

FELIPE SORDI MACEDO<sup>1</sup>

**HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM DEMANDAS DE SAÚDE**  
**ANÁLISE NOS PEDIDOS JUDICAIS PARA FORNECIMENTO DE**  
**MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SUS**

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. E-mail: [fsmacedo@sp.gov.br](mailto:fsmacedo@sp.gov.br)

## RESUMO

O artigo trata sobre a questão referente à fixação de honorários advocatícios sucumbenciais em se tratando de demandas judiciais cujo o objeto é o fornecimento de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde – SUS. Considerando-se a natureza das motivações utilizadas pela CONITEC ao incorporar ou não um medicamento ao SUS, propõe-se que a fixação da verba honorária sucumbencial se atente a tal fundamentação.

## INTRODUÇÃO

Com foco nos honorários advocatícios de natureza sucumbencial e a sua fixação no âmbito de demandas judiciais envolvendo pedidos de obrigação de fazer para o fornecimento de medicamentos, não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS), realiza-se um apanhado histórico das conquistas da Advocacia quanto à titularidade e posterior valorização da verba sucumbencial, de natureza remuneratória e alimentar ao Advogado, público ou privado.

Tema de grande polêmica na Advocacia, a fixação de verba sucumbencial por equidade é objeto de afetação em sede de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, bem como de Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) no Supremo Tribunal Federal, promovida pela OAB quanto à (im)possibilidade de fixação de honorários advocatícios por equidade nas causas de valor elevado, quando quantificável a condenação ou o proveito econômico.

Não longe desta polêmica, está a fixação dos honorários sucumbenciais em se tratando de pedidos judiciais para a concessão de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. O ordenamento legal e jurídico brasileiro, ao longo dos anos, procurou delimitar e interpretar os princípios constitucionais relacionados à saúde pública, forçado pela recorrência da judicialização da saúde no país.

Neste aspecto, a lei brasileira prevê que a incorporação de medicamentos às políticas públicas observe critérios vinculantes quanto à segurança, eficácia e acurácia do candidato bem como quanto à economicidade da incorporação. Conhecer os fundamentos que motivaram ou impediram a incorporação é essencial para conferir aos operadores jurídicos, melhor critério para qualificar e quantificar a verba honorária sucumbencial aplicável a cada caso concreto.

## **1 DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Os honorários advocatícios constituem o clássico meio de subsistência do advogado pelo exercício da profissão, esta considerada indispensável à administração da Justiça, nos termos do art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). O texto constitucional também consagrou a Advocacia, pública ou privada, à condição de função essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública.

Os honorários advocatícios, como gênero, podem ser divididos nas seguintes espécies, conforme o art. 22 da Lei Federal n. 8.906, de 4 de julho de 1994, mais conhecido como Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB): (i) contratuais, decorrentes da prestação dos serviços advocatícios firmados, por meio de contrato, entre o advogado e o seu cliente; (ii) por arbitramento judicial, na falta de estipulação ou de acordo, em compatibilidade com o trabalho ou valor econômico da questão (art. 22, § 2º, EOAB); (iii) sucumbenciais, fixados judicialmente no âmbito de um processo, em decorrência da vitória ou êxito da tese fática ou jurídica nele defendida.

Doravante, o presente artigo foca-se no estudo dos honorários sucumbenciais e a sua fixação no âmbito de demandas judiciais envolvendo pedidos de obrigação de fazer para o fornecimento de medicamentos de alto custo, não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS), conforme a disciplina do regime do artigo 85 do novel Código de Processo Civil (CPC/2015).

Para tanto, é preciso iniciar pela exposição do regime de honorários sucumbenciais disposta na minudente legislação processual brasileira, cujo mencionado artigo 85 é composto de 19 (dezenove) parágrafos, além de outras inúmeras menções ao longo do texto, especialmente, diante da incorporação de regras que se encontravam espalhadas pela legislação esparsa. E a doutrina costuma dividir essas regras em dois grupos, sendo a primeira aquela em que houve a positivação de entendimentos jurisprudenciais já consagrados pelos tribunais pátrios. A segunda – e mais extensa – aquela em que houve inovação em relação ao regime do Código de Processo Civil de 1973, (CPC/1973). Também houve a elucidação de omissões constantes da redação do diploma processual revogado.

Como visto, a sucumbência decorre da vitória ou êxito da tese fática ou jurídica da parte vencedora, com o pagamento dos honorários ao advogado ou procurador do vencedor. Contudo, na vigência do regime do CPC/1973, a leitura isolada do seu artigo 20 era interpretada no sentido de que os honorários sucumbenciais seriam pagos, não ao advogado, mas à própria parte vencedora como

ressarcimento ou reembolso pelas despesas que tivera com a contratação do profissional e o consequente pagamento de honorários advocatícios contratuais.

A redação do artigo 20 do CPC/1973 não dava margem a outra interpretação: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”. O advento da Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, o chamado Estatuto da Advocacia, contudo, alterou radicalmente este cenário. Diz o artigo 23 do EOAB:

Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor

Diante da clareza do art. 23 supra, a destinação dos honorários sucumbenciais ao advogado da parte vencedora e não mais à parte, como constava do artigo 20 do CPC/1973, a titularidade da verba honorária sucumbencial ao causídico transfigurou de natureza ressarcitória para compor a remuneração do profissional, proporcionada pela parte perdedora do processo.

E o artigo 85, *caput*, CPC/2015 cuja redação: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor” não deixa dúvidas quanto à titularidade da verba sucumbencial ao patrono do vencedor e a opção declarada ao seu caráter remuneratório, portanto, de natureza alimentar e autônoma aos créditos ou direitos do contratante ou do representado, conforme aponta a doutrina.

Superada a questão relativa à titularidade da verba sucumbencial, deve-se compreender os limites impostos pelo legislador para a remuneração ao advogado ou procurador a título de honorários sucumbenciais. É assim que o art. 85, § 2º, CPC/2015 traz a base de cálculo e os percentuais, um piso mínimo de 10% e que pode variar até o teto máximo de 20%, que incidirão sobre essa base, observados os quesitos elencados nos incisos de I a IV para a fixação do percentual: o zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; natureza e importância da causa; o trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço.

