



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de
Proteção à Saúde Pública

Curitiba, 25 de maio de 2017.

Nota Técnica nº 002/2017

Ref: determinação, pelo STJ, de “suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos” que versem sobre a obrigatoriedade de fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos não contemplados no Programa de Medicamentos Excepcionais

No dia 03 de maio do corrente ano, foi publicado acórdão, por meio do qual o **Superior Tribunal de Justiça** decidiu afetar o Recurso Especial nº 1.657.156/RJ ao rito dos recursos repetitivos previsto no art. 1036 e seguintes do Código de Processo Civil.

O acórdão foi assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO PROGRAMA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DO SUS.

1. Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais) .

2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016).” (ProAfR no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017)

No voto, o relator afirmou que a matéria em debate já estava

inscrita sob o tema 106, que não mais possuía processo vinculado, pois o recurso que estava a ele atrelado foi desafetado. Naquela primeira oportunidade, a questão controvertida havia sido assim delimitada:

“obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2577/2006, do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)”.

O Ministro reconhece que a portaria ali mencionada está revogada, indicando haver sido substituída pela Portaria GM/MS 2982/2009. O tema, então, foi atualizado nos seguintes termos:

“Obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n.2982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais).”

Dentre as providências determinadas pelo acórdão, ordenou-se *“a suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a questão ora afetada (art. 1037, inciso II, do novel Código de Processo Civil)”*.

Em face de tal acórdão, foram apresentados embargos de declaração e questões de ordem (ao todo, foram apresentadas quatro petições). **O feito foi levado em mesa no último dia 24.05.2017 e a notícia do STJ é a de que o tema controvertido foi alterado, de forma que passou a ser assim redigido:**

“Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.”

O novo acórdão ainda não foi disponibilizado e nem publicado. A nova redação da questão controversa aqui citada foi aquela disponibilizada pela assessoria de imprensa do STJ (anexo 3).

Ocorre que, como já foram expedidos ofícios aos Presidentes de todas as cortes de apelação do país, começou a ocorrer a suspensão de feitos atrelados à temática em 1º e 2º graus.

Como forma de contribuir para o enfrentamento da questão, o CAO produziu a presente nota técnica, em que traça alguns parâmetros (ainda provisórios) que podem auxiliar o Colega no enfrentamento da questão no atual momento.

I. A possibilidade de novos ajuizamentos de demandas e a apreciação da tutela de

urgência

Em primeiro lugar, é necessário destacar que a suspensão dos processos já em curso em razão de matéria afeta ao regime dos recursos repetitivos não impede o ajuizamento de novas demandas, sob pena de haver afronta à garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Esse dado já foi reconhecido pelo STJ quando, ao estabelecer condições de julgamento de recursos repetitivos ainda sob a égide do CPC/1973, expressamente consignou que **“não há óbice para o ajuizamento de novas demandas, mas as mesmas ficarão suspensas no juízo de primeiro grau”**. (REsp 1.391.198, decisão de afetação, Min. Luis Felipe Salomão, DJ 03.02.2014, g.n.).

Ao mesmo tempo, não há impedimento para apreciação dos pedidos de urgência (sejam em demandas novas, sejam em feitos suspensos), conforme os arts. 300, 314 e 982, §2º, todos do CPC.

Sobre essas duas questões – ajuizamento de novas demandas e apreciação de pedido de urgência –, tem-se afirmado que:

“(...) aspecto relevante é notar que, apesar da suspensão do processo, admite-se o ajuizamento de novas demandas, mesmo enquanto houver a pendência de julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas até mesmo para obstar a prescrição. Neste caso, entendemos que o Juiz deve receber a petição inicial e determinar a suspensão do processo mesmo antes de determinar a citação do réu. O Novo Código de Processo Civil, nada obstante determinar a suspensão dos processos individuais e coletivos, pelo prazo de 1 (um) ano, admite a apresentação de pedido de tutela de urgência perante o Juízo onde tramita a ação individual ou coletiva. Nesta hipótese, o andamento será retomado apenas para apreciação da tutela de urgência, devendo ser suspenso novamente após o cumprimento da providência judicial.”¹ - g.n.

Por fim, relativamente aos feitos em que já houve a concessão da tutela antecipada ou cautelar, essa mantém seus efeitos, a despeito da suspensão do processo (art. 296, par. único, do CPC).

