



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000426363

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002754-94.2022.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que é apelante LUCILA DA SILVA OLIVEIRA, são apelados MUNICÍPIO DE PEDERNEIRAS, ESTADO DE SÃO PAULO e SECRETARIO DE SAUDE DO MUNICIPIO DE PERDENIRAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

SILVANA MALANDRINO MOLLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL N.º 1002754-94.2022.8.26.0431

Apelante: LUCILA DA SILVA OLIVEIRA

Apelados: SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE PEDERNEIRAS;
FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca: PEDERNEIRAS – 2.^a VARA JUDICIAL

Juiz de origem: MARCOS VINICIUS KRAUSE BIERHALZ

VOTO N.º 24.585

***Ementa:* DIREITO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RECURSO PROVIDO.**

I. CASO EM EXAME

1. Recurso de Apelação Cível interposto por Lucila da Silva Oliveira contra sentença que denegou a segurança em Mandado de Segurança impetrado contra o Secretário Municipal de Saúde de Pederneiras e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. A impetrante alega direito líquido e certo ao fornecimento do medicamento TRULICITY 1,5MG, registrado pela ANVISA.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. (i) A questão consiste na obrigação do poder público de fornecer medicamento não padronizado pelo SUS. (ii) Preenchimento dos requisitos do Tema 106 do STJ.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Laudo médico fundamentado comprova a necessidade do medicamento TRULICITY para tratamento de diabetes mellitus, demonstrando a ineficácia de outros medicamentos fornecidos pelo SUS e o registro na ANVISA.

4. A impetrante demonstrou incapacidade financeira para arcar com o custo do medicamento, sendo beneficiária da gratuidade de justiça.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. **Recurso provido.** Concedida em parte a segurança para determinar o fornecimento do medicamento TRULICITY 1,5MG à impetrante, sob pena de multa diária.

Tese de julgamento: 1. Direito ao fornecimento de medicamento não padronizado quando comprovada a necessidade e incapacidade financeira, além do registro na ANVISA. 2. Aplicação do Tema 106 do STJ.

Legislação e jurisprudência relevantes citadas: CF, arts. 1º, III, 5º, § 1º, 6º, 23, II, 196, 198; CPC, arts. 485, IV e VI, 487, I, 496, §3º, III, 1.002, 1.013, *caput*, 1.025, 1.026, § 2º; Lei n.º 12.016/09, art. 25; Lei n.º 8.080/90, art. 19-M, I; RE 855.178/SE, Tema 793; REsp n.º 1.657.156/RJ, Tema 106; Apelação 1000368-29.2023.8.26.0311, Rel. Paulo Cícero A. Pereira, j. 24/03/25; Apelação 1024269-70.2024.8.26.0576, Rel. Paola Lorena, j. 12/03/25.

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Lucila da Silva Oliveira contra a r. sentença de fls. 187/191 de denegação da ordem, proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado por ela em face do Secretário Municipal de Saúde do Município de Pederneiras e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

A parte dispositiva:

“Ante o exposto, com fundamento no art. 485, IV e VI do CPC, JULGO EXTINTO O FEITO, sem resolução de mérito, em relação ao Estado de São Paulo e, com fulcro no art. 487, I do Código de Processo Civil, DENEGO A SEGURANÇA, REVOGANDO-SE a liminar deferida nos autos.

Em razão da sucumbência, condeno a impetrante ao pagamento de custas. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, em razão do disposto no art. 25 da Lei n. 12.016/2009.

Sentença não sujeita à remessa necessária nos termos do art. 496, §3º, III do CPC.” (fls. 191)

Alega a impetrante a fls. 199/209, em breve suma, a presença de direito líquido e certo para a concessão do *writ*, pois juntou aos autos laudo médico fundamentado e circunstanciado sobre a necessidade do fármaco TRULICITY 1,5MG, que é registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além de demonstrar a sua incapacidade financeira de arcar com o custo. Requer o provimento do recurso para a reforma da r. sentença.

