

Apelação nº 0806152-49.2022.8.19.0036

Apelante: **MUNICÍPIO DE NILÓPOLIS**

Apelado: **RAFAEL DIAS CAMPOS REP/P/S/MÃE ISABEL CRISTINA DIAS DA SILVA e outro**

Juízo de Origem: 1ª Vara Cível de Nilópolis

Desembargador Relator: **Alexandre Teixeira de Souza**

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO. APLICAÇÃO DOS TEMAS 6 e 1234 DO STF. REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. SENTENÇA ANULADA, *EX OFFICIO*.

I. CASO EM EXAME

1. Ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, proposta por RDC, representado por sua genitora, em face do Município de Nilópolis e do Estado do Rio de Janeiro, visando ao fornecimento do medicamento Dupilumabe 300mg seringa preenchida 2ml, não incorporado às listas de dispensação do SUS, para tratamento de Dermatite Atópica Grave.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

- (i) verificar a necessidade de adequação da decisão judicial à luz das teses firmadas nos Temas 6 e 1234 do STF.

III. RAZÕES DE DECIDIR

2. O Excelso Pretório, por ocasião da análise do RE nº 1.366.243/SC – Tema 1234 – julgado em 19/09/2024, fixou parâmetros obrigatórios para análise de pedidos de fornecimento de medicamentos, distinguindo entre

fármacos incorporados e não incorporados, estabeleceu regras sobre competência judicial, entre outros temas, aos quais, deu origem à Súmula Vinculante nº 60.

3. A concessão, excepcional, de medicamentos registrados na Anvisa, mas não incorporados, está a exigir a comprovação dos requisitos fixados no Tema 6, conforme estabelecido na Súmula Vinculante nº 61.

4. A sentença foi proferida antes do julgamento dos Temas 6 e 1234, no entanto, as teses fixadas possuem eficácia imediata e vinculante, aplicando-se aos processos ainda não transitados em julgado, sendo necessário oportunizar à parte autora a adequação e produção de provas exigidas pelas novas diretrizes.

5. A título de esclarecimento, há de se consignar, que a Suprema Corte, no tema 1.002, consolidou a tese de ser cabível condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública, mesmo quando ela atua contra o ente público a que pertença.

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Sentença anulada *ex officio*. Prejudicado o recurso interposto.

Tese de julgamento:

9. Anulação da sentença, *ex officio*, prejudicado o recurso interposto, de forma a oportunizar a parte autora a adequação dos pedidos a todos os requisitos exigidos nos Temas 06 e 1234 do STF, em relação aos medicamentos de competência da Justiça Estadual, reabrindo-se a fase instrutória, preservados os atos praticados.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, arts. 6º, 196 e 198; CPC, arts. 7º, 9º, 10, 489, §1º, V e VI, e 927, III e §1º; Lei nº 8.080/1990, arts. 19-Q e 19-R; Decreto nº 7.646/2011.

Jurisprudência relevante citada: STF, RE 566.471 (Tema 6), RE 1.366.243 (Tema 1234), RE 1.200.492 (Tema 1002); Súmulas Vinculantes nº 60 e 61 do STF; TJRJ, Apelação Cível nº 0006800-11.2018.8.19.0006, Rel. Des. Claudio Dell’Orto, j. 20.05.2025; TJRJ, Apelação Cível nº 0015956-43.2022.8.19.0014, Rel. Des. Renata Maria Nicolau Cabo, j. 20.05.2025; TJRJ, Apelação Cível nº 0007686-81.2020.8.19.0052, Rel. Des. Rose Marie Pimentel Martins, j. 11.12.2023.

VISTOS, relatados e discutidos os autos da Apelação nº 0007590-14.2021.8.19.0058, em que é apelante o **Município de Nilópolis** e apelado **Rafael Dias Campos representado por sua genitora, Acordam** os Desembargadores que integram a Quinta Câmara de Direito Público, **por unanimidade, em anular a sentença ex officio**, nos termos do voto do relator.

Alexandre Teixeira de Souza
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo município de Nilópolis em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Nilópolis, nos autos da ação de fornecimento de medicamento, que julgou procedentes os pedidos nos seguintes termos:

"(...)Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para CONDENAR OS RÉUS, em solidariedade, a fornecerem à parte autora o medicamento Dupilumabe injeção 300mg, ou genéricos ou semelhantes, bem como outros remédios resultantes de futuras alterações na prescrição médica, enquanto deles necessitar a parte autora, tudo de acordo com o receituário médico a ser apresentado para sua retirada. Torno definitiva a tutela antecipada a decisão de Id 33836083.

Condeno o Município ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% do valor da causa, nos termos do artigo 85, §4º, III, do CPC, em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e, ao pagamento da Taxa Judiciária, considerando o entendimento firmado no âmbito do nosso E. Tribunal de Justiça. No mais, isento o Estado do Rio de Janeiro de custas e honorários, observada a súmula 421 do STJ.