É bem verdade que podem sobrevir efeitos deletérios (quicá, iatrogênicos) da espera decorrente da suspensão dos processos e, mesmo, haver ampliação do custo público das tutelas de urgência.²

1 Lucas Pinto Simão. **O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>

2 Cogite-se de situação eletiva, em que não havia formulação de pedido de urgência. A espera

De toda a forma, há de se reconhecer que segue viável o ajuizamento de novas demandas e a formulação de pedidos de tutela de urgência (iniciais ou incidentais). A suspensão só deve ocorrer depois de decidida a tutela de urgência e as decisões concessivas de tutela de urgência seguem em vigor (não são atingidas pela suspensão), salvo expressa decisão em contrário.

Os dados aqui expostos foram reconhecidos pelo STJ em nota de esclarecimento ao público (anexo 2) e, ao que tudo indica, também no julgamento ocorrido em 24.05.2017 (anexo 3).

II. O fundamento constitucional da controvérsia e a pendência de exame da matéria no STF

Depois, é necessário destacar que o enfrentamento completo da matéria colocada em debate não envolve a exclusiva aplicação de normas infraconstitucionais. Diversamente, a questão está atrelada ao alcance do Texto Constitucional (especialmente dos arts. 196 e 198 da Constituição).

A temática já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Depois de realizar ampla audiência pública, o Pleno do STF julgou a STA 175, reconhecendo a possibilidade de que o Poder Judiciário determine o fornecimento de medicamentos não-padronizados (isto é, não contemplados nas listas oficiais dos entes públicos).

Para tanto, consignou que, como regra, devem ser privilegiados os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, bem como as listas oficiais de medicamentos dos entes públicos. Todavia, ressaltou expressamente que:

*“Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a **determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.** Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde, na audiência pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.”*³

indefinida pode agravar a situação de saúde da pessoa, tornando inócuo o uso do medicamento inicialmente pleiteado ou, mesmo, mais custosos os recursos de saúde que a sua situação venha a requerer.

3 STF Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20.04.2010, publicado em Dje-076 Divulgado em 29.04.2010.

A partir de tal decisão, buscando conferir racionalidade às demandas judiciais referentes à concessão de medicamentos, o Conselho Nacional de Justiça organizou Jornadas de Direito à Saúde. Em consonância com o entendimento do Supremo, foi aprovado o enunciado nº 4 (I Jornada de Direito à Saúde), com redação atualizada pelo enunciado nº 61 (II Jornada de Direito à Saúde), segundo o qual:

“Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.”

O julgamento da temática pelo STF somado ao fundamento jurídico expressamente invocado pelo enunciado do CNJ demonstram que a *ultima ratio* para que se busque, perante o Poder Judiciário, o fornecimento de medicamentos não-padronizados é o Texto Constitucional.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral de questão semelhante àquela delineada inicialmente pelo STJ:

“SAÚDE- ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.” (RE 566471, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685)⁴

O acórdão da STA 175 reporta-se expressamente à pendência desse feito, deixando de ir adiante em algumas discussões que deverão ser lá debatidas.

4 Quando da fixação do tema, esse restou assim redigido: *“Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”*. Incluiu-se, aí, duas variáveis não presentes na ementa do acórdão: a referência a “doença grave” e “hipossuficiência econômica do paciente”. Rigorosamente, a questão controvertida do modo como foi inicialmente redigida pelo STJ (aludindo a “programa de medicamentos excepcionais” e a indicada no STF (“medicamentos de alto custo”) eram equivalentes. É que, no momento em que ambas as questões foram inicialmente trazidas (em fevereiro de 2009 pelo STJ; em dezembro de 2007, pelo STF), o *“componente de medicamentos de dispensação excepcional”* era caracterizado pelo seu *“alto custo”* e passou-se a utilizar as expressões como sinônimas. Sobre a questão, ver **“Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o componente especializado da assistência farmacêutica”**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 39 e ss.

No mesmo sentido, menciona que havia proposta de súmula vinculante relacionada à partilha de responsabilidades dos entes federativos nas demandas de saúde e que a tramitação de tal proposta foi sobrestada até que haja o julgamento do mérito desse recurso extraordinário. Ou seja, o próprio STF refreou as discussões sobre a temática até que se decida, *in totum*, a questão no RE 566.471.

