

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1060052-53.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada SEBASTIANA SALES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES E OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2021.

RICARDO DIP

Relator

Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Público

Apelação Cível 1060052-53.2018.8.26.0053

Procedência: São Paulo

Relator: Des. Ricardo Dip (Voto 57.493)

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Apelada: Sebastiana Sales dos Santos

Interessada: Municipalidade de São Paulo

MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. CUSTEIO PELO PODER PÚBLICO.

- Adriano DE CUPIS, no merecidamente clássico l Diritti della Personalità, lecionou que a tutela complementar da vida, da integridade física e da saúde reclama a garantia dos meios econômicos e financeiros idôneos a prover os cuidados necessários à preservação ou reintegração desses bens da personalidade, e observou que o Estado se obriga a assegurar o fornecimento desses meios para tornar possível a gratuidade da cura dos necessitados.

- “O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele” (RE 226.835 - STF , j. 14-11-1999).

Não provimento da remessa obrigatória e da apelação fazendária.

RELATÓRIO:

1. Sebastiana Sales dos Santos impetrou mandado de

segurança contra ato do Secretário da Saúde do Município de São Paulo, com o escopo de obter o gratuito fornecimento das medicações *sofosbuvir*, *daclatasvir* e *ribavirina*, necessários para a terapia de hepatite C crônica, mal de que padece.

2. Concedeu-se a medida liminar (e-págs. 367-8), e, na sequência, emendou-se a inicial para incluir o Secretário da Saúde do Estado de São Paulo no polo passivo (e-págs. 381 e 402).

3. A r. sentença concedeu a segurança (e-págs. 460-5), resultado pelo qual opinara a Promotoria pública da Comarca (e-págs. 448-59).

4. Do decidido, ao par de remessa necessária, apelou a Fazenda paulista, arguindo, em síntese, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que, de acordo com o protocolo clínico para o tratamento de hepatite C vigente no Sistema Único de Saúde, a responsabilidade pela aquisição das medicações seria da União, cabendo aos Estados somente distribuí-los (e-págs. 473-82).

Não se respondeu ao recurso (e-pág. 497).

Ensejou-se vista dos autos à Procuradoria Geral de Justiça (e-págs. 507-13).

É o relatório em acréscimo ao da r. sentença, conclusos os autos recursais em 2 de fevereiro de 2021 (e-pág. 502).

VOTO:

5. O STJ, em 26 de abril de 2017, decidiu afetar o REsp 1.657.156 à sistemática de recurso repetitivo, e, em consequência, determinar a suspensão, em todo o território nacional, dos processos que versem “obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos **não incorporados em atos normativos** do Sistema Único de Saúde”.

Ocorre que aos **25 de abril de 2018** o STJ julgou, sob o rito do art. 1.036 do Código de processo civil, o mérito do REsp 1.657.156, fixando a tese de que possível a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos da

“(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
(iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.”

Aquela Corte modulou, todavia, expressamente, os efeitos do referido acórdão, entendendo que **“os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento”**.

Em que pese a terem sido distribuídos os autos de origem aos 4 de dezembro de 2018, **não se aplicam, na espécie, os critérios definidos no julgamento do REsp 1.657.156**, uma vez que as medicações aqui postuladas

integram a Relação nacional de medicamentos- Rename 2020, não se tratando, portanto, de medicamentos extralista.

Ainda que diverso fosse o entendimento, verifica-se, na espécie, o preenchimento dos requisitos definidos no julgamento do REsp 1.657.156, para possível concessão de medicamento não incorporado em atos normativos do SUS: (a) relatório médico exibido nos autos afirma a necessidade de uso das medicações pleiteadas (e-págs. 29, 50-1, 53-60), (b) restou comprovada a incapacidade financeira da impetrante em arcar com as despesas do tratamento prescrito (e-págs. 10-28), (c) há registro dos fármacos junto à Agência Brasileira de Vigilância Sanitária –Anvisa (e-págs. 64-90, 94-133 e 137-46).