Contrarrazões da Municipalidade a fls. 216/223.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça anexado a fls. 250/254, pelo provimento ao recurso com a reforma da r. sentença.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade. No mérito deve ser provido.

Apreende-se dos autos que em 30 de novembro de

2022, a apelante Lucila da Silva Oliveira impetrou o presente Mandado de Segurança em desfavor dos apelados Secretário Municipal de Saúde do Município de Pederneiras e Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Na inicial, em resumo, sustentou que: (a) é portadora de Diabetes Mellitus CID E14 e necessita de tratamento que inclui os medicamentos TRULICITY 1,5MG (cf. emenda da inicial a fls. 41/45) e BUP 300 XR, consoante prescrição médica, que custam, respectivamente, cerca de R\$445,10 por mês (uma dose a cada semana, subcutânea, uso contínuo) e R\$97,42 por mês (um comprimido diário, uso contínuo); (b) não apresenta condições financeiras de arcar com os custos dos fármacos; (c) a Secretária Municipal de Saúde de Pederneiras indeferiu administrativamente a pretensão de fornecimento gratuito dos remédios sob a justificativa de que não integram da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), regulamentada pela Portaria GM/MS nº 3.435 de 08 de fevereiro de 2021.

As pretensões:

- “1) Inicialmente, pelo receio da consumação de prejuízos irreparáveis à esfera da saúde da impetrante, REQUER A CONCESSÃO LIMINAR DA SEGURANÇA PLEITEADA, com fulcro no art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, a fim de ordenar aos impetrados, solidariamente, que dispensem a postulante os medicamentos de que necessita, por tempo indeterminado e de maneira ininterrupta, enquanto perdurar a necessidade do tratamento médico, garantindo-se, ainda, o fornecimento do produto do mesmo fabricante durante toda a duração do tratamento, cumprindo-se, também, os outros itens da Portaria 863 do Ministério da Saúde, como única forma de garantir-lhe o direito à vida;
- 2) Seja concedida a benesse da GRATUIDADE DA JUSTIÇA em razão da autora ser pobre pela acepção jurídica do termo e estar desempregada, conforme garantia constitucional;
- 3) Seja o pedido JULGADO TOTALMENTE PROCEDENTE, com a concessão definitiva da segurança, reconhecendo-se o direito líquido e certo da impetrante, para que os Réus sejam condenados solidariamente ao fornecimento dos medicamentos de que a impetrante necessita, seja aquele específico, indicado nesta inicial como TRULICITY 0,75MG, 1 DOSE A CADA SEMANA, SUBCUTÂNEA, DE USO CONTÍNUO, e BUP XL 300

MG, 1 COMPRIMIDO A CADA 1 DIA, USO CONTÍNUO, de modo que se torne definitivo o teor da decisão antecipatória da tutela jurisdicional – ou outros também indicados posteriormente ao seu tratamento, e que lhe venham a ser prescritos por seu médico, e, tudo, por prazo indeterminado e até quando deles necessitar, sempre, nas quantidades que forem as prescritas pelo profissional médico que o assiste, garantindo-se, ainda, o fornecimento do produto do mesmo fabricante durante toda a duração do tratamento, cumprindo-se, também, os outros itens da Portaria 863 de 12 de setembro de 2002 do Ministério da Saúde, como única forma de garantir-lhe o direito à vida; (...)” (fls. 09)

Na r. decisão de fls. 22/23, o r. Juiz *a quo* concedeu a gratuidade de justiça e determinou a intimação da apelante para comprovar as diretrizes da tese do Tema 106 do E. Superior Tribunal de Justiça. No mais, requisitou ao NAT-jus elaboração de Nota Técnica, formulando, assim, os seguintes questionamentos:

“O medicamento pleiteado é essencial para o tratamento da moléstia que acomete o autor?

