



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000340289

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1000148-23.2024.8.26.0076, da Comarca de Bilac, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado TAMARA MARTINS SANCHES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) E BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

DJALMA LOFRANO FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 27368

Apelação Cível nº 1000148-23.2024.8.26.0076

Comarca: Bilac

Recorrente/Apelante(s): Juízo *Ex Officio*, Estado de São Paulo

Recorrido(a)/Apelado(a): Tamara Martins Sanches

Juiz Sentenciante: Dr.(a) João Alexandre Sanches Batagelo

RELATOR: DJALMA LOFRANO FILHO

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO INCORPORADO. Pretensão da autora, portadora de melanoma maligno da pele (CID C-43), de obter o fármaco Nivolumabe 240 mg a cada duas semanas ou Nivolumabe 480 mg a cada quatro semanas, pelo período de 12 meses. Medicamento incorporado ao SUS para a doença que acomete a autora, por meio da Portaria SCTIE/MS nº 23. Sentença de procedência na origem. 1. Recurso voluntário do Estado de São Paulo direcionado apenas ao reconhecimento de sua ilegitimidade passiva “ad causam”. Desnecessidade de inclusão da União no feito. Aplicação da modulação do Tema 1.234 do STF, conforme decidido nos embargos de declaração opostos pela União (RE 1.366.243 ED). 2. Reexame necessário. Inaplicabilidade do Tema 6 do STF e do tema 106 do STJ. Necessidade de dispensação comprovada. Dever constitucional do Estado de garantir a saúde de todos os cidadãos, nos termos do art. 196 da Constituição Federal. Ausência de ingerência indevida do Judiciário na gestão das verbas públicas, configurando tão somente a garantia de assistência integral à saúde. Precedentes. 3. Pedido de majoração dos honorários advocatícios formulado em contrarrazões. Impossibilidade. Pretensão que deveria ter sido deduzida em recurso de apelação. Inteligência do art. 1.009, § 1º, do CPC. Sentença mantida. Majoração da verba honorária pela sucumbência recursal (art. 85, § 11, do CPC). Recursos não providos.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por Tâmara Martins Sanches contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Na sentença de fls. 193/200, foi julgado procedente o pedido da autora, para condenar a requerida a fornecer à parte autora o medicamento Nivolumabe 240 mg ou Nivolumabe 480 mg, na quantidade prescrita, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, limitada a R\$ 30.000,00, pelo período de 12 (doze) meses, tornando definitiva a liminar concedida às fls. 99/102. Além disso, foi determinado que a parte autora deverá se cadastrar junto a uma unidade CACON/UNACON, no prazo de 30 dias, mediante comprovação nos autos, bem como apresentar relatório atualizado de seu estado clínico a cada 03 meses, sob pena de cessação do fornecimento. Sucumbente, a FESP foi condenada a arcar com o pagamento de honorários advocatícios, arbitrados equitativamente em R\$ 1.000,00 (art. 85, § 8º, do CPC).

Inconformada, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação, com os seguintes argumentos: a) o objeto do tratamento oncológico se encontra incorporado, devendo ser feita a remessa imediata à Justiça Federal, em razão da concessão de tutela proferida no RE 1.366.243 (Tema nº 1.234), no item 5.1; b) para as demandas sobre tratamentos oncológicos incorporados, sem sentença até 17/04/2023, cabe a remessa à Justiça Federal, por força da aplicação da tutela (confirmada); c) trouxe julgados em suporte à sua tese; d) o financiamento do tratamento oncológico é efetuado pela União, por meio do Ministério da Saúde (art. 8º, inc. II, da Portaria GM/MS nº 876, de 16/05/2013), sendo também de competência do Ministério da Saúde garantir o financiamento para o tratamento do câncer (Portaria de Consolidação nº 02/2017, do Ministério da Saúde, Capítulo VII, art. 42, II); e) a União é o ente federativo responsável, conforme a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde (item 5.1 da tutela); f) pugna, ao final, pelo provimento do recurso, para determinar a remessa imediata à Justiça Federal, em razão da existência de

litisconsórcio necessário com a União (fls. 222/230).

