



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000154113

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002010-84.2021.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que são apelantes/apelados LUIZ PAULO TEIXEIRA FERREIRA, OSMAR AUGUSTO FICK JUNIOR, MARIANE DE CASSIA GALLO e SÂMIA DE SOUZA BOMFIM, é apelado/apelante MUNICÍPIO DE LEME, Apelados GUSTAVO ANTONIO CASSIOLATO FAGGION e CLAUDEMIR APARECIDO BORGES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) E VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 7 de março de 2022.

RUBENS RIHL
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº: 1002010-84.2021.8.26.0318
 Apelantes: LUIZ PAULO TEIXEIRA FERREIRA, OSMAR AUGUSTO FICK JÚNIOR, MARIANE DE CASSIA GALLO, SÂMIA DE SOUZA BOMFIM, MUNICÍPIO DE LEME
 Apelados: LUIZ PAULO TEIXEIRA FERREIRA, OSMAR AUGUSTO FICK JÚNIOR, MARIANE DE CASSIA GALLO, SÂMIA DE SOUZA BOMFIM, MUNICÍPIO DE LEME, GUSTAVO ANTÔNIO CASSIOLO FAGGION e CLAUDEMIR APARECIDO BORGES
 Comarca: LEME
 Voto nº: 31365

APELAÇÃO – AÇÃO POPULAR – MUNICÍPIO DE LEME – *Ajuizamento de ação popular com o escopo de anular o Edital do Pregão Eletrônico nº 035/2021, promovido pelo Município de Leme, no tocante aos lotes 03 e 12, suspendendo-se a aquisição dos fármacos Ivermectina e Hidroxicloroquina pela Municipalidade e impedindo a recomendação do uso indiscriminado dos fármacos mencionados na rede pública de saúde – Parcial procedência decretada em primeira instância para declarar nulo o indigitado edital, no tocante ao registro de preços referente aos medicamentos Hidroxicloroquina e Ivermectina, e determinar a suspensão da aquisição de tais fármacos pela parte ré, para tratamento e prevenção da COVID-19 – Insurgência das partes – Parcial acolhimento – Quanto ao recurso do Município de Leme, incontroversa a competência material comum a todos os entes federativos para a adoção de políticas públicas de combate à pandemia, restringindo, contudo, tal liberdade administrativa à edição de atos amparados por evidências científicas – Art. 3º, § 1º, da Lei nº 14.035/2020 c.c o posicionamento do C. STF no julgamento de medida liminar no bojo da ADI nº 6.341/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*15/04/2020) – Nulidade do edital no que tange à aquisição do medicamento Ivermectina, porquanto inexistente qualquer referência direta ou indireta a dados científicos objetivos que corroborassem a sua aquisição – Por outro lado, impossibilidade de anulação do pregão em comento no que diz respeito à aquisição da Hidroxicloroquina, na medida em que, na gênese do ato administrativo em questão, houve a indicação indireta de fundamento científico bastante para a legitimação do ato – Nota Informativa nº 17/2020-SE/GAB/SE/MS5 do Ministério da Saúde, vigente à época da edição do instrumento convocatório, contendo “Orientações para Manuseio Medicamentoso Precoce de Pacientes com Diagnóstico da Covid-19” – Ainda que posteriormente reconhecida a ineficácia Hidroxicloroquina no combate à pandemia de COVID-19, não há substrato para declarar a nulidade do pregão nesse aspecto, ressaltando-se que, por óbvio, tal medicamento somente poderá ser aproveitado para o combate a outras enfermidades que não a COVID-19, em relação à qual não possui qualquer utilidade cientificamente comprovada – Em relação ao apelo dos coautores, a determinação de readequação dos protocolos ao que pede a lei, a comunidade científica e o Ministério da Saúde é conseqüência lógica do reconhecimento da ineficácia dos fármacos citados no combate à pandemia de COVID-19 – Sentença parcialmente reformada – **Recursos providos em parte.***