A nosso ver, o critério do inciso I (zelo do profissional) e inciso IV (trabalho realizado pelo advogado) entrelaçam-se, podendo ser considerado uma redundância do legislador, à medida que ambos, de certa forma, buscam avaliar a atenção e o cuidado realizado pelo patrono da causa. De natureza subjetiva, pressupõem a avaliação em relação à condução do processo, como cumprimento

dos prazos, qualidade das teses jurídicas invocadas, até mesmo a correção gramatical e do vernáculo merecem ser apreciados e valorizados. Pode ainda ser considerado o tempo exigido para a elaboração das peças, conforme a previsão do inciso IV, em seu final, como parâmetros para avaliação do percentual a aplicar. Embora de um caráter mais objetivo, também deve ser considerado o tempo de tramitação da causa no Poder Judiciário, já que, não raro, a prestação jurisdicional não ocorre na celeridade desejada pelas partes, envolvendo quase sempre a necessidade do profissional dar explicações ao seu cliente ou representado sobre o andamento do processo.

Lugar de prestação de serviço e natureza e importação da causa, previstos, respectivamente, nos incisos II e III do § 2º, art. 85, CPC/2015 guardam um contorno mais objetivo para a avaliação da fixação do percentual. O lugar de prestação de serviço pressupõe que uma comarca diversa da sede do advogado expõe o profissional a uma carga maior de trabalho. Em nosso entender, o critério torna-se superado à medida do avanço do processo eletrônico, inclusive, com a adoção de audiências virtuais, o que pode prevalecer mesmo após o fim do contexto de pandemia deste início de década. De outro lado, a natureza e importância da causa relacionam-se com a complexidade da causa em que se dá a atuação do advogado da parte vencedora. É certo que há causas mais complexas que as outras. Na própria seara do estudo, cuja temática é o cumprimento de prestações sociais no direito fundamental à saúde, não se pode tratar igualmente uma cujo pedido é a de entrega de algum medicamento já incorporado ao Sistema Único de Saúde, de outro não incorporado, o que obriga ao profissional a um estudo mais acurado como competência, valor da causa, rito processual de escolha, urgência da demanda, dentre outros fatores.

É importante notar que o CPC/2015 inova em relação ao CPC/1973 ao ampliar a base de cálculo a qual incidirá o mencionado percentual. Assim, além do valor da condenação, já previsto no CPC/1973, os honorários também podem ser fixados sobre o proveito econômico obtido ou, não sendo possível a mensuração, sobre o valor atualizado da causa. Didaticamente, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a gradativa base de cálculo sob a qual incidem os percentuais de honorários sucumbenciais:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO VERIFICADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. ACOLHIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência firmada na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, os honorários devem ser fixados segundo a "**seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art.85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação**

**equitativa (art. 85, § 8º)".** (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/2/2019, DJe 29/3/2019) 2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos. (EDcl no AgInt no REsp 1882639/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2021, DJe 18/08/2021 – grifo nosso)

Pode-se resumir a base de cálculo para aplicação do percentual dos honorários – conforme a baliza dos quesitos elencados nos quatro incisos do art. 85, § 2º, CPC/2015 – em (i) o valor da condenação; (ii) o valor do proveito econômico obtido; e, subsidiariamente, (iii) o valor da causa, caso não seja possível mensurar o proveito econômico. Fora destas hipóteses, a fixação será por juízo de equidade (art. 85, § 8º).

## 1.1 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E O PODER PÚBLICO EM JUÍZO

Sendo objeto deste estudo, a condenação sucumbencial em processos em que o Poder Público é necessariamente parte na demanda, curial o estudo do § 3º do art. 85 do CPC/2015, que prevê a incidência de percentuais sobre a expressão econômica da causa, conforme faixas de valores do salário mínimo, observados também os quesitos dos incisos I a IV do art. 85, § 2º, CPC/2015. Note-se que à medida que aumenta a expressão econômica (base de cálculo a qual incide o percentual da sucumbência) diminui-se o percentual de incidência. Extraí-se:

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

Para a doutrina, o novo sistema trata a Fazenda Pública de forma especial, a fim de evitar condenações elevadas. Todavia, a aplicação dar-se-á sempre que o poder público em juízo for vencedor ou vencido, o que respeita a isonomia.

Como o citado § 3º citado estabelece critérios objetivos de fixação, de forma escalonada, conforme o valor da condenação ou do proveito econômico, com base no salário mínimo, há limitação da discricionariedade do julgador ao arbitrar a verba honorária. De qualquer forma, a percepção é de avanço em relação ao regime do CPC/1973, cujo artigo 20, § 4º, muito questionado pelas entidades da Advocacia, dava margem para que o juiz fizesse arbitramento equitativo sempre que o poder público em juízo fosse vencido na causa fixando, por vezes, verba sucumbencial considerada aviltante, ao passo que quando o Estado em juízo fosse vencedor, os percentuais poderiam ser de 10 (dez) a 20% do valor da condenação.

Ressalte-se que nos processos em que a expressão econômica, aqui entendidos como valor da condenação ou proveito econômico for de até 200 salários-mínimos, os percentuais mínimos e máximo são os mesmos do art. 85, § 2º, CPC/2015, ou seja, o mesmo que aqueles aplicados nos litígios entre particulares.

A diferenciação irá ocorrer quando superado o limite de 200 salários mínimos da expressão econômica. Nestes casos, os percentuais mínimo e máximo para incidência à verba honorária sempre diminuem progressivamente, de forma que ao realizar a dosimetria devida será aplicado um regime de cumulatividade em faixas de incidências, conforme a dispõe o art. 85, § 5º, CPC/2015. Melhor explicando, a fixação do percentual deve observar a faixa inicial de 200 salários mínimos previstos no art. 85, § 3º, I, CPC/2015. Ultrapassada essa expressão econômica, incidirão as faixas seguintes, cumulativamente, com a diminuição progressiva dos percentuais, à medida que a base de cálculo aumenta, chegando ao limite de aplicação de percentual de 1% a 3% nas causas acima de 100.000 salários mínimos (base máxima de cálculo), previsto no art. 85, § 3º, CPC/2015.

Portanto, não há uma aplicação global do percentual sobre a expressão econômica, em se tratando de sucumbência da Fazenda Pública superior a 200 salários mínimos. Deve o valor da verba sucumbencial devida ser obtida com a soma, a partir da análise de cada faixa de incidência mencionada, de forma isolada em cada uma delas, usando-se sempre dos quesitos previstos no antecedente § 2º. Essa é a essência da cumulatividade mencionada pela doutrina de referência.