O problema está em que, quando do reconhecimento da repercussão geral, não houve determinação de suspensão dos processos em trâmite em primeiro e segundo graus.⁵

No julgamento do dia 24.05.2017, o STJ parece haver reconhecido o dado (anexo 3). No entanto, diante da ausência de disponibilização do novo acórdão, ainda não se sabe se o STJ promoveu algum recorte ou ressalva acerca da temática constitucional ou se entendeu que serão apreciados ângulos diferentes da mesma questão.

III. O problema na delimitação da matéria controvertida

Na afetação do feito ao rito dos recursos repetitivos, não só deve haver cuidado na seleção do recurso representativo da controvérsia, como também *“deve ser identificada com precisão a questão a ser submetida a julgamento”*.⁶

Isto é,

“É indispensável, seja no IRDR, seja nos recursos repetitivos, que se identifique, com precisão, a questão a ser submetida a julgamento. Com isso, facilita-se o reconhecimento dos demais casos que tenham afinidade com a questão e que devam ser suspensos e, posteriormente, atingidos pela tese fixada pelo Tribunal. Mas não é apenas por isso.

A identificação da questão a ser decidida vincula o tribunal – que não poderá decidir outra questão.

Como será visto mais à frente, o incidente de julgamento de casos repetitivos

5 Sob a égide do novo CPC, deveria ocorrer a suspensão dos feitos (art. 1035, §5º, do CPC). O STF tem entendido que essa suspensão não é obrigatória (STF, AR 2572 AgR, Pleno, Min. Dias Toffoli, DJ 21.03.2017) e dependeria de decisão expressa mesmo após a vigência do CPC/2015. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes consignou que *“não obstante a aparente imperatividade do art. 1.035, § 5º, do CPC, observo que a ilustre relatora do RE nº 607.420 (tema 327 da sistemática da repercussão geral), Ministra Rosa Weber, não determinou o sobrestamento de todos os processos pendentes que versassem sobre a questão, razão pela qual entendo pela inaplicabilidade do dispositivo normativo no caso vertente.”* (STF, AgReg na ACO 1019/PA, Pleno, Min. Gilmar Mendes, sessão virtual de 11 a 17 de novembro de 2016). Como no caso concreto não houve tal decisão, tem ocorrido, apenas, suspensão dos recursos extraordinários (art. 1030, III, do CPC).

6 Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3, 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 616.

possui dois núcleos decisórios: fixação da tese jurídica e julgamento do caso-piloto. Para ambos, aplica-se a regra geral da congruência objetiva, segundo a qual o órgão jurisdicional não pode decidir fora do objeto litigioso (art. 141 e 492, CPC).”⁷

No caso concreto, a delimitação da matéria controvertida efetuada foi bastante problemática, eis que:

- a) se fazia referência a uma portaria já revogada (Portaria GM/MS nº 2982/2009);
- b) se aludia uma política pública (“programa de medicamentos excepcionais”) não mais existente e que fora substituída pelo “componente especializado da assistência farmacêutica”, construído em outras bases e com propósitos diversos;
- e
- c) a portaria citada, além de estar revogada, estava atrelada a outro componente da assistência farmacêutica (o componente básico da assistência farmacêutica).

Parte desses problemas foram levados ao STJ em embargos de declaração e questões de ordem. Segundo notícia o referido Tribunal, foram eles parcialmente acolhidos, para alterar a redação do tema controvertido, que deixou de fazer referência específica a portarias ou a políticas públicas. Assim, passou-se a falar genericamente em fornecimento de medicamentos “*não incorporados em atos normativos do SUS*”.

Ainda é necessário se conhecer o novo acórdão para se confirmar a extensão dada à questão controvertida (inclusive, como mencionado, para se verificar se se reconheceu alguma implicação decorrente da existência de questão constitucional).

De toda a forma, a prevalecer a redação até aqui divulgada, vê-se que o novo acórdão ampliou a questão controvertida: antes, estava em discussão uma parcela da política nacional de assistência farmacêutica (o “componente especializado”); agora, pretende-se analisar toda a temática.

Essa definição da questão controvertida é relevante para se estabelecer os critérios para a elaboração de eventual pedido de distinção de que trata o art. 1037, §9º, do CPC.

Assim, na hipótese de o colega ser intimado acerca da suspensão de feitos no atual momento, é relevante que se anote o fato de que a questão

⁷ Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3, 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 616.

controvertida ainda aguarda final definição pelo STJ, solicitando a abertura de vista após publicação de tal decisão para efetiva avaliação da necessidade (ou não) de formulação de pedido de distinção.