Trata-se de Recursos de Apelação, interpostos por LUIZ PAULO TEIXEIRA FERREIRA, OSMAR AUGUSTO FICK JÚNIOR, MARIANE DE CASSIA GALLO e SÂMIA DE SOUZA BOMFIM (fls. 2548/2562) e pelo MUNICÍPIO DE LEME (fls. 2567/2576), contra a r. sentença de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fls. 2505/2522, na qual o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, para "1) *DECLARAR nulo o Edital de Pregão Eletrônico 35/2021, no tocante ao registro de preços referente aos medicamentos Hidroxicloroquina e Ivermectina (lotes 3 e 12 - fls. 57) [...] 2) DETERMINAR, em consequência, a suspensão da aquisição de tais fármacos pela parte ré, para tratamento e prevenção da Covid*".

Inconformados, os mencionados coautores defendem a reapreciação do pedido de antecipação da tutela, diante das especificidades do caso concreto e dos bens tutelados. Saliendam a comprovação da ineficácia dos fármacos *Hidroxicloroquina* e *Ivermectina* para os fins pretendidos pelo Município de Leme, bem como a ausência de amparo legal na respectiva aquisição. No mais, afirmam que os pedidos formulados na peça inicial configuram cumulação sucessiva imprópria, de modo que a readequação dos protocolos de atendimento e proibição de promoção de tratamento ineficaz para COVID-19 são consequências lógicas da procedência do pedido de anulação do procedimento licitatório para obtenção dos indigitados medicamentos no combate à pandemia. Sustentam, ademais, a necessidade de readequação da verba honorária sucumbencial. Citam precedentes. Pugnam pela concessão da "tutela provisória de urgência para que a r. sentença de primeiro grau produza efeitos imediatamente e, por consequência, para que todos os eventuais recursos contra a mesma sejam recebidos apenas no efeito devolutivo" (fl. 2561). Ao final, requerem o provimento de seu apelo

"para reformar a r. sentença e **JULGAR TOTALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais**" (fl. 2561) e "para que sejam os honorários de sucumbência fixados conforme artigo 85, § 3º,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

incisos I e II, § 4º, inciso III e § 5º, do CPC ou, subsidiariamente, fixando-os em patamar não inferior a R\$ 30.000,00” (fls. 2561/2562).

Igualmente irresignado, o Município de Leme argumenta, inicialmente, o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do efeito ativo. Esclarece que, como não deferida a tutela de urgência determinando a suspensão do procedimento licitatório para aquisição do fármaco *Hidroxicloroquina*, houve a homologação e a adjudicação do lote em questão. Aduz a ausência de segurança jurídica. Alega a necessidade de modulação dos efeitos a r. sentença para após o trânsito em julgado, consignando que a proibição da aquisição do fármaco *Hidroxicloroquina* somente seja obrigatória após o trânsito em julgado da presente ação, como para que sejam mantidos válidos os atos praticados quanto ao lote 03; afastando-se, assim, a nulidade do procedimento e qualquer efeito retroativo. Nesse contexto, pleiteia o provimento de seu apelo *“para o fim de reformar a respeitável sentença e julgar improcedente a totalidade dos pedidos do ora recorrido. Requer também a reforma da r. sentença, para que não seja declarado nulo o procedimento quanto ao lote 03, e apenas argumentando, se declarado nulo, que seus efeitos sejam obrigatórios apenas após o trânsito em julgado da r. sentença, preservando todos os atos administrativos já praticados”* (fl. 2575).

Contrarrazões às fls. 2610/2620, 2621/2629 e 2630/2643.

A douta Procuradoria de Justiça manifesta-se às fls. 2708/2722, opinando pelo provimento do apelo dos coautores Luiz Paulo Teixeira Ferreira, Sâmia de Souza Bomfim, Osmar Augusto Fick



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Júnior, Mariane De Cássia Gallo e pelo não provimento do recurso da Municipalidade.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que os apelos comportam acolhimento em parte.