O uso contínuo do medicamento pode melhorar sobremaneira a qualidade de vida do menor?

Há, no SUS, outros tratamentos que possuem efeito análogo?”

A Nota Técnica foi juntada a fls. 98/99, contendo parecer desfavorável à impetrante (item 5.2),¹ cuja discussão e conclusão é a que segue, *in verbis* :

“5.1. Evidências sobre a eficácia e segurança da tecnologia:

Não há no relatório apresentado motivo para uso de bup.

Paciente com diabetes tipo 2 que já faz uso de: metformina, glibenclamida, alogliptina e insulina NHP. Solicita-se a troca da alogliptina por dulaglutida. Entretanto, a paciente já faz uso de 4 medicações, cuja eficácia combinada poderia levar ao controle da doença, desde que mudanças de estilo de vida (perda de peso, ajuste da dieta) também sejam feitas. Essa consideração leva em conta inclusive a capacidade da dulaglutida reduzir a hemoglobina glicada, frente à alogliptina. A dulaglutida, assim como outros análogos de GLP-1, conseguem diminuir a hemoglobina glicada em ~ 0,9%. A alogliptina, por sua vez, consegue

¹ “Benefício/efeito/resultado esperado da tecnologia: Redução da hiperglicemia, sem evidência de que com eficácia significativamente maior que a combinação de medicações já usada.”

diminuir a hemoglobina glicada em torno de 0,7%, portanto a eficácia das medicações não é tão diferente e esta troca, por si só, não levaria os exames do paciente para o alvo desejado.”

Diante desse quadro, o r. Juiz de origem rejeitou o pedido liminar (fls. 107/108), consoante parecer ofertado pelo Ministério Público (fls. 106). Todavia, esta C. 3.^a Câmara de Direito Público deu provimento ao Agravo de Instrumento n.º 2182499-15.2023.8.26.0000 (fls. 168/174), com o trânsito em julgado certificado em 29 de novembro de 2023 (fls. 175) e, assim, concedeu a medida de urgência.

Excerto do v. Acórdão:

“Por tudo isso, evidenciadas a probabilidade do direito e o perigo da demora, concede-se a tutela de urgência, a fim de que seja fornecido pelo Município de Pederneiras o medicamento por aquela pleiteado, no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária fixada em R\$300,00, até o limite de R\$30.000,00, no período e quantidade prescritos pelo laudo médico, garantindo-se, assim, o adequado tratamento médico.” (fls. 174)

A Municipalidade prestou as informações-defesa (fls. 127/145). Em resumo, suscitou que a ordem deve ser denegada com base no conteúdo da Nota Técnica, preconizando que não deve ser obrigada a fornecer os medicamentos, consoante entendimento firmado no Tema 106 do E. Superior Tribunal de Justiça. Citou o princípio constitucional da separação dos Poderes bem como a inadmissibilidade de se violar a programação da lei orçamentária, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, apregoando nesse passo a incidência da cláusula da reserva do possível e a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000). Afirmou, finalmente, que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos (insumos) especiais ou de alto custo é da Fazenda Pública do Estado.

Sucederam-se outros atos processuais, como o parecer ministerial pela denegação da segurança (fls. 182/184), até que foi prolatada a r. sentença ora recorrida de extinção do processo sem resolução do

mérito, na forma do art. 485, incs. IV e V, do Código de Processo Civil (fls. 187/191).

Pois bem.

O Poder Constituinte originário elegeu a saúde, na atual Constituição Federal, como direito social fundamental a ser prestado pelo Poder Público à população por intermédio de políticas sociais e econômicas, incumbindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o dever de sua concretização, como preceituam os arts. 6º, 23, inc. II e 196 – repisado pelo art. 219 da Constituição Estadual –, decorrentes do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, inc. III).