Foram apresentadas contrarrazões, ocasião em que a parte autora pugnou pelo não conhecimento do recurso, uma vez que o pedido direcionado à inclusão da União na lide foi objeto de recurso anterior, bem como pleiteou a majoração dos honorários advocatícios fixados em primeiro grau de jurisdição (fls. 237/243).

É o relatório.

Preliminarmente, embora a matéria referente ao pedido de inclusão da União no feito já tenha sido objeto de julgamento anterior por este colegiado, conforme se extrai do acórdão de fls. 173/181, faz-se necessária a reapreciação da matéria, ante o julgamento do recente tema de repercussão geral nº 1.234 pelo STF.

Dito isso, cumpre esclarecer que, como o medicamento pretendido, Nivolumabe, foi incorporado ao SUS para o tratamento da enfermidade que acomete a parte autora, por meio da Portaria SCTIE/MS nº 23, não se aplica ao caso a tese jurídica firmada pelo STF por ocasião do julgamento do RE nº 566.471-RN (Tema nº 6), nem o que foi estabelecido pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.657.156/RJ, Tema 106, em sede de recurso repetitivo. Dessa forma, aplica-se ao caso, exclusivamente, o decidido no Tema 1.234 do STF.

Feitas essas observações, passa-se à análise do recurso voluntário.

Como cediço, a responsabilidade de fornecimento

gratuito de tratamento médico/medicamento aos hipossuficientes é solidária da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante previsto no art. 23, II, da Constituição Federal.

Este comando constitucional foi reforçado pelo disposto no art. 198, “caput”, e § 1º, pois em ambos existe menção direta ou indireta da responsabilidade conjunta dos entes federativos.

Por este princípio, a parte necessitada, quando sentir violado o seu direito, possui a faculdade de ajuizar a ação contra qualquer deles ou contra todos. A responsabilidade conjunta dos entes federativos à prestação de serviços de saúde traduz-se em uma responsabilidade solidária, levando aos cidadãos o direito de escolha, ao seu critério, do ente público contra o qual deseja demandar.

Como se sabe, a obrigação de natureza solidária e concorrente enseja ao credor a possibilidade de promover a ação perante qualquer um dos credores solidários para cobrar-lhe a totalidade da prestação, sendo facultativa a formação de litisconsórcio passivo.

Nesse sentido, aliás, a Súmula nº 37 deste Egrégio Tribunal de Justiça, que assim dispõem: “*A ação para o fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno*”.

Acresce mencionar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 855178/SE, por maioria de votos, confirmou a orientação no sentido da solidariedade dos entes públicos nas demandas prestacionais na área de saúde, fixando a seguinte tese de repercussão geral

(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"* (Relator para o Acórdão o Ministro Edson Fachin, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019).

De acordo com esta decisão do STF, o autor da ação escolhe contra quem pretende demandar, cabendo ao magistrado, em eventual ação regressiva, determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Referida decisão do STF não altera o entendimento ora adotado, mas com ele se coaduna, pois o redirecionamento do cumprimento da obrigação, conforme as regras de repartição de competência, com eventual ressarcimento de quem suportou o ônus financeiro, deve ser discutido em ação própria, não cabendo análise desta questão nos presentes autos.

Entendimento em contrário caracteriza infringência frontal da Constituição Federal, pois estar-se-ia utilizando de aspectos meramente formais e processuais para aniquilar a concretização de um direito fundamental social de tão relevante envergadura.

Por outro lado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 16/09/2024, ata de julgamento publicada em 19/09/2024, finalizou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.366.243 SC, sob a sistemática de repercussão geral no Tema 1.234, sintetizado em

súmula vinculante nº 60, na forma do art. 103-A da Constituição Federal, com a seguinte redação:

“O pedido e a análise administrativos de fármacos na rede pública de saúde, a judicialização do caso, bem ainda seus desdobramentos (administrativos e jurisdicionais), devem observar os termos dos 3 (três) acordos interfederativos (e seus fluxos) homologados pelo Supremo Tribunal Federal, em governança judicial colaborativa, no tema 1.234 da sistemática da repercussão geral (RE 1.366.243)”.