Do que se observa dos autos, a presente demanda consiste em ação popular ajuizada com o escopo de anular o *"Edital de Pregão Eletrônico n. 035/2021 e seus atos subsequentes, em especial no tocante aos lotes 03 e 12, suspendendo-se, por consequência, a aquisição dos fármacos Ivermectina e Hidroxicloroquina pela municipalidade requerida"*, impedindo a recomendação, por parte da Administração Pública de Leme, do *"uso indiscriminado dos fármacos mencionados na rede pública de saúde, elaborando ou alterando, conforme o caso, protocolo de atendimento e tratamento da Covid-19 cientificamente adequado"* (fl. 22).

E, segundo constou na r. sentença ora recorrida:

"...A Constituição Federal, no artigo 2º, prevê que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Prevê, ainda, que a separação dos Poderes é cláusula pétrea, não podendo ser objeto de proposta de emenda tendente a aboli-la (artigo 60, parágrafo 4º, inciso III).

Isso significa dizer que cada um dos Poderes,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Legislativo, Executivo e Judiciário, tem sua própria área de atribuições, com funções típicas e atípicas, sem que um ingresse na esfera do outro, garantindo, assim, a independência entre eles.

[...]

Não obstante a divisão de atribuição, nos termos acima citados, com o objetivo de se garantir a democracia e evitar abusos, existe o que se denomina de sistema de freios e contrapesos, estabelecendo-se regras de controle de um Poder em relação ao outro, sem que isso interfira na independência inerente a cada um deles.

Nesse sentido, abre-se possibilidade ao Poder Judiciário para apreciar as atividades administrativas dos demais órgãos, no tocante à legalidade do ato, sem que interfira no âmbito das decisões atinentes ao mérito administrativo. Ou seja, pode-se analisar o ato levando-se em consideração sua conformidade com o ordenamento jurídico, sem imiscuir-se na discricionariedade do administrador, no tocante à oportunidade e à conveniência que motivaram a prática do ato.

[...]

Depreende-se, do exposto, que o administrador público está subordinado à lei, não podendo praticar qualquer ato sem embasamento legal ou contrário à lei. Havendo conduta ilegal (contrária à lei), cabe ao Poder Judiciário intervir, como mencionado, mas, repise-se, sem interferir na conveniência e oportunidade.

[...]

Em relação à Covid, doença que assola o Mundo, o Governo Federal, no intuito de orientar os entes da Federação, Estados, Municípios e Distrito Federal, editou a Lei nº 13.979/2020, alterada pela Lei 14.035/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

responsável pelo surto de 2019.

Referida Lei, no artigo 3º, prevê quais medidas poderão ser adotadas e, dentre elas, traz a possibilidade de determinação de realização compulsória de tratamentos médicos específicos, desde que com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde.

[...]

Nota-se, pela redação da Lei, que os tratamentos médicos específicos, de realização compulsória, para o enfrentamento da Covid, somente podem ser adotados com base em evidências científicas.

Saliente-se que, além de a Lei acima prever que as autoridades, no âmbito de suas competências, podem adotar as medidas ali previstas, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 em novembro/2020, também firmou entendimento de que compete a cada ente da Federação, ou seja, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional.

Isso significa dizer que o Poder Executivo de cada ente da Federação pode adotar a medida sanitária para combater a Covid que melhor atende aos interesses da população, ou seja, dentre as medidas mencionadas pela Lei acima citada, pode escolher as que quer aplicar no âmbito de sua competência, desde que em obediência aos ditames da referida Lei.

No caso dos autos, no âmbito de sua competência, o Município de Leme pretende adquirir os medicamentos Hidroxicloroquina e Ivermectina para tratamento preventivo e hospitalar de pacientes com Covid e, para tanto, publicou Edital de Pregão (fls. 41/78), com o intuito de apreçar e, posteriormente, adquirir referidos medicamentos (fls. 57).

Ocorre que o mencionado Edital de Pregão deve ser



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

declarado nulo, e, em consequência, deve ser suspensa a compra dos medicamentos.

Isso se deve ao fato de que, atualmente, não há qualquer evidência científica ou mesmo autorização ou recomendação para o uso dos medicamentos acima mencionados para tratamento da Covid, seja de forma precoce, seja em pacientes hospitalizados.

Como mencionado acima, a Lei exige, para a adoção das medidas citadas por ela, que haja a evidência científica de que os fármacos sejam aptos a tratar pacientes com Covid, o que, com relação à Hidroxicloroquina e Ivermectina, não há.