José Afonso da Silva ponderou:

“A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam” (*in* “Curso de direito constitucional positivo”, 37.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 844)

Consoante prescreve o artigo 198 da Constituição Federal e a Lei n.º 8.080/1991, o Sistema Único de Saúde (SUS) é baseado no princípio da cogestão, que compreende a participação simultânea de todos os entes estatais, pelo que os serviços públicos de saúde que o integram devem ser prestados de modo regionalizado e hierarquizado. Cumpre a cada ente garantir, em seu âmbito de atuação, o direito de proteção à saúde. Assim é que, cabe ao SUS, atendendo aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais (como a Lei n.º 8.080/1990, Lei Orgânica do SUS), fornecer os medicamentos e tratamentos necessários à proteção ao direito à saúde.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais é disciplinado na Constituição Federal, no § 1.º do art. 5.º, à luz do princípio constitucional da máxima efetividade. Com

efeito, significativa é a posição adotada pela doutrina e pela jurisprudência de que os direitos fundamentais, incluindo, claro, os prestacionais, apresentam eficácia *tout court*, cabendo apenas a delimitação da extensão, em superação ao entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária.

As questões relativas às demandas prestacionais na área da saúde pelo Poder Público, sejam eles padronizados ou não, assim como a composição do polo passivo das demandas, têm sido amplamente discutidas judicialmente, especialmente em razão do crescimento da “Judicialização da Saúde”. Nesse passo, ao apreciar o Recurso Extraordinário n.º 855.178/SE, o E. Supremo Tribunal Federal firmou a tese para o Tema 793 no julgamento dos Embargos de Declaração do RE 855.178/SE,^{2 3} de acordo com o regime da repercussão geral, que é a seguinte:

“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.”

Como assinalado reiteradamente no julgamento do *leading case*, reconhece-se a faculdade do jurisdicionado de demandar em face de todos os entes de forma solidária, isolada ou conjuntamente, como, a propósito, prevê a Súmula n.º 37 dessa E. Corte de Justiça.⁴ Cuida-se, pois, de litisconsórcio passivo facultativo. Portanto, não há óbice à inclusão da Fazenda Pública do Estado de São Paulo no polo passivo da demanda juntamente com a Municipalidade de Pederneiras.

² Dispõe sobre a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.

³ *Leading Case*: RE 855.178/SE, ata do julgamento dos Embargos de Declaração publicada em 04/06/2019, Rel. Min. Luiz Fux

⁴ Enunciado: “A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.”

Prosseguindo, o E. Superior Tribunal de Justiça e o E. Supremo Tribunal Federal consolidaram jurisprudência ao longo dos anos no sentido de que o inc. I do art. 19-M da Lei n.º 8.080/1991, incluído pela Lei n.º 12.401/2011, permite excepcionalmente o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, como fundamentou o Ministro Ademir Benedito no julgamento do REsp n.º 1.657.156/RJ,⁵ um dos dois precedentes qualificados do Tema 106,⁶ que originou a seguinte tese, *in verbis*:

“A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- 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 do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.” (Acórdão dos Embargos de Declaração publicado no DJe de 21/9/2018).

Sobre o primeiro requisito, assume papel de suma relevância o laudo fundamentado e circunstanciado de fls. 46, assinado por médico que presumidamente acompanha a apelante Lucila da Silva Oliveira – pelo que se apreende do seu teor –, o qual deve ser reputado como suficiente para comprovar a necessidade do uso do fármaco TRULICITY, no qual o profissional descreveu a sua eficácia para o tratamento da diabetes mellitus que acomete a paciente, apontando, ao mesmo tempo, as ineficácias de outros

⁵ “Destaque-se, por oportuno, que o tema afetado, obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, trata exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M. Está, portanto, fora do âmbito do presente recurso repetitivo a previsão do inciso II, que trata de procedimentos terapêuticos, como, por exemplo, internações. A questão de fornecimento de medicamentos já possui ampla jurisprudência nesta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que tem entendido que este dispositivo de lei permite que seja deferido o fornecimento de medicamento não incorporado em atos normativos do SUS. Dos julgados existentes é possível extrair alguns requisitos necessários para que o pleito seja deferido.”