6. Exibiu-se com a petição inicial, nestes autos, **relatório médico** prescrevendo o uso dos medicamentos *sofosbuvir*, *daclatasvir* e *rivabirina* para a terapia de hepatite C crônica (Médicas Livia Guimaraes Moreira Koga -CRM 148.280, e Luiza Fabres do Carmo -CRM 159.425 -e-págs. 29, 50-1 e 53-60).

Esse diagnóstico médico não foi pontualmente adversado pelas autoridades impetradas em suas manifestações (e-págs.382-6, 438-44 e 473-82).

Dessa maneira, há prova bastante, quanto à matéria de fato, para escorar o ajuizamento da demanda.

7. Adriano de CUPIS, no merecidamente clássico / *Diritti della personalità*, lecionou que a tutela complementar da vida, da integridade física e da saúde

reclama a garantia dos meios econômicos e financeiros idôneos a prover os cuidados necessários à preservação ou reintegração desses bens da personalidade, e observou que o Estado se obriga a assegurar o fornecimento desses meios para tornar possível a gratuidade da cura dos necessitados (Milão: Dott. Giuffrè, 1973, p. 148).

Nossa Constituição Federal, em seu art. 196, afirmou que:

“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”.

A jurisprudência dos Tribunais superiores, a despeito de que dissidie quanto à natureza da norma inscrita no art. 196 da Constituição Federal de 1988, vale dizer, se norma de **eficácia contida** (ou restringível) ou se norma **programática**, é consensual em que se aplique ela de imediato, pois, ainda a entender-se **programática**, essa norma

“não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (AgR no RE 271.286 -STF, j. 12-9-2000).

O fato de haver, irrecusavelmente e de comum, um déficit não só restritamente normativo mas, assim o advertiu Sérvulo CORREIA, um déficit de proteção

normativa da saúde, não exclui a necessidade de que se assegure de logo a proteção correspondente:

“A inexistência ou insuficiência de normas jurídicas escritas (afirmou o professor de Lisboa) não dispensa o juiz de descobrir e aplicar o Direito” (“Introdução ao Direito da Saúde”, *in* VV.AA. *Direito da saúde e bioética*. Lisboa: Lex, 1991, p. 45).

Não faltaria até quem preferisse uma propositada lacuna legislativa nesse tema (cf. a paradigmática reflexão epilodal –com o impressivo título “Faut-il légiférer?”– a que se lançou FRANCE QUERÉ, *in* *L'éthique et la vie*. Paris: Odile Jacob, p. 325-32). Todavia, é avistável, sobretudo em Estados nos quais, por força de suas dimensões territorial e pessoal, avulte a polaridade no Poder Judiciário (brevitatis causa, GOMES Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 578), o inevitável risco de a lacuna de leis superar-se judicialmente em desarmonia variada com os critérios que de comum se propõem à consideração prudencial do **legislador**: a saber, articulações entre o social, o político e o jurídico, ou mais agudamente entre a ciência, a ética e o direito (como fez ver MARIE-THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, “La production de normes em matière bioéthique”, *in* VV.AA.. *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: direção de Claire Neirinck, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, p. 43).

De toda a sorte, os **direitos fundamentais** –entre os quais se conta o **direito de ser assistido na enfermidade** (cf. PEREZ. Rafael Gomez. *El libro de los derechos*. Madri: El Drac, 1995, p. 72), como direito imediatamente derivado do **direito à vida** (BLÁZQUEZ.

Niceto. *Los derechos del hombre*. Madrid: BAC, 1980, p. 114 et sqq.)– exigem o **direito de jurisdição** (COLAUTTI. Carlos. *Derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad, p. 93-5), a ponto mesmo de afirmar-se que, em muitas ocasiões, sua tutela “se identifique com os instrumentos de sua proteção judicial” (LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 1995, p. 80). A esse propósito, é de Agustín GORDILLO a gráfica referência de a privação de justiça generalizada para a tutela dos direitos humanos equivaler ao testemunho de que “o rei está nu” (VV.AA. *Derechos humanos*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. VII-1).