Relevante ainda citar para o objetivo do trabalho, o quanto previsto no § 4º, inciso III, do art. 85 à medida que, nos termos da sua dicção “*não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa*”

Os demais incisos do § 4º tratam do momento da aplicação do percentual, de modo que nos termos do inciso II deste parágrafo, a definição do percentual aplicável só deve ocorrer mediante

sentença líquida, considerado o salário-mínimo vigente da época da prolação de sentença líquida (art. 85, § 4º, IV). Nas sentenças ilíquidas em que o poder público for parte – em decisão a favor ou contra ele – somente após a liquidação é que serão dosados os percentuais aplicáveis.

Tanto o regime do § 2º quanto o do § 3º, aplicável à Fazenda Pública, ambos do art. 85, ainda que este último com o fatiamento em faixa de incidência sob a quantidade de salários mínimos, expressam a estipulação dos honorários advocatícios sucumbenciais sobre a expressão econômica da causa, em prestígio ao princípio da remuneração do advogado da parte vitoriosa, bem como o caráter de sanção patrimonial ao vencido por haver dado causa à tramitação de um processo (princípio da causalidade).

O § 6º do artigo 85 do CPC/2015, esclarece que “os limites e critérios previstos no §§ 2º e 3º, aplicam-se independentemente do conteúdo da decisão”, ou seja, em caso de sucesso do autor, ou, em caso de insucesso, tanto em sentença definitiva (análise do mérito pela improcedência), quantos nas sentenças terminativas (sem apreciação do mérito). Assim, resta definitivamente afastada a distinção do diploma processual de 1973, o qual diferenciava a aplicação dos honorários conforme o resultado da demanda, a depender da procedência ou improcedência dos pedidos.

Não se pode olvidar que o art. 85, § 11º, CPC/2015 prevê os chamados honorários recursais, sendo que os honorários fixados na fase anterior devem ser quantitativamente majorados, sempre que demonstrado o trabalho adicional desempenhado pelo causídico da parte vencedora, conforme entendimento firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no AgInt nos EAREsp 1661435/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 10/08/2021, DJe 20/08/2021. Contudo, incide sempre o teto previsto nos limites dos §§ 2ª e 3º, a ser observado sempre que a verba sucumbencial é majorada.

Importante esclarecer, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não ser possível a condenação conjunta de honorários advocatícios sucumbenciais com a majoração desses honorários, em uma mesma oportunidade, eis que o art. 85, § 11, do CPC/2015 expressamente vincula a majoração dos honorários àqueles que foram previamente fixados<sup>2</sup>.

## 1.2 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E A FIXAÇÃO EQUITATIVA

---

<sup>2</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 1474187/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2020, DJe 27/04/2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

A imposição de obrigação de fazer, não-fazer, dar ou pagar em desfavor da Fazenda Pública, são entendidas como condenação e, em regra, devem ser aplicados os percentuais previstos no § 3º do artigo 85 CPC/2015 ou, nos termos do inciso III, § 4º do mesmo artigo “*não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa*”

Contudo, a fixação de honorários sucumbenciais por fixação equitativa, regra no CPC/1973, para as condenações contra a Fazenda Pública, e alvo de intensas críticas pela ausência de isonomia com o particular, continua presente no regime do CPC/2015. A diferença é que, agora, não há mais a previsão unicamente a favor da Fazenda Pública, mas sim dotada de generalidade, aplicável, subsidiariamente e excepcionalmente às partes (ao particular e à Fazenda Pública), quando:

- (i) não for possível estimar a expressão econômica, ou seja, o debate entre as partes não tem conteúdo econômico, ou
- (ii) expressão econômica é irrisória, ou
- (iii) valor da causa muito baixo, por fim.

Nestas hipóteses, em caráter secundário e excepcional, o Código de Processo Civil autoriza o afastamento das regras gerais do §§ 2º e 3º, e permite, subsidiariamente, a fixação dos honorários de forma equitativa, conforme a dicção do artigo 85, § 8º, *verbis*: “*nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º*”

A equidade enquanto método decisório, sem a pretensão de formulação de um conceito, pode ser compreendido, a partir da leitura da doutrina civil e processualista, como critério de julgamento que prima pela aplicação do princípio da igualdade, evitando que o direito produza um resultado injusto. Não há necessidade de fundamentar uma decisão baseada em equidade com base em regras jurídicas, prevalecendo o senso do que é justo ao juiz.

Em se tratando de capítulo da legislação processual civil que trata dos deveres da parte e seus procuradores, bem como tendo em vista o contexto democrático em que se deu a aprovação do atual Código de Processo Civil, é preciso lembrar que na seção reservada aos honorários advocatícios

houve a positivação de critérios objetivos para a fixação da verba e limitada, de certo modo, a discricionariedade que permitia ao julgador na égide do CPC/1973 utilizar demasiado subjetivismo. Tais disposições foram positivadas para conferir ao advogado ou procurador dignidade remuneratória, inclusive com reconhecimento do caráter alimentar, afastando eventuais arbitramentos irrisórios, grande batalha das entidades de classe da advocacia.

Assim, para a apreciação subsidiária por equidade quanto à verba sucumbencial, deve o julgador ater-se também aos critérios objetivos que delimitam esta hipótese (impossibilidade de estimar a expressão econômica; expressão econômica irrisória; valor da causa muito baixa), para que possa afastar as regras gerais previstas nos §§ 2º e 3º do artigo 85 CPC/2015.

Com este espírito, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado orientação jurisprudencial pela aplicação da regra geral e obrigatória de que os honorários de sucumbência devem ser fixados no patamar previsto no art. 85, § 2º, CPC/2015, ou seja, entre 10% a 20%. As únicas hipóteses de inobservância deste percentual ocorrem quando, em resumo, (i) valor irrisório do proveito econômico; (ii) valor da causa muito baixo. Nestas hipóteses, a orientação da jurisprudência do STJ é de que o legislador autorizou expressamente a fixação da verba em patamar superior a 20%, eis que é necessário remunerar de forma digna o advogado da causa. Extrai-se do acórdão abaixo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.[...]