⁶ Modulação de Efeitos: os requisitos devem ser exigidos de forma cumulativa apenas em relação aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 04 de maio de 2018 (como se lê do Acórdão dos Embargos de Declaração publicado no DJe de 21/9/2018).

remédios presentes nas listas de dispensação do SUS.

O teor:

“DECLARO PARA DEVIDOS FINS QUE PACIENTE ACIMA ESTÁ EM TRATAMENTO PARA DM TIPO I; JA FOI USADO ANTERIORMENTE GLIBENCLAMIDA, NESINA, GLIFAGE XR, INSULINA NPH E REGULAR SEM SUCESSO. MANTEVE NIVEIS GLICEMICOS EM NIVEIS SATISFATORIOS COM MEDICACAO ATUAL (TRULICITY). NECESSITA DO USO CONTINUO E SEM INTERRUPCAO.”

Com efeito, a Nota Técnica fornecida pelo NAT-jus não deve prevalecer sobre o relatório do médico, o qual deve ser reputado mais adequado para a análise do caso concreto porque foi inegavelmente produzido por profissional que acompanha o quadro clínico da paciente, o qual, assim, encontra-se presumidamente em posição mais favorável para a avaliação médica, especialmente em razão da própria realidade empírica, não apenas teórica.

Esta C. 3.^a Câmara de Direito Público entendeu do mesmo modo, isto é, de que o laudo médico de fls. 46 deve prevalecer no campo da prova pré-constituída produzida pela impetrante, como se pode ler do excerto da fundamentação do já mencionado v. Acórdão do Agravo de Instrumento n.º 2182499-15.2023.8.26.0000, concessivo da medida liminar:⁷

“(…) o Poder Judiciário não é órgão técnico para aferir se o solicitado pelo profissional da área médica é ou não o indicado para a enfermidade do paciente, devendo, então, determinar o fornecimento do quanto solicitado pelo profissional, que é o possuidor do conhecimento necessário para tal mister.

Ademais, a lista de medicamentos/insumos fornecidos não pode ser exclusivamente a ditada pelos órgãos estatais. Novos medicamentos/equipamentos surgem a toda hora, novas técnicas de terapia aparecem a cada minuto. Entretanto, o remédio que funciona com um paciente pode não ser o mais efetivo para outro” (fls. 171, g.n.)

⁷ TJSP; Agravo de Instrumento 2182499-15.2023.8.26.0000; Relator: Marrey Unt; Órgão Julgador: 3.^a Câmara de Direito Público; Foro de Pederneiras - 2^a Vara; Data do Julgamento: 02/10/2023; Data de Registro: 02/10/2023.

Sobre o medicamento BUP 300 XR, não há nos autos laudo médico fundamentado e circunstanciado a respeito de sua eficácia no tratamento da impetrante, o qual, portanto, não deve ser fornecido de forma gratuita pelos litisconsortes passivos, sobretudo porque o pedido recursal limitou-se ao fármaco TRULICITY, à luz do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* (CPC, arts. 1.002 e 1.013, *caput*).

Tocante ao segundo requisito, nos autos há suficiente demonstração da incapacidade financeira da apelante de arcar com o custo do medicamento TRULICITY, que foi avaliada de forma incontroversa pela impetrante em aproximadamente R\$445,10 na época da propositura dessa ação: seja porque se qualificou como desempregada na inicial; seja porque, como é sintomático, foi agraciada com os benefícios da gratuidade de justiça.

