A responsabilidade solidária e as regras de competência

TÚLIO DUAILIBI ALVES SOUZA

SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO À SAÚDE:

SISTEMA BRASILEIRO

Sistema Constitucional:

- Direito social: art. 6°. Está situado no Cap. II (Dos direitos sociais) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais).
- Com núcleo de irradiação: art. 196 a art. 200. Está na Seção II (Da saúde) do Capítulo II (Da seguridade social) do Título VIII (Da ordem social).
- Ordem Social: Objetivos → bem-estar e justiça sociais (art. 193).
- A seguridade social destina-se a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194).
- Conclusão: Saúde ↔ Direito público subjetivo (jurisprudência pacífica, embora haja na doutrina ainda quem defensa não haver direito subjetivo como poder absoluto do individuo contra a sociedade, o Estado e demais indivíduos, diante da natureza difusa dos direitos sociais).
- Art. 22, XXII: Competência privativa da União para legislar sobre seguridade social.
- Art. 23, II: Competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO À SAÚDE:

Sistema regulatório infraconstitucional:

- Lei 8080/90: dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes;
- Lei 8142/90: dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde;
- Lei 12.401/2011: Dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS;
- Decreto 7508/2011: regulamenta a lei 8080/90, para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação Interfederativa, dentre outras providências;
- Lei Complementar 141/2012: regulamenta o §3º do art. 198 da CF (regula a EC 29).
- Diversos atos administrativos infralegais regulamentando políticas públicas de saúde: **a)** Portaria 3916/2008 (Política Nacional de Medicamentos); **b)** Resolução 338/2004 (Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aprovada pelo CNS); **c)** Portaria Interministerial nº 177/2003 (Política de Atenção à Saúde no sistema penitenciário); **d)** Portaria 399/2006 (Divulga o pacto pela saúde); entre outras. **e)** Portaria 1554/2013 (Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS));

SUS: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

SUS: Instrumento criado pelo Constituinte para concretizar o direito constitucional à saúde.

Art. 196: A saúde é **direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante **políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços** para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma **rede regionalizada e hierarquizada** e constituem um **sistema único**, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - **descentralização**, com direção única em cada esfera de governo; II - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - **participação da comunidade**.

SUS: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Excesso de judicialização: falha na formulação e execução de políticas públicas.

Consequência: permanente estado de tensão institucional entre Estado-Gestor e Estado-Juiz.

Medidas adotadas pelo STF e CNJ:

- Realização de Audiência Pública por convocação (05/03/2009) do Ministro Gilmar Mendes: 27 a 29/04/2009 e de 04 a 07/05/2009;
- Recomendação CNJ 31 (Min. Gilmar Mendes), de 30/03/2010;
- Resolução CNJ 107 (Min. Gilmar Mendes), de 06/04/2010;
- Recomendação CNJ 36, de 12/07/2011.
- Resolução CNJ 238, de 06/09/2016.
- MAS O QUE FOI FEITO PARA, DE FATO, CONHECER A ESSÊNCIA DAS DEMANDAS QUE ENVOLVEM A ASSISTÊNCIA À SAÚDE?

SUS: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DE INTERESSES INDIVIDUAIS É SUFICIENTE PARA REDUZIR AS DESIGUALDADES NO ACESSO ÀS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE?

A JUDICIALIZAÇÃO COLETIVA PODE MUDAR ESTE PANORAMA?