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo. [...]<sup>3</sup>

Contudo, não são raros os julgados em que, mesmo em causas de comprovada e objetiva expressão econômica, são aplicados honorários sucumbenciais por equidade. A justificativa é de que em causas de elevado valor, haveria ofensa ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, a

---

<sup>3</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019.

fixação de verba sucumbencial que resulte em valor exorbitante ou incompatível com o trabalho realizado, valendo-se de princípios como proporcionalidade e razoabilidade. A exemplo:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. NEOPLASIA MALIGNA DE PRÓSTATA PÓS-QUIMIOTERAPIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ABIRATERONA 250MG (ZYTIGA®). PRESCRIÇÃO MÉDICA. RESPONSABILIDADE DO ENTES PÚBLICOS [...] **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA.** Fixados em valor insuficiente para remunerar a atividade advocatícia, eleva-se os valores estabelecidos a esse título, como sucumbência, mas com o lançar mão da equidade, a partir da ideia de que o bem juridicamente tutelado é a saúde e a vida, de valor inestimável, e não a expressão do custo financeiro resultante do tratamento médico dispensado. APELAÇÃO DO ESTADO NÃO PROVIDA E DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA.(TJRS; Apelação e Reexame Necessário, Nº 0386310-33.2017.8.21.7000, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em: 31-01-2018 – grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. **Pretensão do apelante de redução dos honorários advocatícios. Cabimento. Verba honorária que pode ser arbitrada por apreciação equitativa. Arbitramento em percentual que, no caso em exame, atingiria cifra exorbitante, em razão do elevado proveito econômico obtido. Inteligência do art. 85, § 8º, do CPC. Precedentes do STJ e desta C. Câmara. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido.** (TJSP; Apelação Cível 1048597-91.2018.8.26.0053; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/12/2020; Data de Registro: 15/12/2020, grifo nosso)

Diante da fundada controvérsia, a discussão ainda não está pacífica no Tribunal da Cidadania. Em 26/03/2020, os Recursos Especiais n. 1.812.301/SC e 1.822.171/SC, foram afetados à Corte Especial, sob o Tema de nº 1046, para julgamento conjunto para decidir a divergência quanto à "*(Im)possibilidade de fixação de honorários advocatícios por equidade nas causas de valor elevado (vultoso, exorbitante), sobretudo quando quantificável a condenação ou o proveito econômico (art. 85, § 2º), por interpretação extensiva ao § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015*", em aguardo de julgamento na data de elaboração deste artigo.

Desta forma, caberá ao Superior Tribunal de Justiça dirimir fundada controvérsia sobre os limites da possibilidade de fixação de honorários advocatícios com fundamento em juízo de equidade, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil de 2015.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por sua vez, ajuizou ação constitucional de caráter objetivo, qual seja a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 71), em trâmite no Supremo Tribunal Federal, a fim de que se afaste a aplicação do § 8º do art. 85 (arbitramento por equidade) em

qualquer hipótese que não se ajuste às hipóteses estritas ali descritas, observando-se nas demais situações o comando normativo inserto nas regras gerais dos §§ 2º e 3º do mencionado dispositivo legal. A ADC 71, nesta data, também aguarda julgamento.

Neste contexto, exsurge como dúvida o título deste artigo. Verificados todos os critérios para que se efetue o arbitramento de honorários de sucumbência, em se tratando de demandas judiciais cujo pedido seja a obrigação de fazer contra o Poder Público a qual vise o fornecimento de medicamentos – não incorporados ao Sistema Único de Saúde –, deve-se aplicar a regra do artigo 85, § 3º, ou do inciso III, § 4º também do artigo 85 ou, ainda, a fixação por equidade prevista no § 8º, do citado dispositivo do CPC/2015?

## **2 A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

No cenário anterior a 1988, em brevíssima síntese, saúde pública era entendida como o combate às epidemias, doenças infecciosas e parasitárias, para evitar o contágio incontrolável de doenças sobre a população. O Poder Público não desempenhava ações prestacionais de saúde. Estas eram desempenhadas primordialmente por entidades particulares e hospitais de caridade. Trabalhadores urbanos contavam com a garantia prestada por meio de Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP) dos quais fossem contribuintes. Tais institutos foram reunidos em 1964, já no regime militar, no Instituto Nacional de Previdência Social, contudo, sem universalização, o que alijava grande parcela da população do atendimento às suas demandas de saúde. Na década de 70, os investimentos na saúde pública brasileira eram escassos, sendo que dados da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) relatam que em 1980, 40 milhões de pessoas não tinham acesso aos serviços de saúde, sendo que de 32 milhões de pessoas economicamente ativas (pea), o INPS contava com 25 milhões de segurados, ou seja, não abrangia a totalidade dos segurados.

Nesta esteira, exsurgem discussões acadêmicas, sobretudo no âmbito universitário, a respeito da organização de saúde do Brasil, com especial destaque ao Movimento Sanitário Brasileiro. Isso culminou na VIII Conferência Nacional de Saúde, em Brasília/DF, no ano de 1986, a qual conformou os princípios que conceberam o Sistema Único de Saúde – SUS na CFRB/1988, daí resultando radical mudança no panorama da saúde pública brasileira.

Assim, a Constituição Federal de 1988 aborda o direito à vida como uma das expressões da dignidade da pessoa humana. Como corolário, o direito à saúde, é arrolado, de acordo com o artigo 6º, um dos direitos sociais para o mínimo existencial e, em consequência da qualidade de garantia

fundamental, uma atribuição de Estado (*lato sensu*) com caráter de prestação fática, conforme a dicção do seu artigo 196 pela qual “*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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. Aqui se materializa o princípio da universalidade, pelo qual todos os indivíduos, independente de filiação ou condição social, são protegidos pelo sistema público de saúde.

E o artigo 198 da CRFB/1988, por sua vez, para dar concretude à prestação de ações e serviços públicos de saúde, regra que estes devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, descentralizado, com direção única em cada esfera de governo. Estrutura-se, assim, o Sistema Único de Saúde, em uma abrupta modificação em relação ao tratamento anterior à saúde pública e sua gestão.

Verifica-se que o SUS promove uma modificação profunda na forma de tratamento da saúde pública no Brasil, em termos quantitativos e qualitativos. Em termos quantitativos, assegurou a universalização da rede de atendimento, em todos os níveis de complexidade. Por outro lado, em termos qualitativos, o ordenamento jurídico ampliou significativamente o espectro de abrangência dos serviços e ações que deverão ser prestados pelo sistema público de saúde<sup>4</sup>.

Sem a exclusão da execução das ações e serviços de saúde prestados por pessoas físicas de jurídicas de direito privado, conforme o artigo 197 da CRFB/1988, o SUS visa racionalizar a gestão de um sistema nacional de saúde, a qual envolve o Poder Público, pessoas de direito privado, bem como a participação comunitária na gestão de saúde por meio de Conselhos e Conferências de Saúde, denotando a sua moldura democrática. Desta forma, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada. Regionalizada no sentido de repartições locais da organização do sistema, que levem em conta as características de cada região e de suas demandas de saúde. Hierarquizada, no sentido do escalonamento das ações e prestações a partir de sua complexidade, buscando racionalização e otimização dos recursos.