A Corte Superior modulou os efeitos da referida decisão, nos seguintes termos:

“Por fim, modulou os efeitos da presente decisão, unicamente quanto ao deslocamento de competência (item 1 do acordo firmado na Comissão Especial nesta Corte), determinando que somente se apliquem aos feitos que forem ajuizados após a publicação do resultado do julgamento de mérito no Diário de Justiça Eletrônico, afastando sua incidência sobre os processos em tramitação até o referido marco, sem possibilidade de suscitação de conflito negativo de competência a respeito dos processos anteriores ao referido marco jurídico”.

Muito embora, inicialmente, tenha sido fixado que a modulação se aplicaria unicamente aos medicamentos não incorporados aos atos normativos do SUS, o STF, por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pela União (RE 1366243 ED), tão somente para abarcar também os medicamentos incorporados. Confira-se:

“Decisão: (ED) O Tribunal, por unanimidade, 1) não conheceu dos embargos opostos pelos amici curiae e por Vinícius Aluísio de Moraes, como assistente, por ausência dos requisitos legais; 2) rejeitou os embargos de declaração opostos pelo Estado de Santa Catarina, mas os acolheu a título de esclarecimentos e sem efeitos modificativos para constar do item 1, referente à “Competência”, a seguinte redação: “1) Para fins de fixação de competência, as demandas relativas a medicamentos não incorporados na política pública do SUS e medicamentos oncológicos, ambos com registro na ANVISA, tramitarão perante a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, quando o valor do tratamento anual

específico do fármaco ou do princípio ativo, com base no Preço Máximo de Venda do Governo (PMVG – situado na alíquota zero), divulgado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED - Lei 10.742/2003), for igual ou superior ao valor de 210 salários mínimos, na forma do art. 292 do CPC”; e 3) acolheu parcialmente os embargos opostos pela União, tão somente quanto à modulação dos efeitos da decisão no que se refere à competência, para abarcar também os medicamentos incorporados, devendo ser suprimido do Capítulo 5 do voto condutor do acórdão embargado a remissão ao "item 1 do acordo firmado na Comissão Especial", por referir-se unicamente aos medicamentos não incorporados. Consequentemente, os efeitos do tema 1234, quanto à competência, somente se aplicam às ações que forem ajuizadas após a publicação do resultado do julgamento de mérito no Diário de Justiça Eletrônico, afastando sua incidência sobre os processos em tramitação até o referido marco, sem possibilidade de suscitação de conflito negativo de competência a respeito dos processos anteriores ao referido marco jurídico. Tudo nos termos do voto do Relator. O Ministro Luiz Fux acompanhou o Relator com ressalvas. Plenário, Sessão Virtual de 6.12.2024 a 13.12.2024” – grifo nosso.

Desta forma, consoante o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, é aplicável a modulação de efeitos a todos os processos envolvendo o fornecimento de medicamentos, incorporados ou não nos atos normativos do SUS, ajuizados antes da publicação do resultado do julgamento de mérito no Diário de Justiça Eletrônico em 19/09/2024, hipótese verificada no presente processo.

Desprovê-se, portanto, o recurso interposto pela Fazenda Pública Estadual.

Passa-se, então, ao exame do recurso oficial.

Verifica-se, dos documentos encartados nos autos, que a autora foi diagnosticada com melanoma maligno da pele (CID10: C-43) e necessita, para seu tratamento, do medicamento nivolumabe 240mg ou nivolumabe 480mg, pelo período de 12 meses (fls. 39/40 e 41/44 dos autos originários).

Em relação à necessidade do tratamento, a autora juntou aos autos (fl. 39) um relatório médico, datado de 01 de fevereiro de 2024, sucinto e objetivo, no qual o profissional que a acompanha, Dr. Francisco Urbano Collado, CRM 59.242, oncologista, atestou, *in verbis*:

*“Paciente Sra. **Tamara Martins Sanches**, portadora de melanoma em coxa esquerda desde maio/2023, sendo realizado procedimento de exérese lesão em coxa esquerda em 14/09/2023, AP melanoma cutâneo Breslow 1,8 mm, Nível de Clark IV em 20/09/2023.*

Realizado em 15/12/2023 ampliação de margem em coxa esquerda esvaziamento inguinal esquerdo, AP metástase de melanoma inguinal linfonodo sentinela 2mm, sem extravasamento.