SUS: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Principais pontos geradores de tensão institucional:

- Determinação de prisão de autoridades sanitárias e procuradores jurídicos de instituições demandadas por crime de desobediência em virtude de descumprimento de ordem judicial;
- Condução coercitiva para instauração de termo circunstanciado;
- Requisição de instauração de inquérito policial e expedição de documentos ao MP para instauração de procedimentos visando apurar prática de ato que configure improbidade administrativa (Lei 8429/92);

SUS: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Determinação de ordem de bloqueio “on line” de ativos financeiros dos entes federados como garantia de eficácia e efetividade da ordem judicial descumprida;

Ordem para cumprimento de prestação que conflita com as políticas públicas de saúde definidas pelo Estado-Gestor, sem que haja qualquer fundamentação técnica que oriente o afastamento de tais políticas.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

Grande fator de conflito institucional: aplicação judicial do instituto da responsabilidade solidária de forma ampla e irrestrita, mesmo nos casos em que há de forma clara e cristalina a divisão de atribuição/competência administrativa entre os entes federativos no fornecimento de prestação de saúde pública.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

Tema complexo e a depender do resultado afetará a estrutura de organização do SUS, de modo que merece toda a atenção.

Fundamentação para sua aplicação: art. 23, II, da CF.

Aplicação isolada: leitura desconexa com o art. 196 e seguintes da CF.

Pergunta: QUANDO SE ELABORA POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDORAS DE COMPETÊNCIAS ATINENTES A CADA ENTE FEDERATIVO NÃO ESTÁ SE CUMPRINDO COM O ART. 23, II, DA CF?

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

SUS: política pública de Estado estabelecida na CF para garantir, instrumentalizar e concretizar o direito social à saúde.

Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma **rede regionalizada e hierarquizada** e constituem um **sistema único**, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - **descentralização**, com direção única em cada esfera de governo; II - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - **participação da comunidade**.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

Para o Ministério da Saúde: os princípios da regionalização e da hierarquização estão afetos as atribuições dos gestores estaduais e municipais que devem buscar a melhor maneira de garantir a eficiência, a eficácia e a efetividade do SUS, não raro com recursos escassos.

A palavra hierarquizada: “não está a indicar uma dada ordem funcional, mas sim a necessidade de organização do atendimento em distintos níveis de complexidade. Cuida-se de uma necessidade de racionalização do sistema e de otimização de seus recursos” (Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior. Direito Sanitário)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

Pergunta: DA LEITURA SISTEMATIZADA DA CF, DECISÃO PROFERIDA POR ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO QUE, INJUSTIFICADAMENTE, DIVORCIEM DAS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE QUE ESTEJAM DEFINIDOS POR POLÍTICAS SOCIAIS E ECONÔMICAS DE SAÚDE EMANADAS DO ESTADO-GESTOR PODE SER CONSIDERARA INCONSTITUCIONAL POR AFRONTAR A IDEIA DE SISTEMA CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA?

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

Posição da Jurisprudência:

- Tribunais de Justiça e TRF's: pacífica pela aplicação do instituto de forma ampla e irrestrita;
- STJ:
  - 1ª Turma: Posição inicial: aplicação ampla e irrestrita. **Julgamento do REsp 873196/RS:** alterou o posicionamento para excluir a União do polo passivo, ressaltando, dentre outros argumentos, que o SUS constitui "uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, observada, entre outras diretrizes, a da descentralização, com direção única em cada esfera de governo (art. 198)". **Julgamento do AgRg no Ag 858899/RS:** volta ao posicionamento inicial. Neste julgamento, a Ministra Denise Arruda altera seu posicionamento e o Ministro Francisco Falcão não estava presente na sessão. **Julgamento do AgRg no Ag 879975/RS:** alteram a posição. Ministra Denise Delgado modifica entendimento novamente. **Recurso Especial n° 1144382/AL:** afetado para julgamento pela Primeira Seção para que "seja dirimida a controvérsia relativa à solidariedade passiva da União, Estados e Municípios, para figurar no polo passivo de demanda concernente ao fornecimento de medicamentos".
  - **Em 13/05/2010 o Ministro Hamilton Carvalhido determinou o sobrestamento do REsp até que o STF julgue os RE's 566.471 e 605.533, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio, aos quais foi reconhecida a existência de repercussão geral.**
  - **Em 27 de junho de 2014, o Ministro Ari Pargendler, no julgamento do RE 1144382/AL, negou seguimento ao recursos especial.**
  - 2ª Turma: confirma a responsabilidade solidária dos entes federativos independente de haver política pública de saúde clara e previamente definida.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