Também são princípios que irradiam dos incisos do mencionado artigo 198 da CRFB/1988 e que repercutirão em toda a legislação regulamentadora posterior, bem como são de suma importância para chegar-se à conclusão pretendida neste estudo:

---

<sup>4</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.

- (i) Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- (ii) Atendimento integral, com prioridade às ações preventivas, sem prejuízo das assistenciais;
- (iii) Participação da comunidade.

De especial interesse para o estudo em questão é a conceituação e o entendimento da abrangência da diretriz exposta no inciso II do art. 198 da CRFB/1988, ou seja, a compreensão da diretriz da integralidade no âmbito do Sistema Único de Saúde:

Para fazer frente à exigência de integralidade, o art. 6º da Lei 8.080/1990 estabelece um extenso rol de obrigações que deverão compor a abrangência de atuação do SUS. É imposto o dever de executar ações ligadas à vigilância sanitária, à vigilância epidemiológica, à saúde do trabalhador, e à assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. [...] Destaque-se que, além de executar todas as ações previstas, o SUS possui o dever de constantemente absorver as inovações científicas e tecnológicas da Saúde<sup>5</sup>.

A continuidade deste estudo, doravante, exige o recorte ao chamado fenômeno da judicialização da saúde e a interpretação judicial conferida à universalização da saúde pelo artigo 196 da CRFB/1988. Entrelaça-se, especialmente, neste aspecto a diretriz – de matiz constitucional – da assistência farmacêutica integral no âmbito do SUS, as constantes inovações tecnológicas da medicina e o seu implemento à saúde pública, conforme preconiza o artigo 6º, I, “d”, bem como os incisos VI e X do mesmo artigo, todos da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, a Lei Orgânica do SUS, a qual estabelece a sua estrutura e modelo operacional, propondo a forma de organização e de funcionamento dele. Também merecem abordagem as delimitações (restrições) promovidas pela Lei 12.401/2011 à assistência terapêutica integral do SUS.

## 2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O fenômeno da judicialização da saúde, restrito no âmbito deste estudo, ao que tange ao fornecimento de medicamentos não incorporados às políticas públicas de saúde do Sistema Único de Saúde – SUS, remonta aos anos 1990. Naquela época, surgiram demandas judiciais para a concessão de medicamentos antirretrovirais, que não faziam parte das intervenções disponíveis. Com a edição

---

<sup>5</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. Op. cit., p. 126, grifo nosso.

da Lei 9.313/1996, dispendo sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, o Poder Judiciário sinalizou o acolhimento dessas demandas.

Durante vários anos, o art. 196 da Constituição não foi interpretado como determinante da obrigação do Executivo em fornecer intervenções ou medicamentos. Era visto apenas como norma programática e as demandas judiciais solicitando medicamentos ou intervenções não disponíveis não eram acolhidas de maneira geral. Segundo alguns autores, essa visão se alterou em meados da década de 1990, iniciando-se o que vem sendo denominado judicialização da saúde<sup>6</sup>.

E diante da nova interpretação dada ao princípio da integralidade pelo Poder Judiciário, observou-se a intensificação da chamada judicialização da saúde. Pedidos envolvendo tratamentos médicos, antecipação de fila de espera para procedimentos cirúrgicos, e, na assistência farmacêutica, o fornecimento de medicamentos não disponíveis pelo SUS – desde a falta de estoque até a ausência de previsão nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou incorporação de novas tecnologias, entre outras, exemplificam o fenômeno. Em 2007, Luís Roberto Barroso, já descrevia o alcance da situação:

[...] A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. 2. O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas<sup>7</sup>.

Nesse panorama, a Lei 8.080/1990, Lei Orgânica da Saúde, foi alterada pela Lei 12.401, de 28/04/2011, a qual trouxe delimitações à diretriz da assistência terapêutica integral no sentido de racionalizar o atendimento público, com baliza em critérios científicos e epidemiológicos. Pela novel legislação, a assistência terapêutica integral preconizada sob a ótica do SUS é a de que ela abrange

---

<sup>6</sup> BLIACHERIENE, Ana Carla; DOS SANTOS, José Sebastião [org.] Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 20 fev. 21, p. 3.

os produtos, medicamentos, insumos e procedimentos médicos constantes de diretrizes terapêuticas definidas em Protocolos Clínicos ou tabelas do sistema.

“Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

Com isso, visa-se uma delimitação do conteúdo do direito à saúde, de forma a assegurar ao usuário do SUS (todo cidadão que dele necessite, conforme o princípio da universalidade) o tratamento mais adequado, conforme a orientação dos Protocolos Clínicos e de Diretrizes Terapêuticas (PCDT).

Desta forma, em homenagem ao princípio da igualdade, devem ser evitados tratamentos específicos no SUS, quando disponíveis alternativas terapêuticas nos protocolos do SUS ainda não utilizadas pelo paciente ou, ainda, não justificada a impossibilidade técnica de uso dela no caso específico.

Observa-se da legislação que a incorporação de procedimentos ou medicamentos ao sistema nacional de saúde passa por um rigoroso processo de análise quanto aos seus prováveis benefícios. Esta análise leva em conta uma soma de fatores, ou seja, desde o resultado clínico e a segurança à sua utilização, bem como fatores econômicos, com a verificação do custo econômico da incorporação em comparação com tratamentos similares disponíveis, conforme depreende-se da leitura em conjuntos dos artigos 19-O, parágrafo único c/c os incisos do § 2º do art. 19-Q, ambos acrescentados pela Lei 12.401/2011 à Lei 8.080/1990. Anote-se que o processo de incorporação de medicamentos ao SUS é totalmente independente da análise com escopo de vigilância sanitária exercida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA quanto ao registro no país. O fato de determinado medicamento/tratamento/terapia possuir registro na ANVISA em nada impõe à sua automática disponibilização no âmbito do SUS.

Na mesma toada, a dispensação de medicamentos sem registro na ANVISA deve ser evitada, conforme determina o art. 19-T da Lei 8.080/1990 e o precedente vinculante julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de recursos repetitivos, envolvendo demandas judiciais para a concessão de medicamentos não constantes dos PCDT(s), com a seguinte tese:

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<sup>8</sup>.

Em seguimento à política judiciária, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, portanto, de caráter vinculante, em acórdão recentemente publicado (09/11/2020), assentou a impossibilidade de se exigir do Poder Público medicamentos experimentais, bem como itens sem registro na ANVISA, neste caso, admitidas exceções, conforme grifos abaixo:

Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. ser propostas em face da União<sup>9</sup>”.