É de Jorge MIRANDA este registro:

“Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais” (*Manual de direito constitucional*. Coimbra: ed. Coimbra, 1998, tomo IV, p. 232).

8. No âmbito da legislação infraconstitucional, após a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispor ser a saúde “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (art. 2º), indicou entre os objetivos do Sistema Único de Saúde -SUS

“a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas” (art. 5º, inc. III),

e enunciou em seu art. 7º:

“As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

II- integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Os modos regulares como, para adquirir e fornecer equipamentos exigíveis, deve atuar o Estado –segundo previdente planejamento– não podem marginalizar o direito fundamental de recebê-los os necessitados.

Norma programática, ou talvez de aplicação imediata –tal o afirmou o saudoso Ministro FRANCIULLI NETTO, do eg. STJ (cf. REsp 212.346, j. 4-2-2002)–, acaso de eficácia contida (*rectius*: restringível, na referência de MICHEL TEMER), a do art. 196 da Constituição Federal de 1988, não pode, em todo caso, ser limitada por práticas administrativas que, em vez das **diretrizes** dessa norma constitucional, lancem-se a tardias sendas burocráticas, reticentes em atender a um direito fundamental, como se arrola o da saúde (art. 6º da CF-88), sobretudo posta em risco manifesto uma vida humana, vida que é o mais nobre dos bens da personalidade.

9. A normativa constitucional (arg. art. 198 da CF-88), e também a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 –a

dispor sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, e, além de outras providências, para a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes— fundam o juízo de solidariedade competencial dos distintos níveis do Poder Público da federação brasileira no que respeita ao fornecimento gratuito de medicamentos, postos os requisitos que o imperem.

É reiterado, a esse propósito, o entendimento jurisprudencial que conclui ser da

“competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, § 1º, da Constituição Federal” (REsp 656.296, j. 21-10-2004).

No mesmo sentido, lê-se na ementa de precedente da 1ª Turma da mesma egrégia Corte de Justiça que

“O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Município configurada” (REsp 439.833, j. 28-3-2006).

O STF, ao julgar o mérito de recurso extraordinário com repercussão geral sobre o tema, reiterou a jurisprudência da Corte no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de tratamento médico (RE 855.178, j. 3-5-2015).

a faculdade de estabelecer a metódica de compensação dos dispêndios correspondentes, não se autoriza, contudo, impor restrições administrativas aos particulares para a persecução de uma garantia prevista na Constituição Federal.

10. O STF, no julgamento dos embargos declaratórios opostos no RE 855.178 (j. 23-5-2019), fixou a seguinte tese:

“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**” (o destaque não é do original)

Versando a espécie caso de medicações tidas por de urgente ministração, o ingresso de outros entes políticos na demanda –com remessa dos autos à Justiça Federal– não pode ensejar o atraso da solução da lide, em risco de prejuízo irreparável para a impetrante.

Isso tanto mais se há de considerar quanto se tenha em vista que a solidariedade de devedores é benefício do credor, a quem incumbe escolher contra quem demandar.

A solidariedade dos integrantes do Sistema Único de Saúde é, na espécie, um vínculo *ope legis* que consagra uma responsabilidade **compartida** integral –e não **repartida** em cotas para cada um dos entes políticos do Estado federal (a saber, União, Estados-membros,

Municípios): trata-se aí de uma responsabilidade do **próprio Estado**, por inteiro, de sorte que a divisão de ônus e dispêndios é questão interna, primeiramente administrativa, questão própria da orgânica da Federação, sem direta influência nas relações externas do Estado com o credor.

Ressalva-se à Fazenda recorrente, todavia, pleitear o ressarcimento do encargo financeiro ao ente da federação que entenda responsável, nos termos do decidido pelo STF.

