ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
GABINETE DO DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES

DECISÃO TERMINATIVA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026893-36.2009.815.2001— 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital
RELATOR : Ricardo Vital de Almeida, Juiz convocado em substituição ao Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides
APELANTE : Estado da Paraíba
PROCURADOR : Paulo Barbosa de Almeida Filho
APELADA : Christiane Freire Madruga Viana
ADVOGADO: Claudio Freire Madruga

PRELIMINAR – CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO – REJEIÇÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA — FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO — TUTELA DEFERIDA — DIREITO À VIDA QUE SOBREPÕE ÀS BUROCRACIAS ADMINISTRATIVAS — MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL À SAÚDE E À VIDA — ART. 196 DA CARTA MAGNA — DIREITO FUNDAMENTAL — SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO PLEITEADO POR GENÉRICO OU SIMILAR QUE CONTENHA O MESMO PRINCÍPIO ATIVO E PRODUZA O MESMO EFEITO — POSSIBILIDADE — PROVIMENTO PARCIAL AO APELO.

.

— O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente.(STF - RE 271-286 AgR – Rel. Min. Celso de Melo).

Vistos, etc.

Cuida-se de **Apelação Cível** interposta pelo **Estado da Paraíba**, em face da sentença de fls. 92/96, proferida nos autos da *Ação de Obrigação de Fazer com pedido tutela antecipada,* ajuizada por **Christiane Freire Madruga Viana**, em que o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido autoral, a fim de que o promovido forneça os medicamentos **Temodal 100mg; Temodal 20mg; Avastin 400ml e Avastin 100ml**, para auxiliar no tratamento pós-operatório submetido pela autora.

O apelante, nas suas razões recursais (fls. 98/109), aduz preliminarmente, a necessidade do chamamento ao processo da União. Quanto ao mérito argumenta que a sentença "a quo" merece ser anulada, pois infringiu o devido processo legal ao julgar antecipadamente a lide impedindo a produção de provas. Por fim, pugna pelo acolhimento da preliminar, caso não seja esse o entendimento que seja anulada a decisão para a realização de dilação probatória, bem como a substituição do medicamento postulado pela autora por outro do mesmo princípio ativo e mesa eficácia.

Sem contrarrazões, conforme se depreende da certidão de fl. 112.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e no mérito pelo desprovimento do apelo (fls. 118/122).

É o Relatório. Decido.

Antes de adentrar no mérito recursal necessário que se faça a análise da preliminar de chamamento do processo aventada pelo Estado da Paraíba, ora apelante.

DA PRELIMINAR – CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO:

O apelante alega em preliminar que a União deve fazer parte do presente processo, ante a solidariedade dos entes federativos.

Ora, esta preliminar deve ser afastada pelo mesmo argumento trazido pelo apelante, qual seja: a solidariedade dos entes federativos na presente obrigação.

Sendo assim, desnecessário que a União e o Município venham integrar a lide, devendo o Estado responder pela obrigação de fornecimento da medicação pretendida, independentemente dos demais entes públicos. Logo, o feito não deve ser deslocado para a Justiça Federal, como pretende o recorrente, por ser competente a Justiça Comum.

Neste sentido:

> APELAÇÕES. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO, EXAME OU PROCEDIMENTO. SOLIDARIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM A UNIÃO. INOCORRÊNCIA. A constituição estabeleceu a responsabilidade solidária dos entes federativos pela prestação dos serviços de saúde, de modo que todos os entes públicos têm legitimidade para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamentos. Divisão de competência no âmbito da gestão interna do Sistema Único de Saúde que não deve ser oponível ao particular. Acesso à saúde. Proteção suficiente. O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo passíveis de revisão judicial, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão

> de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade. Parecer produzido pela secretaria da saúde. Generalidade. Parecer genérico oferecido pela secretaria da saúde do estado não prepondera sobre o conteúdo dos atestados, exames e prescrições do médico que assiste a parte. Fornecimento de acordo com a denominação comum brasileira. Reconhecimento da possibilidade de substituição do fornecimento dos medicamentos postulados pelo nome comercial por outros, de acordo com a denominação comum brasileira, que possuem o mesmo princípio ativo. Honorários advocatícios ao fadep. Condenação do município. Admissibilidade. Cabível a condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios à defensoria pública. Apelo do município a que se nega seguimento. Apelo da parte autora provido. Apelo do estado parcialmente provido. (TJRS; AC 511675-73.2012.8.21.7000; Cruz Alta; Vigésima Segunda Câmara Cível; Relª Desª Denise Oliveira Cezar; Julg. 10/12/2012; DJERS 19/12/2012)

Destarte, rejeito a preliminar de chamamento ao processo da União.

