

**AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA -
COMPETÊNCIA DOS ENTES PÚBLICOS PARA PRESTAÇÃO
DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE¹**

Gilberto Vaciles Bilacchi Junior²
Fernanda Ramos Von Flach³

1 DA DECISÃO AGRAVADA

Trata-se de ação ordinária ajuizada pelo AUTOR, por intermédio da Defensoria Pública da União, perante a 3ª Vara Federal de Curitiba, em face da União Federal e do Estado do Paraná, visando provimento jurisdicional que determine aos réus custear a medicação VOXZOGO (vosoritida) 1,2 mg, necessário ao seu tratamento de saúde.

Foi deferida a tutela provisória de urgência, nos autos do agravo de instrumento.

Por tal motivo, no dia 23/05/2023, fora proferida decisão interlocutória pelo juízo de origem, nos seguintes termos:

[...] delego ao HUF as atribuições inerentes à aquisição, controle e disponibilização do medicamento deferido à parte autora. A Secretaria deverá requisitar à CEF a transferência dos valores para a conta indicada pela instituição. Solicite-se os dados bancários, se necessário. Após, intime-se a instituição para ciência e implementação do tratamento, com comprovação nos autos e prestação de contas. [...] Registro que o valor da compra do medicamento dever observar como teto de aquisição o PMVG. (destacamos)

¹ Peça processual emitida no processo judicial n.º 5007297-67.2023.4.04.7000, em versão adaptada para publicação.

² Bacharel em Direito e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Advogado da Ebserh e Chefe da Unidade Jurídica de Apoio à Rede 4. E-mail: gilberto.junior@ebserh.gov.br.

³ Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Especialista em Direito Público (JusPodivm) e em Direito Processual Civil (UCAM). Analista Judiciária do TRT 1. E-mail: fernandavonflach@gmail.com.

2 DAS RAZÕES DE REFORMA DA DECISÃO

2.1 Violação ao princípio da legalidade

Nos termos acima expostos, verifica-se que a magistrada a quo fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

[...] Não se nega a maior burocracia que há para a realização de compras efetivadas no âmbito da administração pública direta e indireta, e nem o maior controle orçamentário e contábil.

Nada obstante, a decisão do evento 52.1, tópico 6, tem natureza de **requisição**, com a transferência de obrigação de fazer (prestação de serviço público) a terceiro especializado, à custa do réu.

A requisição processual de serviços públicos, tal como ocorre na requisição administrativa de serviços de saúde (art. 15, XIII, L. 8.080/90), tem em mira a pertinência, especificidade e a capacidade do requisitado para a prestação dos serviços que se busca executar. Mas os fundamentos legais são distintos. Correspondem ao dever, também imposto a terceiros, de cumprir com exatidão as decisões judiciais relacionadas à tutela (art. 77, caput c.c. IV, do CPC); à prerrogativa do juízo de adotar medidas plurais à efetivação da tutela específica (art. 139, IV, do CPC); e ao regime legal de cumprimento das obrigações de fazer não personalíssimas, seja na realização da tutela específica pelo réu, seja na obtenção do resultado prático equivalente, ainda que mediante delegação a terceiro, à conta do réu (art. 249 do CC, art. 536, caput, e art. 816 do CPC).

Neste sentido se dá o entendimento da **3ª TURMA DO E. TRF DA 5ª REGIÃO**, que **suspendeu decisão judicial IDÊNTICA à recorrida**, conforme abaixo:

[...] Em sede de juízo de cognição sumária, próprio das decisões liminares, **reputo**, à

primeira vista, assistir razão à agravante, pois, de fato, não sendo ela parte no processo, não lhe podem ser atribuídos deveres e obrigações que recaem sobre as partes. Ademais, o dever de cooperação previsto no art. 6º do Código de Processo Civil atinge **apenas os sujeitos do processo**, de maneira que a **administração do Hospital Universitário Alcides Carneiro não estaria, em tese, obrigada a assumir a responsabilidade pela pesquisa de preços, a aquisição disponibilização do medicamento à parte autora.** [...]. Ante o exposto, DEFIRO O PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO para suas os efeitos e o cumprimento da decisão agravada até o pronunciamento definitivo da Turma. (TRF5. PROCESSO: 0810579-26.2022.4.05.0000, AGRAVO DE INSTRUMENTO, DESEMBARGADOR FEDERAL RAFAEL CHALEGRE DO REGO BARROS, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 20/09/2022). (destacamos)