E em se tratando de medicamentos já registrados na ANVISA, mas ainda não incorporados às políticas públicas do Sistema Único de Saúde, o STF selecionou o RE 566.471 para definir a tese de repercussão geral quanto ao fornecimento por ordem judicial, nestes casos. Todos os votos dos Ministros já foram coletados, mas ainda não fixada a tese, diante da necessidade de definição de critérios à limitação da judicialização da saúde. Foi definido que serão aprovados em sessão futura, a ser designada. Em linhas gerais, já se pode aferir que serão adotados os seguintes

---

<sup>8</sup>BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo) (Info 633). Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/06/fornecimento-de-medicamentos-pelo-poder.html>> Acesso em 20 fev. 21.

<sup>9</sup>BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267. DIVULG 06-11-2020. PUBLIC 09-11-2020. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20657718&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20657718&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP)> Acesso em 21 fev. 21

critérios para a dispensação excepcional pelo Poder Público de itens não incorporados ao Sistema Único de Saúde:

I) O Poder Público não está obrigado a fornecer;

II) Pode ser obrigado excepcionalmente, desde que preenchidas uma série de condicionantes e requisitos. Os critérios, condicionantes ou limites do Tema 006/RG, conforme já informado, não foram fixados na mesma sessão em que se concluiu seu julgamento. Dos votos proferidos, entretanto, já é possível antever que a judicialização da saúde será afinada, somente sendo admitida: 1) Quando houver comprovação de hipossuficiência financeira; 2) Quando houver laudo médico comprovando a necessidade do medicamento; 3) Quando os laudos forem elaborados por perito de confiança do magistrado (ou pelos núcleos judiciais de saúde instaurados nos TJs); 4) Quando os laudos estiverem fundamentados na medicina baseada em evidências científicas; 5) Quando houver prova de que não há substituto terapêutico ou mediantemente similar já dispensado pelo SUS (aferível, talvez, com certificação pelo Conitec/Ministério da Saúde); 6) Quando o medicamento esteja em análise para incorporação ao SUS e o prazo para análise tenha extrapolado (aqui, semelhante ao que fixado para o registro na Anvisa)<sup>10</sup>.

Os operadores jurídicos também devem atentar-se ao quanto julgado no Tema 793 do STF, para observar as normas de repartição de competências do Sistema Único de Saúde. Se de um lado, ao cidadão foi garantida a solidariedade constitucional quanto a exigir de qualquer ente prestação envolvendo o direito à saúde, cabe ao Poder Judiciário atribuir a obrigação ao ente competente, conforme as divisões estabelecidas pelas regras do SUS<sup>11</sup>.

## 2.2 FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM DEMANDAS JUDICIAIS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

---

<sup>10</sup> TEIXEIRA PEREIRA, Viviane Ruffeil. Tríade dos repetitivos de saúde: a judicialização após vereditos de STJ e STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-24/viviane-pereira-triade-repetitivos-saude#:~:text=A%20tr%C3%ADade%20de%20teses%20fixadas,versam%20sobre%20a%20sa%C3%BAde%20p%C3%BAblica.>> Acesso em 21 fev. 21.

<sup>11</sup> A repartição de competências no âmbito do SUS é esboçada em atos administrativos federais, estaduais e municipais, com destaques: 1) ao Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080, de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde (SUS), o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências; 2) A Política Nacional de Medicamentos, instituída por meio da Portaria GM/MS nº 3.916, de 30 de outubro de 1998; 3) A Portaria GM/MS 1.554/2013 e os componentes especializados da assistência farmacêutica divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas.

Embora a política legislativa e judiciária elaboradas no sentido da restrição da dispensação de medicamento/tratamentos/procedimentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, certo que demandas deste teor continuam sendo recebidas e acolhidas pelos juízes e tribunais pátrios. A prática jurídica denota que prevalece, na visão dos julgadores, o espírito inserto na CRFB/1988 no sentido da universalidade do atendimento pelo SUS, bem como de que a assistência terapêutica por ele prestada deve ser integral.

Em comum, a prática cotidiana em processos envolvendo obrigações de fazer em pedidos envolvendo medicamentos, tem denotado que os Juízos e Tribunais não têm exigido a esgotabilidade dos tratamentos previstos nos PCDT(s) do SUS, quando existentes, conforme a interpretação que o Poder Público em juízo faz quanto ao tema 106 do STJ. Itens sem registro na ANVISA, a exemplo, aqueles derivados do *canabidiol*, continuam a ser exigidos, muitas vezes, do Poder Público Estadual, também a despeito das teses vinculantes.

Diante deste cenário, no âmbito do Estado de São Paulo, a Procuradoria-Geral do Estado, a pedido da Secretária de Estado da Saúde, decidiu centrar esforço de atuação nas demandas judiciais que representam o maior custo – considerado o custo unitário – no fornecimento judicial de medicamentos dado o impacto financeiro que causam ao orçamento da pasta. As demandas judiciais com pedido de medicamentos considerados de alto custo, ainda, foram classificadas em 4 (quatro) subgrupos, conforme a prioridade de atuação: (a) o nível 1 consiste nos medicamentos importados e nacionais de alta tendência de judicialização; (b) o nível 2 consiste nos medicamentos não incorporados ao SUS, em razão de recomendação pela CONITEC; (c) o nível 3 consiste nos medicamentos não avaliados pela CONITEC ou, caso avaliados e incorporados, o pedido contraria as indicações aprovadas nos protocolos; (d) o nível 4 consiste nos medicamentos incorporados ao SUS após avaliação e recomendação pela CONITEC, mas que não tiveram protocolo elaborado no prazo.

O acompanhamento especial destas demandas permitiu vislumbrar a desuniformidade com que o capítulo das decisões judiciais a respeito da verba honorária sucumbencial é tratado pelo Poder Judiciário. Ora as condenações sucumbenciais contra o Poder Público em juízo, envolvendo medicamentos não incorporados, são fixadas com base com base no art. 85, § 3º, outrora com base no juízo de equidade do art. 85, § 8º e, por vezes, com base no valor da causa, conforme o art. 85, § 4º, inciso III, todos do CPC/2015.