MÉRITO

No caso em exame, a apelada, que se submeteu a uma cirurgia para retirada de um tumor maligno no cérebro (GBM – Glioblastoma Multiforme – CID C71.6), busca obter os medicamentos **Temodal 100mg; Temodal 20mg; Avastin 400ml e Avastin 100ml**, para auxiliar no tratamento pós-operatório ao qual se submeteu.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial, para confirmar a tutela antecipada e determinar que o apelado forneça o medicamento prescrito para a autora.

Ora, quando a Constituição Federal reza que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos" (art. 196), não está emitindo uma recomendação moral ou meramente ética. Como um subtipo de direito social de segunda geração (ou dimensão), o direito à saúde possui um sentido material, com o matiz teleológico de realizar o princípio da justiça social. Revela, ainda, uma dimensão positiva, vez que cuida de propiciar o que CELSO LAFER (em "*A Reconstrução dos Direitos Humanos"*, 1991, p. 127) chama de "direito de participar do bem-estar social".

Nesse ínterim, por se situar no corpo do texto constitucional, não há que se lhe negar a devida superioridade e força normativa face à legislação ordinária e exigente de obséquio por parte dos Poderes Públicos constituídos: eis o corolário de sua constitucionalidade formal.

Na ótica abordada, sendo a saúde um direito fundamental, a sua qualificação constitucional não recai apenas na sua importância meramente retórica, destituída de qualquer conseqüência jurídica. Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras conseqüências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua EFETIVIDADE, considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Assim, a pretensão da parte recorrente não reúne força jurídica para se sobrepor ao direito à saúde, inserido no art. 6º da Carta da República, integrando o chamado

piso vital mínimo, que tem por escopo beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real, por conduto de prestações positivas de responsabilidade do Estado, isto é, os direitos sociais são direitos de crédito, pois envolvem poderes de exigir comportamentos positivos do Poder Público.

Aliás, enfrentando temática similar, o Superior Tribunal de Justiça já pontificou:

"... uma simples restrição contida em norma de inferior hierarquia (Portaria/MS n. º 863/02) não pode fazer tábula rasa do direito constitucional à saúde e à vida" (ROMS n. º 17.903 – MG, Relator: Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 10/08/2004).

Neste norte, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde que se qualifica como direito subjetivo inalienável, garantido a todos pela própria Lei Maior (art. 5º, *caput*, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Ente Público, este Julgador entende – uma vez configurado esse dilema – que por razões de ordem ético-jurídica o Poder Judiciário possui uma só e possível opção: **aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana**, máxime diante do PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, na vertente do interesse preponderante.

De outra feita, o **Supremo Tribunal Federal**, sob a relatoria do Eminente Ministro CELSO DE MELLO, já entendeu que a interpretação de norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente, e que a distribuição gratuita, a pessoas carentes, de medicamentos essenciais à preservação de sua vida e saúde, significa um dever constitucional que o Estado *lato sensu* não pode se furtar de cumprir:

> PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. **- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.**

> A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - **O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.**
>
> DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. **- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.**

Além disso, o apelante alegou em suas razões que foi ferido o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, pois o juiz *a quo* sustentou a desnecessidade de dilação probatória, julgando antecipadamente a lide, sem sequer consultar as partes acerca da intenção de produzir provas.

O devido processo legal possui a vertente processual e material. A vertente processual refere-se ao regular trâmite do processo como condição para restrição de direitos, enquanto que a material prima que as decisões sejam justas, equilibradas, adequadas e necessárias. Já o princípio da ampla defesa garante que a parte possa se defender de uma imputação que lhe é feita, apresentando assim as provas necessárias (CUNHA, Curso de Direito Constitucional, 2010).

Salta a evidência que ao juiz é concedido conhecer diretamente do pedido, julgando antecipadamente a lide, quando não houver necessidade de produzir prova em audiência (art. 330 do CPC). Ocorre que neste caso os documentos trazidos pela parte autora são mais do que suficientes para provar o fato, não havendo nenhuma violação ao devido processo legal, nem mesmo a ampla defesa.

O Estado da Paraíba suscita ainda a possibilidade de substituição do medicamento por outro da mesma eficácia e menor custo ao erário estadual.