Na forma do Aviso nº 67/2006, Enunciado nº 07 da Presidência deste Tribunal de Justiça, deixo de submeter a presente ao duplo grau de jurisdição.

Dê-se ciência ao MP e à DP.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.

P.I.

Nas razões recursais, o ente municipal, sustenta, inicialmente, que a condenação em honorários deve observar o disposto no art. 85, § 8º, do CPC, tendo em vista que se trata de causa de valor inestimável, por envolver prestação de saúde pública sem conteúdo econômico patrimonial stricto sensu.

Argumenta que descabe a condenação da verba honorária em percentuais sobre o valor da causa ou da prestação vindicada, não sendo aplicável o art. 85, § 3º, do NCPC, devendo ser arbitrado o valor equitativamente (art. 85, § 8º).

Alega que, apesar da previsão da Súmula 421 do STJ, alterações legislativas posteriores, como a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública, autorizam a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários à Defensoria mesmo quando esta atua contra o ente ao qual é vinculada.

Argumenta que os orçamentos do Estado e da Defensoria são distintos e constitucionalmente separados, afastando a tese de confusão patrimonial.

Requer, ao final, o provimento do recurso para que seja reconhecida a inaplicabilidade da base de cálculo dos honorários sobre o valor da causa, além da condenação do ente estadual ao pagamento da verba sucumbencial, reconhecendo-se a solidariedade.

Ausente contrarrazões.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça, pela não intervenção.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, proposta por RDC, representado por sua genitora, em face do Município de Nilópolis e do Estado do Rio de Janeiro, objetivando o

fornecimento de medicamento para tratamento de saúde, em razão ser portador de Dermatite Atópica Grave.

Pleiteou a concessão do seguinte fármaco, não incorporado a lista de dispensação do SUS: DUPILUMABE 300MG SERINGA PREENCHIDA 2 ML.

O Excelso Pretório, por ocasião da análise do RE nº 1.366.243/SC – Tema 1234 – julgado em 19/09/2024, homologou parcialmente os acordos celebrados acerca da competência, do custeio e do ressarcimento em demandas que envolvam medicamentos não incorporados e incorporados, entre outros temas, dando origem à Súmula Vinculante nº 60, *in verbis*:

“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.” (grifei)**

No acórdão proferido nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário acima citado, restou expressamente consignado que: “... novos critérios de análise judicial do ato administrativo definidos na presente repercussão geral (tema 1234) devem ser observados a partir da publicação da ata de julgamento (para os casos pendentes - sem trânsito em julgado na fase de conhecimento), independentemente da fase em que o processo estiver. ...”

Em relação aos medicamentos não incorporados, importante destacar que o Tema 1234, no item 2.1, definiu o seu conceito, senão vejamos:

II – Definição de Medicamentos Não Incorporados 2.1)
Consideram-se medicamentos não incorporados aqueles que não constam na política pública do SUS; medicamentos previstos nos PCDTs para outras finalidades; medicamentos sem registro na ANVISA; e medicamentos off label sem PCDT ou que não integrem listas do componente básico. (grifei)

A Corte Suprema, no Tema 06, também, analisado sob a sistemática da Repercussão Geral, no que tange aos medicamentos não incorporados, sedimentou o entendimento, do não cabimento, como regra geral, do seu fornecimento por decisão judicial, independentemente do custo, quando não constar na lista de dispensação do SUS.

Do referido Tema se originou a Súmula Vinculante 61:

“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 da Repercussão Geral (RE 566.471)” (grifei)

Para o seu fornecimento, excepcionalmente, está a se exigir a comprovação dos seguintes requisitos (Tema 6), *in verbis*:

“1. A ausência de inclusão de medicamento nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde - SUS (RENAME, RESME, REMUME, entre outras) impede, como regra geral, o fornecimento do fármaco por decisão judicial, independentemente do custo. 2. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos, cujo ônus probatório incumbe ao autor da ação: (a) negativa de fornecimento do medicamento na via administrativa, nos termos do item '4' do Tema 1234 da