BRAF selvagem.

Como protocolo indicado imunoterapia com Nivolumabe 240mg via venosa, esquema à cada duas semanas ou Nivolumabe 480mg via venosa à cada 4 semanas, sendo os dois protocolos por 12 meses.” – grifo nosso.

Não passa despercebido que a autora já foi submetida a diversos procedimentos cirúrgicos anteriores e, ainda assim, faz-se necessário o uso da referida medicação para evitar a progressão do quadro de câncer (fls. 39/44).

Ademais, extrai-se do atestado trazido a fl. 42, de lavra da médica Dra. Gisele Melo Gonçalves, CRM 165601, que atendia a agravante por meio de convênio entre o hospital particular e o Sistema Único de Saúde, que a paciente necessita de imunoterapia não fornecida pelo SUS e a quimioterapia fornecida pelo serviço público não lhe traria benefícios.

Confira-se o seguinte trecho do indigitado atestado:

*“(...) Impressão diagnóstica Melanoma de coxa operado Ellis. Paciente apresenta atualmente **indicação de adjuvância com***

imunoterapia, porém no SUS não dispomos de tal medicação, apenas de quimioterapia, o qual não confere ganho de sobrevivência, desta forma não indicamos” – grifo nosso.

Convém ainda ressaltar que a autora é hipossuficiente e não possui condições financeiras para arcar com o tratamento, sem prejudicar a própria subsistência e a de sua família, sendo, inclusive, beneficiária da gratuidade da justiça (fls. 103).

Por conseguinte, comprovada a condição de hipossuficiência da recorrida, bem como a necessidade dos medicamentos pleiteados, conclui-se pelo acerto da sentença ao determinar o fornecimento do tratamento prescrito.

Como não se desconhece, a Constituição Federal, em seu art. 196, estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurando a todos os cidadãos o recebimento de medicamentos, procedimentos ou congêneres.

Anote-se que os preceitos contidos na Carta Magna são expressos e independem de regulamentação específica para gerar seus efeitos.

E não se trata de ignorar o princípio da separação dos poderes (art. 2º, da CF/88), mas de preservar a vida da parte necessitada, mediante a concessão de medida que tem previsão constitucional.

Saliente-se, ainda, que a decisão judicial que determina o cumprimento de um preceito constitucional não implica em intromissão na utilização de gestão das verbas públicas, mas tão-somente garantia de integral assistência à saúde.

Diante da parcimônia ou omissão do Estado, o desenvolvimento da atividade jurisdicional não expressa qualquer ingerência indevida na área de competência do Poder Executivo, vez que a parte pretende tão somente o cumprimento do dever constitucional do Estado de preservar e recuperar a saúde, valendo-se, para tanto, da interpretação empregada para a regra do artigo 196 da Constituição Federal.

Também não há que se falar em privilegiar a parte autora em detrimento de outras pessoas em igual situação. Em razão da gravidade de sua condição de saúde, necessitou provocar a máquina judiciária para obter o medicamento, demonstrando o seu interesse de agir.

Em verdade o Poder Judiciário, assim agindo, apenas cumpre sua função típica com vista à execução dos encargos cometidos por lei ao Estado, pois diante da omissão do Poder Executivo cabe ao Poder Judiciário decidir pela adequada solução.

De igual forma, não se há cogitar de violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade, quando se está a exigir apenas que o Estado cumpra seu encargo constitucional de prestar, de forma efetiva, ou, ao menos, favorecer os serviços de saúde, a quem deles necessita.

A despeito das dificuldades do sistema público de saúde em bem atender a toda a demanda, tem o cidadão o direito de exigir que as suas necessidades de saúde sejam prontamente atendidas, especialmente para evitar que se agravem.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados deste E.