Cabe ponderar que a autoridade coatora sustentou genericamente na parte final das suas informações que a impetrante “(...) não demonstrou a incapacidade financeira”, sem especificar, todavia, a assertiva. Ora, há consenso doutrinário e jurisprudencial sobre a necessidade de as partes apresentarem em seus atos processuais alegações específicas, repudiando-se, pois, as genéricas, vagas ou imprecisas, sob pena de, no caso processual em tela, ensejar a falta de eficaz impugnação. Nessa mesma linha, como exemplo da *communis opinio doctorum*, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, assinalaram:

“(...) as partes têm o ônus de alegar e o juiz tem o dever de decidir argumentando com razões jurídicas. Vale dizer: em ambos os casos existe a necessidade dessas interpretações estarem fundadas no Direito (arts. 1.º, CF/1988, e 1.º e 8.º, CPC). Daí que se o juiz tem o dever de fundamentação analítica (arts. 93, IX, CF/1988, e 489, §§ 1.º e 2.º, CPC), **as partes têm o ônus de alegação específica** (arts. 6.º, 9.º e, analogicamente, 489, §§ 1.º e 2.º, CPC). **Isso quer dizer que, em todas as suas postulações (seja com a propositura da ação, seja com o oferecimento da defesa, seja com a interposição do recurso, seja com apresentação das contrarrazões), as partes têm o ônus de alegar de forma especificada: i) a conexão da norma com o caso; ii) o significado do termo vago empregado; iii) o significado do princípio invocado e dos postulados**

empregados para a solução de eventuais antinomias normativas; e iv) as distinções devidas entre os precedentes debatidos em juízo (analogamente, arts. 6.º, 10 e 489, §§ 1.º e 2.º, CPC). Existe, em outras palavras, também uma divisão do trabalho argumentativo entre o juiz e as partes no processo civil.” (in “Código de processo civil comentado” [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, 7.ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, nota 5 ao art. 319, p. 291, g.n.)

Finalmente, sobre o terceiro requisito, a apelante bem demonstrou a existência de registro do medicamento TRULICITY na ANVISA e a indicação do fármaco para tratamento da moléstia, consoante o documento de fls. 74/82, razão pela qual, bem a propósito, estabeleceu-se a competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento desse remédio constitucional, à luz do Tema 500 do E. Supremo Tribunal Federal, em interpretação *a contrario sensu*.

Cabe assinalar que no caso em apreço não revela a hipótese de superação do Tema 106 do E. Superior Tribunal de Justiça pelos recentes Temas 0006 (RE 566.471/RN)⁸ e 1.234 (RE 1.366.243/SC),⁹ ambos do E. Supremo Tribunal Federal, publicados em 30 de setembro de 2024 e 19 de setembro de 2024, cujas teses ampliaram de modo significativo os requisitos previstos no precedente do E. Superior Tribunal de Justiça, tornando-os alguns deles mais rigorosos, como é a exigência da negativa administrativa

⁸ Acórdão publicado no DJE de 30.09.2024, que originou a Súmula vinculante n.º 61, na forma do art. 103-A da Constituição Federal, com o seguinte enunciado aprovado na Sessão Plenária de 20/09/2024: “A concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, deve observar as teses firmadas no julgamento do Tema 6”.

⁹ Acórdão publicado no DJE de 19.09.2024, que originou a Súmula Vinculante n.º 60, na forma do art. 103-A da Constituição Federal, com o seguinte enunciado aprovado na Sessão Plenária de 16/09/2024: “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)”.

e a necessidade da análise das decisões tomadas pela CONITEC,¹⁰ mediante controle de legalidade do ato administrativo.

A razão de que não se deve cogitar da hipótese de *overruling* em relação ao Tema 106 do E. Superior Tribunal de Justiça é simples: proteção à segurança jurídica, à luz do princípio *tempus regit actum*, evitando-se que a impetrante seja surpreendida com entendimento vinculante diverso daquele que regia a demanda quando a interpôs. Assim, as teses dos referidos Temas do E. Supremo Tribunal Federal devem incidir apenas nos casos ajuizados após as publicações dos julgamentos dos seus v. Acórdãos.

