



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

SENTENÇA

Processo nº: **1010100-55.2017.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Fornecimento de Medicamentos**
 Requerente: **Maria da Graca Lippari Fachini**
 Requerido: **"Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outro**

Justiça Gratuita

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema**

Maria da Graca Lippari Fachini propõe(m) ação contra "Fazenda Pública do Estado de São Paulo e 'MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS e postula a imposição à(s) parte(s) ré(s) da obrigação de fornecer o medicamento "ártico", a ser ingerido juntamente com o colágeno que vem recebendo do poder público por força de decisão judicial.

Liminar concedida por decisão proferida em sede de recurso, fls. 148/149.

As partes rés, citadas, contestaram.

O processo foi saneado, conforme fls. 186/187, determinando-se a colheita de esclarecimentos técnicos junto ao profissional que está realizando o tratamento da autora e que prescreveu a medicação.

Réplica oferecida.

Manifestação da autora às fls. 237/256.

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do CPC-15, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas, valendo lembrar que, "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (STJ, REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04/12/91).

A(s) preliminar(es) não prospera(m), pois o usuário do serviço e ações de saúde pode mover a ação contra qualquer esfera da federação, a responsabilidade é solidária e descabe o chamamento ao processo, cabendo aos entes públicos, eventualmente, promover o acertamento de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

suas responsabilidades *a posteriori*, se o caso mediante ação própria.

Aplicam-se, nesse sentido, as seguintes Súmulas do E. TJSP.

Súmula 29: Inadmissível denunciação da lide ou chamamento ao processo na ação que visa ao fornecimento de medicamentos ou insumos.

Súmula 37: A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.

No mérito, nos termos do art. 196 da CF, a saúde é um "direito de todos" e "dever do Estado", ou seja, consubstancia-se em um direito público subjetivo do indivíduo e da coletividade perante a organização estatal.

Todavia, é inegável a complexidade da questão, tendo em vista que é materialmente impossível assegurar a todos as condições ideais de saúde, em razão da escassez de recursos existente. Como alertado por Stephen Holmes e Cass Sustein, "levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

A respeito, discorre LUIS ROBERTO BARROSO: "Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo - que paga os tributos - quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros." (in Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>)

A questão foi criteriosamente analisada pelo Min. GILMAR MENDES no Agravo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Regimental no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, após amplo e democrático debate, por meio de uma série de audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras do Min. GILMAR MENDES "a judicialização do direito à saúde ganhou extrema importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias".

A complexidade da matéria não pode importar em denegação de Justiça pelo órgão jurisdicional, mas exige, por outro lado, a fixação de critérios para o julgamento, a fim de evitar distorções na perspectiva do SUS e da ordem constitucional, tendo em conta a particularidade de que o direito à saúde aqui postulado, direito fundamental social, tem por objeto uma prestação positiva estatal, de concretização muito mais complexa e delicada que as chamadas liberdades individuais.

Não se pode supor que o cidadão tenha direito ao recebimento gratuito de todo e qualquer medicamento que entenda necessário, conclusão que se impõe mesmo em Estados que, como o brasileiro, se constituem como Estado Social, isto é, que objetivam a implementação concreta de direitos sociais a generalidade de seus cidadãos.

Vem a calha relatar recente julgamento, ocorrido em 11.05.2017, proferido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) e referido pelo Prof. INGO WOLFGANG SARLET em artigo publicado no Conjur aos 02.06.2017 (<http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-anova-decisao-corte-alema>), onde se afirmou que o reconhecimento de um direito subjetivo originário a prestações na área da saúde,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

portanto, diretamente deduzido da Constituição, reveste-se de caráter excepcional, isto é, no caso de um "estado de necessidade individual caracterizado por grave, real e iminente risco de vida" e desde que inexista no catálogo de procedimentos e tratamentos do seguro público de saúde uma alternativa compatível.