- STF:
  - Repercussão geral em dois Recursos Extraordinários n. 566.471 e 657.718;
  - Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela 175 demonstrou-se favorável à aplicação do instituto, sugerindo a criação de uma espécie de câmara de compensação entre os entes federados (aumento de burocracia), porém, o tema deve ser apreciado no RE 566.471, que tem repercussão geral reconhecida; *"(V) A propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo"*. (Ministro Luiz Roberto Barroso)
  - Recurso Extraordinário n. 855.178/SE. (No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EM PROCESSO JUDICIAL QUANDO EXISTE POLÍTICA PÚBLICA DEFINIDA:

1. A gestão da saúde pública, por meio de desenvolvimento de políticas sociais e econômicas (conforme mandamento constitucional), pressupõe divisão interna de tarefas entre os entes federativos, sem a qual haveria inevitável duplicação de esforços e desperdício de recursos públicos;
2. O art. 23, II, deve ser interpretado em conjunto com os arts. 196, 197 e 198, da CF;
3. A Lei 8080/90 é neste sentido (art. 8º);
4. A ideia ampla e irrestrita de responsabilidade solidária afronta a ideia de sistema, de maneira que sua aplicação só tem espaço quando o Estado-Gestor não define de forma clara a área de atuação específica do ente federado;
5. Com isso: preserva-se e respeita-se a auto-organização, auto-gestão/administração e autogoverno que norteiam o sistema federativo;
6. Do contrário, pergunta-se: **a)** para que serviria a atribuição de tarefas segundo um modelo de gestão, já que os entes da federação são solidariamente responsáveis, igualmente responsáveis por tudo e por todos? **b)** Dentro de uma concepção de sistema, qual o sentido do Estado-Gestor em se organizar administrativamente para traçar políticas públicas de saúde? **c)** Como seria o funcionamento de um sistema de saúde pública em que não haja uma repartição de funções entre os entes da federação, se firmar a ideia de que todos são igualmente responsáveis por tudo e por todos?

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

Rendo-me à tese da aplicação ampla e irrestrita da responsabilidade solidária: quando a jurisprudência analisar a problemática da responsabilidade solidária dos entes federados enfrentando que os atos infra legais têm seu fundamento de validade na Lei n° 8080/90, a qual, por sua vez, também deve ser analisada em interpretação conjunta/sistêmica dos arts. 23 e 196 a 198 da CF, e não dizer simplesmente que atos infra legais não podem se sobrepor ao art. 196 da CF (este analisado isoladamente), e quando demonstrar, igualmente, que a responsabilidade solidária, tal qual como está sendo aplicada atualmente, não viola a ideia de sistema adotada para formular o conjunto de ações e serviços de saúde.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA:

PORTANTO: determinação judicial reconhecendo a solidariedade passiva, além de desprovida de critérios técnicos para tanto desautorizar a adoção de políticas sociais e econômicas para o desenvolvimento de ações e serviços de saúde formulados pelo Estado-Gestor, pode, ainda, comprometer a higidez do SUS, na concepção da formulação de sistema, e fazer com que os entes federados comprometam a execução das ações de saúde a que se obrigaram segundo o modelo de gestão para o qual foram habilitados, ou seja, podem ficar comprometidos tanto no que se refere ao cumprimento da ordem judicial quanto às ações de saúde para as quais firmaram compromisso, de maneira que decisões judiciais não devem se divorciar das políticas públicas de saúde formuladas pelo sistema, a não ser que seja declarada inconstitucional pelo órgão judicante.

GRANDE DESAFIO:

COMPATIBILIZAR O SISTEMA DE JUSTIÇA COM AS REGRAS, PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.