Assim, tem-se que, ao impor obrigações à Agravante, que não é parte do processo judicial, **a decisão agravada viola o princípio constitucional da legalidade**, dentre outros direitos a seguir expostos, **razão pela qual deve ser reformada.**

2.2 Da violação do contraditório e ampla defesa

Ainda, tem-se que a **Ebserh não pode ser atingida por decisões decorrentes de relação jurídica processual da qual não participou, sob pena de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa**, previstos no art. 5º da Constituição Federal.

Do mesmo modo, o Código de Processo Civil, em seu art.7º, dispõe que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Acerca do tema, **é firme a jurisprudência do E. TRF DA 5ª REGIÃO**, no sentido de que “**não cabe à Ebserh promover a compra**

e entrega do fármaco à parte agravada, em que pese o diferenciado poder de barganha de que dispõem as instituições que prestam serviço de natureza pública”, **por não ser parte no processo**, nos termos a seguir expostos:

[...] **A Ebserh não é parte no processo, a ação não foi contra ela proposta. Assim, é inteiramente impossível a determinação contra ela dirigida.** Pudesse o juiz fazer tal determinação, poderia dirigir a ordem a qualquer um. E penso que não é bem assim. A agravante não é parte no processo, não sofreu nenhuma condenação ou derrota, daí que a jurisdição feita no processo não a apanha." (PJE0805566-80.2021.4.05.0000 - AGTR, relator Des Federal Paulo Machado Cordeiro, julgado em 10/08/2021)

Com estas considerações, DEFIRO o pedido liminar, para determinar a suspensão da decisão impugnada. (TRF5. Agravo de Instrumento nº 0808755-32.2022.4.05.0000. Rel. Des. Paulo Cordeiro. **2ª Turma**. Julgamento em: **05/08/2022**). (destacamos)

Diante do exposto, **concluiu-se que a Ebserh não pode ser atingida pelos efeitos decisão proferida em processo judicial do qual não participou**, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2.3 Da competência dos entes federados para promoção da saúde (Tema 793 do STF)

Isso porque, a Constituição Federal previu em seu art. 23, inciso II, art. 196 e art. 198, que **é de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios garantir o direito à saúde de todos**, 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.

Trata-se de um dever do Estado, portanto, um direito oponível contra o Estado em sentido amplo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), obrigando-o às prestações necessárias para proteção da

vida e saúde dos cidadãos brasileiros, universal e igualmente.

A responsabilidade solidária entre os entes federados pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos e insumos necessários ao tratamento médico adequado dos necessitados, à luz dos arts. 2º e 198 da Constituição Federal, foi confirmada no dia 23/05/2016, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal julgou, em sede de repercussão geral, julgou o Recurso Extraordinário nº 855.178-RG/SE, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, e fixou a seguinte tese:

STF - Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.

Posteriormente, no dia 23/05/2019, fora proferido acórdão, publicado no DJE em 15/04/2020, que alterou a referida tese, nos seguintes termos:

STF - Tema 793 – 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.

Assim, conforme decisão do STF acima exposta, **é de responsabilidade solidária dos entes federados a prestação de serviços de saúde, competindo à autoridade judicial direcionar, caso a caso, o cumprimento da obrigação de prestar serviços de saúde** (compreendido o fornecimento de medicamentos e materiais), conforme as regras de repartição de competências.