Convém citar, a propósito, artigo da lavra de NÉVITON GUEDES disponível online (<http://www.conjur.com.br/2014-jul-07/constituicao-poder-juiz-entre-bondade-justica>), no qual o articulista, desembargador federal do TRF da 1ª Região e Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, com rara precisão e notável conhecimento, demonstra os perigos do excessivo otimismo constitucional, alerta-nos a respeito da importância de se respeitar a liberdade de conformação do legislador, órgão legitimado democraticamente para as escolhas difíceis concernentes às prioridades nas alocações dos recursos públicos, à vista das inúmeras missões assumidas constitucionalmente.

Também merecem referência os lúcidos questionamentos feitos por GEORGE MARMELSTEIN, ao trazer "cinco pontos de reflexão sobre a judicialização da saúde" (<http://www.Direitosfundamentais.net>, acesso em 22/01/2016), ao mencionar alguns aspectos, entre os quais destacam-se (a) a desigualdade resultante de o judiciário ser instrumentalizado para que um determinado indivíduo obtenha prioridade de atendimento em detrimento de outros que aguardam uma lista de espera, sem que haja uma razão objetiva para a quebra da ordem cronológica; com a importantíssima ênfase de que o processo individual não está predisposto a, sem gerar injustiça, solucionar o problema mais profundo, estrutural, de insuficiência de vagas ou atraso generalizado (b) o desrespeito geral aos protocolos e às regras relativas à incorporação de novas tecnologias no SUS, causando a desintegração de todo um sistema que se pretende articulado e coordenado (c) a falsa compreensão de que o poder público tem o dever de prestar o melhor tratamento possível, sem levar em conta o seu custo-efetividade, critério legítimo – e adotado pelo Conitec nas decisões sobre a incorporação de novas tecnologias - ante a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

impossibilidade de se garantir o tratamento ótimo para todos, admitindo-se ainda que os direitos sociais são, por natureza, de realização progressiva (d) novamente, o descuido com a distinção entre problemas estruturais (vg. a demora para a aprovação de certo medicamento pela Anvisa, a demora para sua incorporação pelo Conitec, a desorganização para que o serviço seja globalmente eficaz, etc.), que não podem ser solucionados - sem gerar distorção - em lides individuais, e problemas naturalmente tuteláveis por essa última via, como o descumprimento do direito subjetivo, individual, de um determinado cidadão.

Prosseguindo, o julgamento necessita de critérios, e estes foram, em linhas gerais, bem delineados por GILMAR MENDES no agravo regimental já referido, devendo-se examinar:

1º se existe política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, caso em que o Judiciário deve impor a prestação ao Poder Público, já que se trata de simples descumprimento das normas administrativas.

2º se não existe política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada, caso em que deve-se verificar:

a) a prestação de saúde pleiteada está registrada na ANVISA? existe vedação legal à entrega de tais prestações antes do registro (L. nº 6.360/76, art. 12), de modo que, se não houver registro, somente a título muito excepcional será deferida a providência judicial reclamada;

b) estando registrada na ANVISA, há que se aferir:

b.1) há tratamento fornecido pelo SUS, ainda que diverso do pleiteado pelo autor, para aquela moléstia? caso positivo, deve ser prestigiado o tratamento previsto no SUS - ressalvado apenas o caso de ineficácia ou impropriedade deste - uma vez que existem motivações para a política pública existente, como por exemplo (1) critérios científicos não comprovam a eficácia ou segurança da prestação de saúde pleiteada (2) parâmetros econômicos justificam a escolha do SUS, para não investir percentual excessivo dos recursos públicos no tratamento ótimo de apenas uma moléstia, já que o sistema deve efetuar a repartição eficiente do orçamento, a fim de realizar,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

na maior medida possível, o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde (tal estratégia está em consonância com o mandamento constitucional e, inclusive, encontra apoio na doutrina (ROBERT ALEXY) segundo a qual todo princípio deve ser observado na maior medida diante das possibilidades jurídicas e "fáticas" (é o caso da inexistência de recursos para propiciar-se o tratamento ótimo para todas as moléstias existentes).

b.2) há tratamento alternativo fornecido pelo SUS mas, no caso específico, esse tratamento é ineficaz ou impróprio? a política pública não pode esvaziar o direito subjetivo da pessoa, de modo que, se o tratamento fornecido pelo SUS não é adequado, o Judiciário poderá, desde que motivadamente, decidir que medida diferente da incorporada no SUS deve ser fornecida.

b.3) não há tratamento fornecido pelo SUS? neste caso, se o tratamento pleiteado é experimental, não pode ser imposto ao SUS (trata-se de tratamentos ainda em pesquisa médica), mas se se trata de tratamento que simplesmente ainda não foi incorporado ao SUS, poderá ser imposto caso a não-incorporação consista em omissão administrativa indevida.