Para pacientes hospitalizados, o Ministério da Saúde, em 21/05/2021, por meio da publicação de Orientações sobre o Tratamento Farmacológico do Paciente Adulto Hospitalizado com Covid-19, foi expresso ao prever a não recomendação do uso dos fármacos Hidroxicloroquina e Ivermectina, sob o argumento de que, no tocante ao primeiro, "Não há evidência de benefício seja no seu uso de forma isolada ou em associação com outros medicamentos" e, em relação ao segundo, "Não há estudos que subsidiem o uso da ivermectina no paciente hospitalizados com COVID-19, com seu uso devendo ser restrito a estudos clínicos".

Nota-se, portanto, que, atualmente, não há evidência científica a permitir o uso dos fármacos em pacientes hospitalizados, e, sendo assim, há patente ilegalidade no ato praticado pela Administração.

Da mesma forma, não há comprovação científica de que os medicamentos acima citados sejam aptos ao tratamento precoce.

Não há dúvidas de que, na data da prolação da decisão que concedeu a liminar para suspender o Edital de Pregão com relação à Ivermectina, havia publicação do Ministério da Saúde recomendando o uso do fármaco Hidroxicloroquina de forma precoce a pacientes com Covid.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De acordo com a Nota Informativa nº 17/2020-SE/GAB/SE/MS5, publicada em 30/07/2020, que substituiu a Nota Informativa nº 11/2020-SE/GAB/SE/MS, que, por sua vez, substituiu a Nota Informativa nº 9/2020-SE/GAB/SE/MS, havia Orientações para Manuseio Medicamentoso Precoce de Pacientes com Diagnóstico da Covid-19.

Saliente-se que tal Nota Informativa foi publicada com base no Parecer CFM nº 4/2020 do Conselho Federal de Medicina, que foi favorável à utilização da Hidroxicloroquina em pacientes com Covid.

Ocorre que, atualmente, além de tal Nota ter sido retirada do ar, há manifestações recentes do Ministério da Saúde não recomendando o uso dos fármacos citados de forma precoce em pacientes com Covid.

Observo que, apesar de ser possível acessar a Nota Informativa em diversos sites, ela foi tirada do ar pelo Ministério da Saúde, cuja notícia pode ser encontrada em várias páginas da internet, recentes.

Saliente-se que a Conitec - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, por meio de publicação feita em maio/2021, é clara ao não recomendar o uso da Ivermectina ou da Hidroxicloroquina, com base em diretrizes.

[...]

A Associação Médica Brasileira, em publicação de julho/2021, concluiu pela não recomendação do uso da Ivermectina em paciente com Covid leve. In verbis: "O uso de Ivermectina na profilaxia de COVID-19 ou no tratamento de pacientes com COVID-19 leve não é recomendado".

[...]

Da mesma forma, no site da OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde, é possível encontrar a informação de que a Hidroxicloroquina não serve para evitar que pessoas sejam infectadas com Covid,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou seja, não atua como preventivo ao contágio do vírus.

[...]

Saliente-se, ainda, que, de acordo com informação obtida por meio dos sites www.cultura.uol.com.br, datada de 14/07/2021, e www.pebmed.com.br, datada de 15/07/2021, o Ministério da Saúde enviou um documento a CPI da Covid informando que os medicamentos hidroxicloroquina, ivermectina, entre outros, não deveriam ser utilizados em pacientes hospitalizados por causa da Covid-19.

Na sequência das reportagens, consta, ainda, a informação de que "o documento foi assinado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do Sistema de Saúde (Conitec) e enviada como resposta ao requerimento feito pelo senador Humberto Costa (PT/PE). Todos os medicamentos, segundo a Comissão, foram testados e não mostraram benefícios clínicos".

A reportagem menciona também que, apesar de o Presidente da República defender a utilização de tais medicamentos no "kit covid", há estudos atestando que não são eficazes no tratamento da Covid-19.