Assim vem julgando esta C. 3.^a Câmara de Direito Público, afigurando-se essa, com efeito, a sua orientação sobre esse ponto de direito intertemporal, como revelam, dentre outros, os seguintes precedentes:

“APELAÇÃO. Ação Ordinária de Obrigação de Fazer c/c Tutela Provisória de Urgência. Pretensão da parte autora de que seja imposto à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, a obrigação de fazer consistente no tratamento ao fornecimento do medicamento 'XTANDI (enzalutamida) 40mg', uma vez que o autor foi diagnosticado como portador da doença Neoplasia Maligna de Próstata (CID C61), com Metástase Óssea. Responsabilidade solidária dos entes federados em promover garantias de acesso ao direito à saúde, especialmente diante da necessidade do tratamento que é comprovado pelos documentos médicos emitidos por profissional que o acompanha. Aplicação ao caso dos arts. 6º, 23, 196 e 198, da Constituição Federal; Art. 219, da Constituição do Estado de São Paulo; Lei Orgânica de Saúde n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Observância aos termos da tese fixada no Tema 793, do Supremo Tribunal Federal. Enunciado de Súmula n. 37, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tutela provisória no Recurso Extraordinário 1.366.243/SC (Tema 1.234). Adequação do caso ao Tema 106, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, vez que há recomendação médica para tanto, e ainda, incapaz financeiramente de arcar com o tratamento à base do dito medicamento, que representa alto custo, outrossim, que tal é registrado na ANVISA. Provas constantes nos autos que são suficientes à comprovação do direito alegado. Precedentes. Sentença mantida. Recurso de Apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado

¹⁰ Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

improvido.” (Apelação Cível 1000368-29.2023.8.26.0311; Relator: Paulo Cícero Augusto Pereira; Órgão Julgador: 3.^a Câmara de Direito Público; Foro de Junqueirópolis - Vara Única; Data do Julgamento: 24/03/2025; Data de Registro: 24/03/2025)

“Apelação. Remessa necessária. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência. Direito à saúde. Fornecimento gratuito de medicamento pelo poder público. Nintedanibe (Ofev 150mg). Pessoa portadora de fibrose pulmonar idiopática (CID J84.0). Acesso a serviço público essencial constitucionalmente assegurado a todas as pessoas. Inteligência do art. 196 da CF/88. Pedido julgado procedente na origem. STJ, Tema 106. Observância dos requisitos. STF, Tema 793. Responsabilidade solidária dos entes federados no tocante à assistência à saúde. Possibilidade de ajuizamento da demanda em face de qualquer um dos entes federativos, isolada ou cumulativamente. Medicação não padronizada. Possibilidade de entrega de medicação genérica/'similar equivalente', desde que com o mesmo princípio ativo e na mesma dosagem pleiteada. Impugnação ao valor da causa rejeitada. Arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência por apreciação equitativa nas ações que versem sobre fornecimento de medicamentos e outros tratamentos de saúde. Descabimento da multa diária, tendo em vista a determinação de bloqueio de valores em caso de descumprimento da ordem judicial. Sentença mantida. Recursos oficial e voluntários improvidos.” (Apelação Cível 1024269-70.2024.8.26.0576; Relatora: Paola Lorena; Órgão Julgador: 3.^a Câmara de Direito Público; Foro de São José do Rio Preto – 1.^a Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/03/2025; Data de Registro: 12/03/2025)

“Direito constitucional. Apelação. direito à saúde. Medicamentos e insumos não incorporado ao SUS. preenchimento dos requisitos do Tema nº 106 do STJ. Recurso improvido. I. caso em exame 1. Apelação contra sentença que julgou a ação de obrigação de fazer procedente, concedendo os medicamentos e insumos, diante do cumprimento dos requisitos exigidos pelo STJ, no Tema nº 106. Ii. Questões em discussão 2. (i) direito ao fornecimento do medicamento não padronizado e insumos para tratamento de diabetes(ii) preenchimento dos requisitos previstos no Tema nº 106 do STJ. Iii. razões de decidir 3. Autora que cumpriu os requisitos previstos no Tema nº 106 do STJ (laudo médico fundamentado mostrando ser imprescindível a utilização do medicamento e insumos, que o medicamento fornecido pelo SUS se tornou ineficaz, incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento e, registro na Anvisa), não sendo hipótese, ainda, de aplicação do Tema nº 6 do STF, pois o RE 566.471/RN, não fora julgado à época. Iv. dispositivo e tese.