repercussão geral; (b) **ilegalidade do ato de não incorporação do medicamento pela Conitec**, ausência de pedido de incorporação ou da mora na sua apreciação, tendo em vista os prazos e critérios previstos nos artigos 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646/2011; c) **impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas**; (d) **comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, necessariamente respaldadas por evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise**; (e) imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada mediante laudo médico fundamentado, descrevendo inclusive qual o tratamento já realizado; e (f) incapacidade financeira de arcar com o custeio do medicamento. 3. Sob pena de nulidade da decisão judicial, nos termos do artigo 489, § 1º, incisos V e VI, e artigo 927, inciso III, § 1º, ambos do Código de Processo Civil, o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente: (a) analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo de não incorporação pela Conitec ou da negativa de fornecimento da via administrativa, à luz das circunstâncias do caso concreto e da legislação de regência, especialmente a política pública do SUS, não sendo possível a incursão no mérito do ato administrativo; (b) aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, previstos no item 2, a partir da prévia consulta ao Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), sempre que disponível na respectiva jurisdição, ou a entes ou pessoas com expertise técnica na área, não podendo fundamentar a sua decisão unicamente em prescrição, relatório ou laudo médico juntado aos autos pelo autor da ação; e (c) no caso de deferimento judicial do fármaco, oficial aos órgãos competentes para avaliarem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.”(grifei)

Outro ponto a se destacar, é que o Tema 1234, no item 4.3, trouxe novas regras, impondo à parte autora o ônus probatório, de igual modo, ratificado no Tema 06. Confira-se:

4.3) Tratando-se de medicamento não incorporado, é do autor da ação o ônus de demonstrar, com fundamento na Medicina Baseada em Evidências, a segurança e a eficácia do fármaco, bem como a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS.” (grifei)

Tema 06

2. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos, cujo ônus probatório incumbe ao autor da ação:” (grifei)

As teses fixadas nos Temas 06 e 1234 do STF, têm aplicação imediata e regem os casos ainda não definitivamente julgados, hipótese dos autos, mesmo em se tratando de sentença proferida antes dos respectivos julgamentos.

O direito à saúde preconizado no artigo 196 da Constituição da República, deve observar o princípio do federalismo cooperativo, em diálogo com órgão técnicos, de acordo com às políticas públicas estruturadas, criando um sistema estável e previsível.

Dessa forma, tendo em vista as implicações desses comandos vinculantes, que delinearão novos requisitos probatórios, atribuindo textualmente o ônus da prova ao autor da ação e sobretudo o exame pelo juiz dos requisitos fixados nos citados Temas, a sentença deve ser anulada, oportunizando-se ao demandante a adequação às teses fixadas.

Nessa linha de entendimento, colaciono a ementa do voto proferido pelo ilustre Desembargador Claudio Dell’orto, por ocasião da análise

do exercício do juízo de retratação realizado na apelação nº 0006800-11.2018.8.19.00066:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. AUTOR PORTADOR DE HIPERTENSÃO ARTERIAL SISTÊMICA E FIBRILAÇÃO ATRIAL. PRETENSÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO REGISTRADO NA ANVISA, MAS NÃO INCORPORADO AO SUS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA POR ESTE COLEGIADO. DEVOLUÇÃO DO PROCESSO À CÂMARA PARA REEXAME DA MATÉRIA À LUZ DO TEMA 1.234 DO STF. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA. NOVO QUADRO NORMATIVO QUE EXIGE, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, A ANULAÇÃO DA SENTENÇA, DE OFÍCIO, A FIM DE FACULTAR À PARTE AUTORA A EMENDA DA INICIAL PARA ADEQUAÇÃO DO PEDIDO ÀS EXIGÊNCIAS DO NOVO REGRAMENTO NORMATIVO, COM A CONSEQUENTE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PREJUDICADO O RECURSO DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. I. Caso em exame 1. Trata-se decisão da Terceira Vice-Presidência deste Tribunal determinando o retorno dos autos para que este Colegiado avalie a possibilidade de retratação, à luz do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1.234. II. Questão em discussão 2. Questão em discussão: **verificar a necessidade de retratação à luz do Tema 1.234 do STF.** III. Razões de decidir 3. O direito à saúde é garantido constitucionalmente pelos arts. 6º e 196 da CRFB/1988, reconhecendo-se a solidariedade da União, dos Estados e dos Municípios, conforme jurisprudência do STF (Tema 793 – RE 855.178/SE). 4. No julgamento do Tema nº 1.234 pelo STF, ocorrido em 16/09/2024, se decidiu que o deslocamento de competência para a União Federal somente será aplicado aos processos ajuizados após aquela data. No caso, a ação foi ajuizada em 16/03/2018, ou seja, anteriormente, o que enseja o reconhecimento da competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento da presente demanda. 5. **A sentença e o Acórdão recorridos foram prolatados antes do julgamento dos RE's 566.471 (Tema 6) e 1.366.243 (Tema 1234) pelo STF, que instituíram novas diretrizes**

para a análise judicial de ações que visam o fornecimento de medicamentos não incorporadas ao SUS. 6. É certo que o autor comprovou ser portador das doenças descritas na inicial, bem como sua hipossuficiência e a necessidade de utilização do medicamento PRADAXA 150mg, não constante da lista do SUS. 7. **Todavia, diante da exigência de novos requisitos para o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS, é necessária a reabertura da instrução probatória, possibilitando ao autor demonstrar o cumprimento de todos os requisitos dos Temas 6 e 1.234 do STF, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da não surpresa, previstos nos artigos 7º e 10, do Código de Processo Civil. IV Dispositivo e Tese. 8. Exercício do juízo de retratação para o fim de anular a sentença ex officio. Prejudicado o recurso do Município de Volta Redonda. (grifei)**