11. A separação de poderes ou funções da soberania política não afasta do Judiciário a competência para a apreciação de possível lesão de direito individual, objeto da espécie. Não há maltrato, neste âmbito, do princípio da conformidade funcional com a incidência normativa em pauta.

Não é de admitir que, no aventável confronto entre o bem jurídico **vida** e os interesses político-administrativos, prevaleçam estes àquele: não há discricionariedade admissível da Administração Pública que se compagine com possível abdicação do dever de suprir o necessário para preservar a **vida humana**, bem jurídico fundamental.

A discricionariedade dos governos é a escolha dos meios propícios à salvaguarda do bem comum: “*al governo, diz muito bem Danilo CASTELLANO (La verità della politica. Milão: Scientifiche Italiane, 2002, p. 58), non è data la scelta del fine ma solamente quella dei mezzi*”, sobretudo quando se trate de bens da personalidade, porque não há bem comum possível com o

maltrato daqueles bens, maxime o da vida.

Recruta-se, a propósito, de ementa de julgado do egrégio Supremo Tribunal Federal:

“O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele” (RE 226.835, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 14-12-1999).

Por mais razoáveis se mostrem as diretrizes administrativas e a invocação de óbices orçamentários, não podem eles, à conta de reserva do possível, impor restrições à larga **fundamentalização** do bem da saúde pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Não é de admitir, com efeito, que a cláusula de “reserva do possível”, exatamente por sua principalidade econômica, importe na negativa dos direitos fundamentais de primeira geração ou primeira dimensão, restringindo-se, pois, ao âmbito dos direitos de segunda geração (ou dimensão: cf. INGO WOLFGANG STALET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 301 et sqq.), só se reconhecendo, quanto aos direitos de primeira geração, a possibilidade de cláusulas restritivas diretamente autorizadas pela Constituição (v. QUEIROZ. Cristina. *Direitos fundamentais*. Coimbra: 2002, p. 203 et sqq.).

O tema, pois, entre nós, é juspositivo-

constitucional, o que define, por óbvio, a atuação do Poder Executivo e limita a do Poder Judiciário, ainda que não se deva, de *iure condendo*, afastar a **prudência** de um juízo realista como o exprimido por Manfred LÜTZ com as vistas postas no ordenamento jurídico alemão:

“Por isso –com base evidentemente em um instinto sadio– a ninguém veio ainda à mente a idéia, **catastrófica** do ponto de vista do financiamento, de conferir à saúde o grau de bem tutelado na Constituição” (cito pela tradução italiana, *Il piacere della vita*. Milão: San Paolo, 2008, p. 15; o destaque não é do original).

Sequer, de resto, cabe admitir a restrição do direito à saúde dentro nos lindes –frequentemente invocados– da Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, porque, como se asseverou alhures (Ag 668.496 deste Tribunal de Justiça), se se permitisse essa restrição, todo julgamento, no Direito Público, que condenasse entes estatais a determinadas ações, ficaria adstrito à sua conformidade com o anteriormente planejado pela Administração Pública. Em outras palavras, admitida a tese sustentada pela recorrente, essa Lei de Responsabilidade Fiscal só concederia ao Judiciário a possibilidade de decidir contra o Poder Público se, no orçamento desse Poder, já houvesse previsão do desate condenatório.

12. Diagnosticou-se que a requerente é portadora de hepatite C crônica, prescrevendo-se o uso das medicações *sofosbuvir*, *daclatasvir*, e *ribavirina*, cujo custeio pelo Poder Público corresponde à indicada necessidade da impetrante, com presunção *iuris tantum*.

13. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e

ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, meu voto nega provimento à remessa necessária e à apelação da Fazenda do Estado de São Paulo, mantendo a r. sentença prolatada nos autos de origem n. 1060052-53.2018 da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

Des. RICARDO DIP –relator
(com assinatura eletrônica)