Nota-se, também, em reportagem trazida pelo site www.folhape.com.br, que a Associação Médica Brasileira e a Sociedade Brasileira de Infectologia alertaram que as evidências científicas demonstram que nenhuma medicação tem eficácia na prevenção ou no tratamento precoce contra a Covid.

Nota-se, portanto, pelo quanto exposto acima, que não há evidências científicas de que o uso dos fármacos Hidroxicloroquina e Ivermectina sejam eficazes no combate ao Covid, mesmo de forma precoce.

Importante repisar que o Poder Executivo pode escolher as medidas que pretende adotar para enfrentar a pandemia que assola o mundo.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Entretanto, tais medidas devem estar de acordo com a Lei, o que não restou comprovado.

Isto porque, frise-se, não há comprovação científica de que os fármacos Hidroxicloroquina e Ivermectina sejam eficazes contra o Covid, seja de forma precoce ou preventiva, seja no ambiente hospitalar.

Não se pode deixar de salientar que, atualmente, na data da prolação desta sentença, o entendimento é o acima mencionado, ou seja, de que não há evidência científica acerca da eficácia dos fármacos acima mencionados no combate à Covid.

É certo que a parte ré alegou que há diversos estudos recentes que dariam sustentação à compra. Entretanto, embora tenha sido dada oportunidade para juntada de estudos e pareceres, nada foi apresentado nos autos.

Saliente-se que sequer houve atendimento à determinação de regularização em relação aos documentos em língua estrangeira apresentados na contestação.

Conforme já mencionado, na decisão que apreciou o pedido de antecipação de tutela, a Covid-19 é uma doença nova, sobre a qual não há estudo conclusivo. Tanto é assim que, em curto espaço do tempo, houve alteração das orientações do Ministério da Saúde em relação à utilização dos fármacos objeto dos autos. Futuramente, o panorama pode ser novamente alterado, de forma que não há qualquer óbice a que, com base em evidências científicas e também em orientações dos órgãos de saúde superiores, municipalidade possa adquirir esses mesmos fármacos para o tratamento da Covid. O fato é que, frise-se, neste momento, o quadro que se tem é da inexistência de orientação para tanto e a lei proíbe a compra de medicamentos sem evidências científicas.

É importante consignar que é cediço que compete ao médico, detentor de conhecimento técnico, prescrever ao paciente a medicação que melhor atenda aos seus interesses, ou seja, que se adeque



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aos sintomas de sua enfermidade. E, como não poderia deixar de ser, a presente decisão não retira do médico a autonomia de que goza para prescrever medicação ao paciente, mesmo que off label. Também não proíbe que o médico prescreva os fármacos citados para tratamento da Covid.

Da mesma forma, não veda a compra dos medicamentos citados na inicial para tratar de outras enfermidades, para as quais eles foram fabricados (Hidroxicloroquina – Afecções reumáticas e dermatológicas; Artrite reumatoide; Artrite reumatoide juvenil; Lúpus eritematoso sistêmico; Lúpus eritematoso discoide; Condições dermatológicas provocadas ou agravadas pela luz solar; Malária²⁰ e Ivermectina - Estrongiloidíase intestinal: infecção causada por parasita nematoide Strongyloides stercoralis; Oncocercose: infecção causada por parasita nematoide Onchocerca volvulus. Nota: a ivermectina não possui atividade contra parasitas Onchocerca volvulus adultos. Os parasitas adultos residem em nódulos subcutâneos, frequentemente não palpáveis. A retirada cirúrgica desses nódulos (nodulotomia) pode ser considerada no tratamento de pacientes com oncocercose, já que esse procedimento elimina os parasitas adultos que produzem microfírias. Filariose: infecção causada por parasita Wuchereria bancrofti; Ascariídase: infecção causada por parasita Ascaris lumbricoides; Escabiose: infestação da pele causada pelo ácaro Sarcoptes scabiei; Pediculose: dermatose causada pelo Pediculus humanus capitis²¹).

O que se veda, por meio do controle judicial, é a adoção de política pública que não esteja em consonância com a lei. E, no caso em questão, a lei não permite a utilização dos medicamentos citados para o tratamento da Covid, sem a devida evidência científica, a qual, repise-se, não restou demonstrada.