Em igual sentido, robustecendo tal entendimento, trago o seguinte julgado da 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal Fluminense:

ACÓRDÃO Apelações Cíveis. Direito à Saúde. Fornecimento de medicamentos incorporados e não-incorporados pelo SUS. Sentença de procedência parcial. Súmula Vinculante nº 61. Incidência dos Temas 6 e 1234 de Repercussão Geral do STF. Ausência dos requisitos cumulativos exigidos para concessão do medicamento. Necessidade de dilação probatória. Anulação da sentença. Reabertura da fase instrutória. Recursos prejudicados. Manutenção da tutela de urgência. 1. Ação de obrigação de fazer que envolve fornecimento de um medicamento padronizado e um não-padronizado pelo SUS. 2. Autor pleiteia o fornecimento do medicamento Pondera XR 25mg que não consta em nenhuma lista de fornecimento pelo SUS e apresenta laudo médico que afirma não ser possível a utilização da alternativa terapêutica padronizada em substituição ao fármaco não padronizado pleiteado. 3. Pleiteia, ainda, fornecimento de medicamento Olanzapina 10 mg, para uso off label, eis que é padronizado, mas indicado para CID diversa. Considera-se medicamento não padronizado. Inteligência do item 2.1 do Tema 1.234 do STF. **4. Após a**

prolação da decisão e a interposição do presente recurso, o STF editou as Súmulas vinculantes 60 e 61, determinando a aplicação, respectivamente, das teses firmadas nos Temas 1234 e 6. 5. Princípio da vedação da decisão surpresa. Arts. 9 e 10 do CPC. 6. Anulação, de ofício, da sentença para oportunizar ao autor a produção de provas do seu direito seguindo os parâmetros do novo regramento. 7. Manutenção da tutela de urgência deferida na sentença para fornecimento dos medicamentos até o trânsito em julgado da presente demanda. 8. Recursos que restaram prejudicados. (0015956-43.2022.8.19.0014 - APELAÇÃO. Des(a). RENATA MARIA NICOLAU CABO - Julgamento: 20/05/2025 - SEXTA CAMARA DE DIREITO PUBLICO (ANTIGA 21ª CÂMARA CÍVEL) (grifei)

Por fim, a título de esclarecimento, há de se consignar, que a Suprema Corte, no tema 1.002, consolidou a tese de ser cabível condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública, mesmo quando ela atua contra o ente público a que pertença.

Neste contexto, encontram-se superados os entendimentos consolidados nas Súmulas nº 421¹ do Superior Tribunal de Justiça e na Súmula nº 80² deste Tribunal.

Por oportuno, colaciono o seguinte julgado da 5ª Câmara de Direito Público deste Tribunal Fluminense:

Direito à saúde. Sentença que condenou os entes públicos a realizar cirurgia de osteomielite de fêmur direito. Recursos do Estado e da Defensoria Pública. Apelo da Fazenda Estadual que não impugnou os fundamentos do decisor. Descumprimento ao art.1010, inciso II, CPC/15. Violação ao "princípio da dialeticidade". Inépcia do apelo. Manifesta inadmissibilidade.
Honorários advocatícios a favor da CEJUR/DPE-RJ.

¹ **Súmula 421 do STJ:** Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

² **Súmula 80 do TJRJ:** A Defensoria Pública é órgão do Estado do Rio de Janeiro. Logo, a este não pode impor condenação nos honorários em favor daquele Centro de Estudos, conforme jurisprudência iterativa do STJ.

Incidência do Tema 1002, julgado em Repercussão geral pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Apelo da Defensoria Pública conhecido e provido. Não conhecido o recurso do Estado. (0007686-81.2020.8.19.0052 - APELAÇÃO. Des(a). ROSE MARIE PIMENTEL MARTINS - Julgamento: 11/12/2023 - QUINTA CAMARA DE DIREITO PUBLICO (ANTIGA 16ª CÂMARA)

Ante o exposto, voto no sentido de anular a sentença, *ex officio*, prejudicado o recurso interposto, de forma a oportunizar a parte autora a adequação dos pedidos a todos os requisitos exigidos nos Temas 06 e 1234 do STF, em relação aos medicamentos de competência da Justiça Estadual, reabrindo-se a fase instrutória, preservados os atos praticados.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Alexandre Teixeira de Souza
Desembargador Relator