Desde logo, é possível anotar que está em discussão, apenas, o fornecimento de medicamentos não previstos em atos normativos do SUS. Assim, não estariam abrangidos pela questão controvertida (e, portanto, não deveriam ser suspensos):

a) os feitos que pretendem garantir o fornecimento daquilo que **está previsto** nos atos normativos do SUS, aí incluídos os atos normativos municipais e estaduais⁸;

b) as demandas que tratem de outras ações e serviços públicos de saúde (fornecimento de órteses, próteses e equipamentos; disponibilização de leitos de UTI, realização de cirurgias etc.).

III. Conclusão

A decisão que afetou o REsp nº 1.657.156/RJ ao rito dos recursos repetitivos é bastante recente. Além das dificuldades inerentes à compreensão dos institutos processuais envolvidos na temática (também inovadores, em relação aos quais ainda não há posicionamentos jurisprudenciais sólidos sobre o modo como serão aplicados), há dificuldades trazidas pela própria decisão decorrentes da interface com a questão constitucional e de problemas verificados na delimitação da questão controvertida.

O presente levantamento preliminar tem por finalidade chamar atenção para problemas que podem daí decorrer e traçar alguns parâmetros preliminares que possam auxiliar os Colegas no enfrentamento dessas questões.

Nesse sentido, entende-se que:

1. em relação a novas situações que aporem à Promotoria de Justiça, o **ajuizamento de novas demandas** destinadas à obtenção de medicamentos deve seguir ocorrendo, atentando-se para os seguintes dados:

1.1. elaborar preliminar em que se aponte que ainda pende de publicação a nova decisão do STJ delineando a questão controvertida acerca da matéria, de forma que eventual suspensão do feito somente deve ocorrer depois de que seja ela conhecida. Na hipótese de se estar em face de questão claramente não atingida pelo julgamento (medicamentos previstos nos atos normativos ou ações e

⁸ Recorde-se que estados e municípios podem editar listas complementares à relação nacional de medicamentos, conforme previsto no art. 27 do Decreto nº 7.508/2011.

serviços públicos de saúde diversos do fornecimento de medicamentos), indicar o dado, a fim de que o feito não seja suspenso;

1.2. formular pedido de tutela de urgência;

1.3. zelar para que o pedido antecipatório ou cautelar seja apreciado antes de eventual suspensão;

2. em relação aos **processos judiciais pendentes** que envolvam o fornecimento de medicamentos,

2.1. zelar para que haja intimação das partes acerca de eventual decisão de suspensão depois de publicada a decisão que delimitar, em definitivo, a questão controvertida;

2.2. formular pedido de distinção (art. 1037, §9º, do CPC), ao juiz da causa, na hipótese de a suspensão haver sido determinada em feito que não esteja circunscrito à questão controvertida fixada pelo STJ;

2.3. formular os pedidos de tutela de urgência porventura necessários (na hipótese de não haver pedido inicial de antecipação de tutela e de haver fato que autorize a formulação do pleito no atual momento);

2.4. velar para que o pedido de tutela de urgência seja apreciado de imediato, a despeito da suspensão, conforme o contido no art. 982, §2º, do CPC;

2.5. ter em conta o fato de que as decisões antecipatórias e cautelares já proferidas seguem em vigor e produzindo efeitos, excetuadas situações em que haja expressa decisão em contrário.

3. Na hipótese de a **demanda já ajuizada envolver pedidos de várias ações e serviços públicos de saúde**, atentar para as providências descritas no item anterior, observando a possibilidade de que ocorra a suspensão parcial do processo, atrelada apenas à questão controvertida fixada pelo STJ (art. 356 do CPC c.c. art. 982, §3º, do CPC)⁹.

Ao mesmo tempo em que se repisa a possibilidade de alteração dos parâmetros aqui traçados a partir da publicação do acórdão referente ao julgamento de 24.05.2017, o CAO coloca-se à disposição para o que for útil em face da questão.

9 Nesse sentido, o enunciado nº 205 do Forum Permanente de Processualistas: *“Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e §3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas.”*

Anexo 1: Acórdão REsp nº 1.657.156/RJ, 1ª Seção, Min. Benedito Gonçalves, DJe 03.05.2017.

Anexo 2: Nota de esclarecimento STJ de 19.05.2017 – apreciação pedidos urgentes

Anexo 3: Notícia do julgamento ocorrido em 24.05.2017 (apreciação de embargos de declaração e questão de ordem)