4. Apelação improvida.” (Remessa Necessária Cível 1502219-73.2024.8.26.0032; Relator: José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3.^a Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/11/2024; Data de Registro: 12/11/2024)

Inviável acolher as teses de violação ao princípio da separação dos Poderes, razoabilidade e proporcionalidade e à cláusula da reserva do possível. No precedente qualificado que originou o Tema 106 do E. Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Ademir Benedito assinalou:

“É preciso destacar que uma das tarefas primordiais do Poder Judiciário é atuar no sentido de efetivar os direitos fundamentais, mormente aqueles que se encontram assegurados na Constituição Federal. Assim, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, quando o Poder Judiciário intervém no intuito de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente, como no caso em análise, em que se busca a tutela do direito à saúde.”

Considera-se a saúde como direito integrante do que se conhece por mínimo existencial,¹¹ meta prioritária na elaboração do orçamento dos entes federados, como de rigor. Trata-se de direito fundamental, razão pela qual sua aplicação imediata encontra fundamento no texto constitucional, isto é, no art. 5.^o, § 1.^o, da Constituição Federal, como já assinalado, daí decorrendo a necessidade de que seja conferida a maior eficácia social possível ao dispositivo para que se possa alcançar o valor constitucional contemplado, de acordo com o princípio da máxima efetividade.

Ingo Wolfgang Sarlet assinalou:

“A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se

¹¹ Isto é, conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna.

cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes. Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde.

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que **sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente - em se cuidando da saúde - da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo.**

Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.

A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade. (...)” (in “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988”, Revista Diálogo Jurídico,

CAJ, n.º 11, setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888, pp. 13-14, g.n.)

Note-se, além disso, que a defesa se limitou a lançar alegações teóricas sobre o tema, genericamente suscitadas sem a demonstração de que o fornecimento do medicamento poderá comprometer de fato as finanças públicas da Municipalidade.

A respeito:

“Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245-246, 2002, Renovar): 'Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial,

como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (STF, ADPF(MC) 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 29/04/2004, Publicação: 04/05/2004)

Assim, a procedência do pedido é de rigor, presente o direito líquido e certo à concessão do medicamento, na forma do art. 1.º, *caput*, da Lei n.º 12.016/2009.

Para finalidade de prequestionamento, considera-se incluídas no v. Acórdão todas as normas constitucionais e federais suscitadas. Dispensa-se a oposição de Embargos de Declaração para este propósito (CPC, art. 1.025), os quais, se considerados protelatórios, sujeitarão a parte à multa prevista nos § 2º do art. 1.026 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de Apelação Cível da impetrante Lucila da Silva Oliveira e **CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA**. A Municipalidade de Pederneiras e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, solidariamente, devem providenciar o fornecimento gratuito do fármaco TRULICITY 1,5MG à impetrante, no prazo de quinze dias, sob pena de multa diária de R\$300,00, até o limite de R\$30.000,00, no período e quantidade prescritos no laudo médico. Observa-se que o fornecimento do medicamento deve ser condicionado à apresentação periódica de prescrição médica, de modo que a apelante deverá apresentar trimestralmente relatório médico que ratifique a necessidade do fármaco, sob pena de suspensão do fornecimento.

Custas na forma da lei.

Descabida a condenação em honorários, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009 e da Súmula 512 do C. STF.

SILVANA M. MOLLO
RELATORA