Com razão em parte o apelante.

O pleito do Estado deve ser atendido nesse aspecto, pois a substituição por genérico ou outro medicamento que contenha o mesmo, idêntico e igual fármaco é perfeitamente plausível, **desde que essa substituição seja autorizada pelo médico que acompanha a paciente e não traga qualquer prejuízo para a promovente.**

A jurisprudência pátria ensina:

93499423 - APELAÇÕES. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO, EXAME OU PROCEDIMENTO. SOLIDARIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM A UNIÃO. INOCORRÊNCIA. A constituição estabeleceu a responsabilidade solidária dos entes federativos pela prestação dos serviços de saúde, de modo que todos os entes públicos têm legitimidade para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamentos. Divisão de competência no âmbito da gestão interna do Sistema Único de Saúde que não deve ser oponível ao particular. Acesso à saúde. Proteção suficiente. O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo passíveis de revisão judicial, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade. Parecer produzido pela secretaria da saúde. Generalidade. Parecer genérico oferecido pela secretaria da saúde do estado não prepondera sobre o conteúdo dos atestados, exames e prescrições do médico que assiste a parte. Fornecimento de acordo com a denominação comum brasileira. **Reconhecimento da possibilidade de substituição do fornecimento dos medicamentos postulados pelo nome comercial por outros, de acordo com a denominação comum brasileira, que possuem o mesmo princípio ativo**. Honorários advocatícios ao fadep. Condenação do município. Admissibilidade. Cabível a condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios à defensoria pública. Apelo do município a que se nega seguimento. Apelo da parte autora provido. Apelo do estado parcialmente provido. *(TJRS; AC 511675-73.2012.8.21.7000; Cruz Alta; Vigésima Segunda Câmara Cível; Relª Desª Denise Oliveira Cezar; Julg. 10/12/2012; DJERS 19/12/2012)*

Esta Corte, manifestando-se sobre o tema, decidiu:

56044127 - MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (LENALIDOMIDA). AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. IMPETRANTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE COM ALTO RISCO DE MORTE SENDO ESTE O ÚNICO MEDICAMENTO CAPAZ DE PRODUZIR RESPOSTA AO TRATAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO POR SIMILAR/GENÉRICO REGISTRADO NA ANVISA E DE ACORDO COM A NOVA PRESCRIÇÃO MÉDICA. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. O registro de medicamento na ANVISA não é requisito absoluto, afirmando a necessidade de se contemplar as especificidades de cada caso concreto, a fim de conciliar a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde (fls. 18/22 do SL 47 AgR, Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, Dje-076). Diante da gravidade do estado de saúde em que se encontra a impetrante, o fato do medicamento requerido não estar registrado pela ANVISA não impede que este seja fornecido, quando se revelar como a única medicação capaz de amenizar o sofrimento da paciente. É admissível, pois, que a autoridade coatora possa fornecer medicação similar/genérica devidamente registrado na ANVISA e de acordo com a prescrição de nova receita médica, desde que adequada ao tratamento da necessitada. *(TJPB; MS 999.2011.001198-1/001; Tribunal Pleno; Rel. Juiz Conv. João Batista Barbosa; DJPB 29/11/2012; Pág. 10)*

56042785 - CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. IMPETRANTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE (CÂNCER DE CÓLON). DIREITO SOCIAL ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO POR GENÉRICO EQUIVALENTE. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. Dispõe o art. 196 da Constituição

> Federal: "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação". É dever do Estado garantir o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento. **Havendo a possibilidade de substituição do medicamento requerido por outro genérico, impõe-se a concessão parcial do *mandamus*, desde que possua o mesmo princípio ativo e produza os mesmos efeitos**.*(TJPB; MS 999.2011.001257-5/001; Segunda Seção Especializada Cível; Rel. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos; DJPB 15/10/2012; Pág. 9)*.

Assim, ao Estado deve ser garantida a possibilidade de substituir o medicamento por genérico, de mesmo princípio ativo e/ou fármaco.

Por essa razão, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC, **dou provimento parcial ao recurso**, apenas para que seja garantida a possibilidade de subsituição do medicamento desde que autorizado pelos órgãos da fiscalização competente e que detenha o mesmo princípio ativo (fármaco), produza os mesmos efeitos e que não comprometa o tratamento da apelada.

Publique–se. Intime–se.

João Pessoa, 30 de setembro de 2014.

Ricardo Vital de Almeida
Juiz convocado/Relator