nov. 2022.

MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS. *In: Migalhas*, 01 jul. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-assistencia-a-saude-no-sus>. Acesso em: 18 jun. 2022.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In: Processos estruturais.* ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Feliz. 3 ed. rev, atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

RIBEIRO TOSTA, Andre; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento Processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art, 21 da LINDB. *In: Processos estruturais.* ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Feliz. 3 ed. rev, atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Estrutura e função no campo do direito processual: Visão e dinâmica do fenômeno Jurídico. *In: THEODORO JR, Humberto; LAUAR, Mara Terra. Tutelas Diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional.* São Paulo: GZ, 2010.

VITORELLI, E. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In: Processos estruturais.* ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Feliz. 3 ed. rev, atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática.** Salvador: Editora Juspodivm, 2021.