Como visto, o Estado em juízo considera o custo econômico dos medicamentos pleiteados em juízo, não constantes de suas políticas públicas, como critério de atuação, diante do impacto

orçamentário que as decisões judiciais causam às suas finanças. O Poder Público é constantemente demandado para fornecer medicamentos inéditos, sendo que o processo de incorporação às suas políticas, por certo, não acompanha o avanço dos estudos da medicina e da indústria farmacêutica. A exemplo, cite-se o caso do zolgensma<sup>®</sup>, a mais recente medicação para o tratamento de doença considerada rara, qual seja a atrofia muscular especial (AME), com a promessa de debelar a doença genética, degenerativa e progressiva, em uma única aplicação ao custo econômico de aproximadamente R\$ 13.000.000,00 (treze milhões) de reais, considerado, inclusive, o mais caro do mundo. Certamente, que a fixação de honorários sucumbenciais, mesmo com base na gradação prevista nos incisos do § 3º do artigo 85 levará o causídico vencedor a uma vultosa verba sucumbencial. Recentemente registrado pela ANVISA, em 17/08/2020, a (nova) tecnologia emergente, ainda carece de avaliação para incorporação ao SUS.

Observa-se, assim, alguma sensibilidade do Poder Judiciário quanto a este ponto, frequentemente, aplicando a regra da equidade nestes casos. A justificativa prevalente é a de que, nestes casos, em regra, o proveito econômico é inestimável ante o caráter material do bem pleiteado, qual seja a vida humana e o direito social à saúde, a exemplo deste tese o julgamento pelo STJ no AgInt no AREsp 1234388/SP.

Como visto precedentemente, a questão não é de fácil solução, necessitando melhor detalhamento para a fixação da tese pelo Poder Judiciário. De um lado, inegável que o CPC/2015 tem por espírito a valorização da advocacia, sendo que a questão da sucumbência é crucial para este aspecto. De outro, em se tratando de pedidos de medicamentos, cujos casos são recorrentes e repetitivos, a condenação acessória sucumbencial tem potencial de trazer ao Poder Público prejuízo financeiro adicional à obrigação de entregar ao cidadão um medicamento não constante de suas políticas, somado ainda ao alto custo financeiro dos itens constantemente pretendidos.

Inclusive, a imprensa nacional noticiou o conflito envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil e Ministros do Superior Tribunal de Justiça em relação ao ajuizamento pelo órgão de classe da ADI 71 no Supremo Tribunal Federal, visando impedir a utilização do artigo 85, § 8º, CPC/2015 fora das estritas hipóteses previstas. Consideram alguns Ministros da Corte que o ajuizamento da ação constitucional é uma tentativa de impedir ao Superior Tribunal de Justiça, proferir a última palavra na interpretação da lei federal acerca de honorários de sucumbência envolvendo a Fazenda Pública (Tema 1046 do STJ)<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> CONJUR. Ação da OAB no STF é para impedir que STJ defina limite de honorários, diz Nancy. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/adc-71-busca-impedir-stj-defina-honorarios-nancy>> Acesso em 21 fev. 21.

No aguardo da definição destes julgamentos, entende-se que, em se tratando dos medicamentos não incorporados ao SUS, podem ser adotadas as seguintes balizas:

O Código de Processo Civil foi pautado pela valorização dos honorários de sucumbência estabelecida pelo Código de Processo Civil. Inclusive, conforme demonstrado anteriormente, os julgados mais atuais do STJ sobre a matéria afirmam, inclusive, haver uma ordem de vocação ou preferência entre as regras dos §§2º a 8º do art. 85 CPC/2015. Por sua vez, a Lei Federal 8.080/1990<sup>13</sup>, além da análise de efetividade clínico-médica (evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento), também considera ao lado destes a análise econômica, ou seja, o custo para a incorporação de um determinado medicamento ao SUS. Inclusive, é um requisito vinculante a esse tipo de decisão administrativa. Nos casos em que preponderou o critério econômico para não incorporar determinado medicamento ao SUS, opina-se, deve ser adotado o critério do art. 85, § 3º, CPC/2015 quando da estipulação de verba sucumbencial. Como visto, o norte do CPC/2015 não é a banalização do arbitramento por equidade.

O Código de Processo Civil de 2015 vetou a distinção no tratamento à Fazenda Pública, quando vencida, presente no regime do CPC/1973, quanto ao pagamento da verba sucumbencial por ela devida fundada apenas na equidade. O legislador trouxe parâmetros objetivos a serem seguidos na condenação de honorários quando o Estado em juízo for parte, vencido ou vencedora.

Em se tratando de pedidos para o fornecimento de medicamentos, certamente, o fim pretendido é o direito à saúde e a consequente proteção e preservação da vida humana. Nada obstante, se há recusa administrativa à incorporação de um medicamento, calcada em critérios econômicos, não se veem motivos para afastar a regra geral do CPC/2015, quanto à condenação em verba honorária sucumbencial à Fazenda Pública, constante do artigo 85, § 3º. Nestes casos, entende-se a despeito da proteção constitucional de grau maior envolvida, não há razão para efetuar distinção entre o particular e o Poder Público no tratamento dos honorários devidos pelo perdedor, eis que a análise econômica foi motivadora da recusa administrativa à incorporação pelo Sistema Único de Saúde. De outro lado, em eventual improcedência da demanda, o particular ou estará resguardado pelas benesses da justiça gratuita, quando o caso, impedindo-se a execução da sucumbência ou, de fato, deve arcá-la, conforme a regra geral prevista, ante a vitória da tese exposta pela Fazenda Pública.

O norte da CRFB/1988 é a celebração do princípio da igualdade, como garantia fundamental, e com reflexos por toda a legislação infraconstitucional. Se com o CPC/2015, quis o legislador afastar a diferença constante do regime anterior, estatuído, inclusive, fora de período

---

<sup>13</sup> Artigos 19-O, parágrafo único, 19-Q, § 2º, inciso II.

democrático, deve a igualdade irradiar-se pelo sistema. Assim, se o impacto financeiro, aspecto acessório diante da primazia ao direito à vida, norteou o Poder Público a não incorporar ao sistema público de saúde um determinado componente, por certo, não se pode afastar a regra geral do CPC/2015, para aplicar o artigo 85, § 8º, eis que estima econômica foi preponderante para a decisão administrativa.

Em suma, se o principal (direito à vida) não preponderou sobre o aspecto econômico (impactos financeiros de uma eventual incorporação), inexistem motivos para fundamentar a condenação sucumbencial (acessória) com base na regra excepcional da equidade, devendo haver análise econômica da obrigação de fazer procedente ou improcedente em face do Poder Público. Por certo, o julgador deve socorrer-se da equidade, nestas situações, como *última ratio*, eis que o legislador teve também o cuidado de prever a utilização, como base de cálculo, do valor atualizado da causa, (art. 85, § 4º, inciso III). Como as demandas de saúde, em geral, possuem caráter temporal continuativo, não se podendo prever o tempo de tratamento e consequente impacto econômico-financeiro final de uma demanda, a segurança jurídica e o caráter alimentar dos honorários, impõe ao julgador verificar essa base de cálculo objetivamente disponível no CPC/2015.