A propósito, lembra-se que as políticas do SUS são elaboradas com fundamentação na Medicina Baseada em Evidências Científicas, nos termos da Lei nº 8.080/90.

Cumpre salientar, ainda, a impossibilidade, em princípio, de se admitir prescrição e/ou relatório médico subscrito por profissional particular, que é o caso dos autos. O SUS constitui um sistema, e para que se garanta o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde, necessário que sejam respeitadas as normas estabelecidas em relação às portas de entrada no sistema (serviços de atendimento inicial à saúde, do usuário do SUS), instituídas pelo Decreto nº 7.508/11, cujo art. 28, I e II estabelece de modo expresso que o acesso à assistência farmacêutica pressupõe estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS e ter o medicamento sido prescrito por profissional de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

saúde, no exercício regular de suas funções no SUS.

No presente caso, é de rigor a improcedência da ação.

Em primeiro lugar, note-se que a prescrição médica que instrui a inicial, fls. 19/20, é particular, e não oriunda do SUS.

Em segundo lugar, a mesma prescrição não apresentou explicação a respeito da possibilidade de alternativas terapêuticas padronizadas pelo SUS serem eficazes no caso concreto.

Em terceiro lugar, a nota técnica de fls. 52/57 indica que o sulfato de de glicosamina (ou glucosamina) e o sulfato de condroitina não teriam efeito comprovado no controle da dor e na regeneração da cartilagem articular nos casos de osteoartrite.

Em quarto lugar, a nota técnica de fls. 58/62 expressa que o uso da condroitina e glucosamina não teria efetividade no tratamento da osteoartrite e seu uso deveria ser desestimulado.

Em quinto lugar, segundo documento do projeto diretrizes, referido em contestação da fazenda estadual (fls. 170), a osteoartrite poderia ser tratada por meio de suplementação de cálcio e vitamina D, reposição do hormônio estrogênio (progestágeno), bifosfonados (alendronato), e medicamentos Raloxifeno ou Calcitonina, os quais, afirma o réu, seriam fornecidos pelo SUS.

Em sexto lugar e conclusivamente, na decisão de fls. 186/187 o juízo solicitou esclarecimentos técnicos que poderiam reverter a escassez probatória que se revela pelo exposto acima. Entretanto tais esclarecimentos não vieram aos autos. Ao contrário do sustentado pela autora às fls. 237/256, e com todas as vênias a esse entendimento, que de fato conta com respaldo em boa parcela da jurisprudência, se um medicamento não é padronizado, deve haver elementos razoáveis indicando a ineficácia das alternativas terapêuticas, principalmente em casos como este, no qual a prescrição é oriunda de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

profissional que não atua no sistema único e por conseguinte não tem a obrigação de levar em conta as alternativas padronizadas, e mais, no qual aportaram aos autos elementos probatórios sinalizando para a ineficácia do próprio medicamento, assim como pela existência de alternativas terapêuticas padronizadas.

Por outro lado, este juízo deve respeitar a decisão emanada da Excelsa Instância Superior e **garantir a eficácia da tutela antecipada concedida em sede de Agravo de Instrumento**, até o reexame de eventual recurso de apelação da autora. A eficácia da sentença de "revogar" a tutela antecipada, portanto, fica condicionada a não interposição de apelação pela autora.

JULGO IMPROCEDENTE a ação e CONDENO a(s) parte(s) autora em custas e despesas e honorários, arbitrados estes em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a AJG.

P.I.

São Carlos, 22 de janeiro de 2018.