Tribunal de Justiça:

“SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. 1. Obrigação solidária dos entes públicos (Tema nº 793/STF). 2. Fornecimento do medicamento Nivolumabe pelo ente público, do qual o paciente necessita para tratamento da doença. Dispensação de fármaco padronizado, cuja indicação e urgência foram atestadas pelo médico competente. Demanda que não se sujeita aos requisitos do Tema 106 do STJ. Garantia do direito à saúde e à vida. Inteligência do art. 196, da CF, e do art. 219, parágrafo único, item 4, da CE. 3. Recursos denegados”. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1000853-35.2023.8.26.0309; Relator (a): Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2023; Data de Registro: 04/08/2023).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO (NIVOLUMABE) PARA TRATAMENTO DE MELANOMA METATÁSTICO. Pleito de inclusão da União Federal no polo passivo do feito pelo Município de São José dos Campos. Impossibilidade. Direito à saúde. Exegese do artigo 196 da Constituição Federal. Responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde compartilhada por todos os entes públicos. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isolada ou conjuntamente, não havendo falar em inclusão da União na lide. Tema nº 793, STF. O aludido tema não afastou a solidariedade, tampouco deu margem para que se alargue o âmbito da relação processual. Entendimento jurisprudencial desta eg. Corte estratificado nos verbetes sumulares 29 e 37. A corroborar, IAC nº 14 (Processos-Paradigma nº 187.276/RS; 187.533/SC; e 188.002/SC julgados pelo col. STJ). Incorporação do fármaco nivolumabe ao Sistema Único de Saúde consoante ato normativo expedido pelo Ministério da Saúde (Portaria SCTIE/MS nº 23). Prazo fixado pelo juízo de origem que se revelou suficiente para a almejada dispensação. Manutenção da r. decisão recorrida in totum. RECURSO DESPROVIDO”. (TJSP; Agravo de Instrumento 2276943-74.2022.8.26.0000; Relator (a): Márcio Kammer de Lima; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/01/2023; Data de Registro: 19/01/2023).

“ILEGITIMIDADE PASSIVA. Inocorrência. Obrigação solidária entre os entes federados. Matéria pacificada pela Súmula nº 37 deste Tribunal. Incabível a integração da União na lide. Observância do Tema 793 do STF. Preliminar rejeitada. MEDICAMENTOS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Autor portador de melanoma uveal avançado no olho direito. Fornecimento dos medicamentos Nivolumabe 100 mg e Ipilimumab para

tratamento de sua doença. Prova pré-constituída da necessidade do medicamento, aliada à urgência da medida. Medicamento padronizado do SUS. Portaria SCTIE/MS Nº 23, de 04/08/2020, para câncer metastático. MEDICAMENTOS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Autor portador de melanoma uveal avançado. Fornecimento dos medicamentos Nivolumabe 100 mg e Ipilimumab. Indisponibilidade do direito à saúde que prevalece em face dos protocolos instituídos pelo Administrador. Art. 196 da Constituição Federal, norma de eficácia imediata. Tutela jurisdicional que não interfere na discricionariedade da Administração Pública. Óbices orçamentários. Política pública que se pressupõe contemplada nas leis orçamentárias. Decisão mantida. Recurso improvido”. (TJSP; Agravo de Instrumento 3006078-90.2022.8.26.0000; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Barretos - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/10/2022; Data de Registro: 05/10/2022).

Por fim, impossível acolher o pedido de majoração dos honorários advocatícios, formulado em sede de contrarrazões ao recurso de apelação.

Dispõe o art. 1.009, § 1º, do CPC que:

“Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

Como é possível notar, em contrarrazões de recurso de apelação, a parte só pode fazer pedidos relacionados à matéria que poderia agravar durante o trâmite processual.

Logo, a insurgência quanto à majoração da verba de sucumbência não pode ser realizada em sede de contrarrazões, sendo necessária a interposição do recurso de apelação para análise desta questão.

Desprovido o recurso voluntário, majoram-se os honorários recursais para R\$ 1.100,00, nos termos do art. 85, § 11, do Código



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de Processo Civil.

Diante do exposto, nega-se provimento aos recursos,
mantida a sentença.

DJALMA LOFRANO FILHO
Relator