Por outro lado, nos casos em que ainda é pendente a análise da CONITEC quanto à incorporação – essencial para a decisão final do Ministério da Saúde –, ou, ainda, quando o pedido judicial contraria as indicações aprovadas nos protocolos, bem como quando a não incorporação motiva-se em critérios técnico-médicos e/ ou de ordem científica, e em casos de procedência de itens ainda não registrados na ANVISA, entende-se ser o caso do arbitramento por equidade, com base na fundamentação da inestimabilidade do proveito econômico. Nestes casos, mesmo no caso de pendência da análise, certo que a primazia do dever estatal de prestações de saúde e, em consequência, o direito à vida é preponderante a uma análise econômica pela Administração. Gize-se que os estudos que levam à incorporação de um fármaco ao sistema público de saúde, por certo, demandam análise das variantes dispostas em critério legal, o que envolve certo espaço de tempo, até mesmo abertura de prazo para consulta pública, não se podendo penalizar o Poder Público, mesmo na situação em que a incorporação ainda está em exame pelo órgão competente.

### **3 CONCLUSÃO**

Conquista da Advocacia, função essencial à Justiça, conforme os artigos 131 a 133 da CRFB/1988, os honorários de sucumbência ao vencedor da demanda restaram valorizados pelo

legislador no regime do Código de Processo Civil de 2015. Se a Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, na égide do CPC/1973, permitiu a titularidade desta verba ao profissional de advocacia que atuou na demanda, o CPC/2015, amplia as hipóteses previstas de base de cálculo para incidência do percentual aplicado à sucumbência, incluindo além do valor da condenação, também a fixação o sobre o proveito econômico obtido ou, não sendo possível a mensuração, sobre o valor atualizado da causa. E quando a Fazenda Pública é parte na demanda, afastou a regra da fixação da verba honorária por equidade em toda e qualquer hipótese de derrota do ente público no processo, o que desigualava o Poder Público em juízo em relação ao particular, que não possuía tal tratamento. Assim, a Fazenda Pública também responde pela verba honorária sucumbencial, conforme as regras previstas nos §§ 3º e 4º, do CPC/2015 e, subsidiariamente, com base na equidade prevista no art. 85, § 8º.

A fixação dos honorários sucumbenciais por equidade não deixou de existir no regime processual civil, sendo que em hipóteses previstas no *Codex* pode ser aplicada tanto aos particulares quanto à Fazenda Pública, evitando assim arbitramentos exagerados ou irrisórios.

Em se tratando de demandas visando ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, a interpretação ampliativa pelo Poder Judiciário dos princípios estabelecidos pelo constituinte originário de 1988, em especial a universalização e a assistência terapêutica integral, levaram ao que se conhece como fenômeno da judicialização da saúde. Em consequência disso, a recorrência e repetitividade de pedidos para provimentos judiciais de medicamentos/tratamentos/procedimentos não disponíveis em políticas públicas do Sistema Único de Saúde – SUS, ao longo dos anos, levaram à elaboração de políticas de ordem legislativa e também judicial delimitativas da compreensão dos princípios mencionados.

A exemplo, no que tange à assistência terapêutica integral pelo SUS, entende-se que é referível aos itens já incorporados às políticas públicas. Contudo, diante dos avanços da medicina e da indústria farmacêutica, nem sempre a incorporação de novas tecnologias ocorre no tempo desejado, o que leva à continuidade da judicialização da saúde.

Com isso, a recorrência pelos cidadãos em busca de medicamentos não incorporados às políticas oficiais, acarretam um alto impacto financeiro ao Poder Público para a sua dispensação, a exigir atuação especial dos operadores jurídicos. Atuação especial que exige análise a um capítulo acessório, mas que pode causar importantes impactos econômicos aos envolvidos.

Desta feita, quanto à verba honorária sucumbencial, não se deve descuidar dos parâmetros que levaram às conquistas históricas quanto à sua valorização. Se de um lado, ainda pendentes discussões nos Tribunais Superiores sobre a possibilidade da polêmica fixação por equidade, **propõe-**

se, neste artigo, que o arbitramento em demandas cujo objeto seja medicamento não incorporado às políticas oficiais, leve-se em conta a análise ao motivo que levou o Poder Público a tal decisão. A partir disso, podem-se ter as seguintes situações:

- (i) Se a decisão administrativa pela não incorporação está calcada em critérios econômicos não se veem motivos para o afastamento das regras gerais do CPC/2015, previstas nos §§ 2º a 4º do artigo 85 do Diploma citado. Funda-se a justificativa no sentido de igualdade, pois se o Poder Público se pautou na economicidade, há também componente econômico a justificar a aplicação das regras gerais quanto à aplicação da sucumbência;
- (ii) Propõe-se a aplicação da regra da equidade para arbitramento de honorários sucumbenciais quando há pendência da análise de incorporação pelo órgão competente, cujo estudo depende de critérios vinculantes estabelecidos no art. 19-Q da Lei 8.080/1990;
- (iii) No mesmo sentido, quando a negativa de incorporação deu-se pela não verificação de evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento ou quando o pedido judicial contraria as indicações aprovadas nos protocolos. Itens ainda sem registro na ANVISA também merecem igual tratamento, eis que não podem ser incorporados ao SUS. Nestes casos, opina-se pela aplicação da sucumbência considerando-se a equidade, diante inestimabilidade do proveito econômico ao vencedor da demanda e, por conseguinte, à verba sucumbencial.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 20 fev. 21.

BLIACHERIENE, Ana Carla; DOS SANTOS, José Sebastião [org.] *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 17 out. 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 12.401, de 28 de abril de 2011 – *Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm)>. Acesso em 20 fev. 21.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. [et al.] *Honorários Advocatícios – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DOS SANTOS LUCON, Paulo Henrique; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Panorama atual do novo CPC, volume 3*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019.

LAMACHIA, Claudio; VIVEIROS, Estefânia. *Honorários advocatícios no CPC: Lei nº 13.105/2015*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Honorários advocatícios: sucumbenciais e por arbitramento*. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019.

NASATO, Graziela. *Honorários Advocatícios sob a ótica do CPC de 2015*. Revista da Advocacia Pública Federal, vol. 04, n. 4. Brasília. ANAFE, 2020.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.