2.4 Da prestação de serviços de saúde pelo HUF/EBSERH – que não é gestor do Sistema Único de Saúde – SUS

Como visto, trata-se a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), de empresa pública federal, com capital exclusivo da União e vinculada ao Ministério da Educação, e a Lei nº 12.550/2011, que autorizou a sua criação estabelece como finalidade da empresa “a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, **assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública**” (art. 3º) e, deste modo, **o principal papel da Ebserh é com o ensino e a pesquisa.**

De acordo com o art. 24 do Anexo 2 do Anexo XXIV da Portaria de Consolidação do Ministério da Saúde nº 2, de 28 de setembro de 2017, **a prestação do serviço pode se efetivar por meio de instrumento formal de contratualização**, a ser firmado entre o gestor do SUS com entidades beneficentes sem fins lucrativos (Convênio); com entidades públicas e privadas com ou sem fins lucrativos (Contrato Administrativo); com entidade privada sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social – OS (Contrato de Gestão); e com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP (Termos de Parceria); dentre outros.

Assim, registre-se que **o Hospital Universitário administrado pela Ebserh integra a Rede de Atenção à Saúde na condição de contratado, por meio de Instrumento Formal de Contratualização, conforme estabelece o art. 45, da Lei nº 8.080/90, e o Anexo 2 do Anexo XXIV, da Portaria de Consolidação nº 2/17.**

Nos termos do art. 23, inciso II, e art. 196 da Constituição Federal, e conforme entendimento do STF (RE nº 855178/SE – Tema 793), **a competência solidária para prestar serviços de saúde aos cidadãos é dos entes federados (União, Estados e Municípios), não incluídos os órgãos da administração pública indireta que prestam serviços públicos de saúde mediante contrato, como é o caso da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – Ebserh (empresa pública federal com personalidade jurídica de direito privado).**

Recentíssimo acórdão proferido no âmbito do **E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, em **22/03/2023**, decidiu que “a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), ao realizar contrato com o HUF, para assistência médico-hospitalar, não possui legitimidade para compor a lide, pois integra o Sistema Único de Saúde

como mera prestadora de serviços, por meio do Hospital Universitário e, nessa condição, não pode ser compelida a suprir demanda que não lhe é afeta, pois não tem disponibilidade orçamentária para custear a despesa postulada nos autos”, razão pela qual determinou a **extinção do processo, sem resolução de mérito, em relação à Ebserh**, na forma do art. 485, Inciso VI, do Código de Processo Civil, conforme abaixo se verifica:

[...] **DESCENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (Ebserh). ILEGITIMIDADE PASSIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. (TRF1. AC 0008077-02.2016.4.01.4000, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, PJe 22/03/2023 PAG.) CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO DE SAÚDE. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (Ebserh), UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO (UFMA) E HOSPITAL SÃO DOMINGOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. [...] (TRF1. APC n. 1000812-85.2018.4.01.3700. Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro. Julgado em 02/10/2019.)**

No mesmo sentido, no dia **30/06/2022**, **O TRF DA 5ª REGIÃO** entendeu que **“não é possível imputar o encargo pelo fornecimento de medicamento e de tratamentos de saúde aos hospitais universitários**, ante a ausência de previsão legal e por conta de suas limitações na qualidade de prestadores de serviços do SUS” e deu provimento ao recurso da Agravante para **“afastar a determinação de aquisição do medicamento em tela pelo HUF / Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh)**, conforme abaixo se

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA -
COMPETÊNCIA DOS ENTES PÚBLICOS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS EM SAÚDE

comprova:

EMENTA: CONSTITUCIONAL.
ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTO PELO SUS.
LEGITIMIDADE PASSIVA.
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS
ENTES FEDERADOS. **HOSPITAL
UNIVERSITÁRIO. PRESTADOR DE
SERVIÇO MÉDICO HOSPITALAR.
ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO
POLO PASSIVO DA DEMANDA.**
AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.
[...] 7. Considerando a responsabilidade
solidária dos entes federados no financiamento
e gestão do Sistema Único de Saúde, **não é
possível imputar o encargo pelo
fornecimento de medicamento e de
tratamentos de saúde aos hospitais
universitários**, ante a ausência de previsão
legal e por conta de suas limitações na
qualidade de prestadores de serviços do SUS.
8. Agravo de instrumento provido para **afastar
a determinação de aquisição do
medicamento em tela pelo Hospital
Universitário Professor Alberto Antunes, da
Universidade Federal de Alagoas (HUPAA-
UFAL) / Empresa Brasileira de Serviços
Hospitalares (Ebserh)**, face à ilegitimidade
para figurar no polo passivo da demanda.
(TRF5. AGRAVO DE INSTRUMENTO
PROCESSO Nº 0802930-10.2022.4.05.0000 -
RELATOR: Desembargador Federal Carlos
Rebello Junior - 1ª Turma. Publicado em:
30/06/2022).

Assim, **deve ser reformada a decisão agravada**, diante da **competência dos entes federativos para prestação de serviços de saúde**, prevista no art. 196 da Constituição Federal, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE nº 855178/SE – Tema 793), do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

2.5 Das impossibilidades fáticas de aquisição do medicamento

No caso dos autos, **ressalta-se a impossibilidade fática da Ebserh cumprir a decisão judicial a ser reconsiderada, consistente no levantamento da importância bloqueada judicialmente para aquisição da medicação requerida.**

Isso porque, em se tratando de empresa pública mantida com recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União, nos termos do art. 8º de sua lei de criação (Lei nº 12.550/11), a Ebserh opera exclusivamente com a conta única do Tesouro Nacional, na forma da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 04, de 30 de agosto de 2004, de modo que **não possui conta bancária de sua titularidade junto aos bancos comerciais**, como o Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e outros.

Assim, na hipótese de não ser realizada a aquisição pelos gestores do SUS ou por suas farmácias judiciais, poderá ser realizado diretamente pelo autor ou familiar sob prestação de contas ao Juízo, a **posteriori**.

3 DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E SUSPENSÃO DA DECISÃO

De acordo com o art. 300 do Código de Processo Civil, “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

No caso dos autos, **o fummus boni iuris** evidencia-se por toda a fundamentação jurídica acima exposta, especialmente no que tange à violação flagrante dos princípios constitucionais da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, em consonância com o disposto no art. 5º, inciso II e LV, art. 23, inciso II, e art. 196 da Constituição Federal, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE nº 855178/SE – Tema 793), do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, acima exposta.

Ademais, o **periculum in mora** comprova-se pela própria demora da prestação jurisdicional, uma vez que trata-se de ação judicial que visa o fornecimento de medicamento de alto custo para paciente do SUS, que necessita da medicação pleiteada para manutenção de sua

saúde.

Todavia, acaso assim não entenda Vossa Excelência, conforme as razões recursais demonstradas, **requer seja atribuído efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento**, para suspender a decisão recorrida até o julgamento de mérito, com fulcro no art. 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil.

4 CONCLUSÃO

Diante de todos os argumentos de fato e direito acima expostos, **requer:**

a) A antecipação dos efeitos da tutela recursal pretendida, para reformar a decisão interlocutória agravada (Evento72), proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, no dia 07/06/2023, que “delegou ao Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná (HCUFPR) as atribuições inerentes à aquisição, controle e disponibilização do medicamento deferido à parte autora”, e excluir a obrigação imposta à Agravante;

b) Alternativamente, seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso de agravo de instrumento até seu final julgamento de mérito, com fulcro no art. 1.019, inciso I, do CPC;

c) No mérito, seja conhecido o presente recurso de agravo de instrumento e, ao final PROVIDO, para reformar a decisão interlocutória agravada e excluir a obrigação imposta à Agravante, por estar em flagrante contrariedade ao disposto no art. 5º, inciso II e LV, art. 23, inciso II, e art. 196 da Constituição Federal, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE nº 855178/SE – Tema 793), do Superior Tribunal de Justiça e de diversas Turmas dos Tribunais Regionais Federais, acima exposta;

d) a intimação da parte agravada, na pessoa de seu procurador, para oferecimento de resposta ao recurso.

Termos em que, pede deferimento.