Neste ponto é importante esclarecer que não obstante a parte ré tenha mencionado que o motivo da abertura de procedimento licitatório seja a grande demanda dos fármacos pelos médicos, não há comprovação nos autos acerca de tal fato.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Observo que, por meio da decisão de fls. 1655/1661, foi dada oportunidade para que as partes juntassem aos autos declarações ou pareceres que entendessem pertinentes. Todavia, a parte ré sequer se manifestou.

Conforme o acima exposto, o médico tem autonomia para prescrever a medicação mais adequada a cada paciente. Nesse sentido, de fato, a demanda de tal profissional por fármacos, em tese, justificaria a compra deles, pois estaria o administrador atendendo o que foi receitado pelo médico. Ocorre que não foi feita tal prova, apesar de a parte ré ter tido a chance de juntar documentos aos autos.

Repise-se: cabe ao Poder Executivo adotar as políticas públicas que melhor atendam aos interesses da população, mas desde que estejam de acordo com a legislação aplicável ao caso, o que, no caso em questão, não restou demonstrado. Saliente-se, como mencionado, que também não restou comprovada a eficácia científica dos fármacos Hidroxicloroquina e Ivermectina para o tratamento do paciente com Covid, seja de forma precoce, seja em hospital.

Nota-se, em suma, que o Ministério da Saúde não recomenda o uso dos fármacos em pacientes hospitalizados e, embora previsse o uso da Hidroxicloroquina de forma precoce, a Nota Informativa que previa tal recomendação foi retirada do ar. Ao contrário, atualmente, de acordo com a Conitec, a recomendação é pelo não uso dos fármacos citados no tratamento da Covid, de nenhuma forma.

Observo, por fim, nos termos do que já constou na decisão de fls. 354/361, que, por certo a Administração Municipal tem por finalidade, como não poderia deixar de ser, proporcionar bem estar à população e, diante das possibilidades e das informações disponíveis quando do lançamento do edital, adotou a conduta que entendeu ser mais adequada ao tratamento dessa terrível doença. Ocorre que a ciência, num esforço constante,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

rapidamente, tem apontado novos caminhos e soluções, adotando novos medicamentos rechaçando o uso de outros. E, hoje, o entendimento é o de não utilização dos fármacos objeto dos autos, tendo sido, repise-se, retirada do ar a orientação do Ministério da Saúde que os previam como forma de tratamento, com a adoção de nova orientação pelo Conitec.

Assim, de todo o exposto, o que se impõe, hoje, é o reconhecimento do pedido feito na inicial, ante a ausência de legalidade no ato administrativo, que objetiva apreçar os medicamentos com intenção de compra, sem o efetivo cumprimento do disposto na Lei nº 13.979/2020, com redação dada pela Lei nº 14.035/2020.

Por outro lado, o pedido para determinar que a parte ré se abstenha de recomendar o uso dos fármacos Ivermectina e Hidroxicloroquina não pode ser acolhido.

Não há qualquer prova nos autos de que houve qualquer campanha ou propaganda nesse sentido...” (fls. 2510/2521).

Pois bem.

A princípio, cumpre asseverar que, diante do contexto de pandemia de COVID-19, foi editada, no âmbito federal, a Lei nº 13.979/20, dispondo sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública em questão.

O referido Diploma legal, atualizado pela Lei nº 14.035/20, consagrou, dentre outras disposições, competência material comum a todos os entes federativos para a adoção de políticas públicas de combate à pandemia, restringindo, contudo, tal liberdade administrativa à edição de atos amparados por evidências científicas, como se depreende do art. 3º, §1º, da supracitada lei



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

federal.

Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos;

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) (Vide ADI 6343)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indenização justa; e

VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: (Redação dada pela Lei nº 14.006, de 2020) a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: (Redação dada pela Lei nº 14.006, de 2020) 1. Food and Drug Administration (FDA); (Incluído pela Lei nº 14.006, de 2020) 2. European Medicines Agency (EMA); (Incluído pela Lei nº 14.006, de 2020) 3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA); (Incluído pela Lei nº 14.006, de 2020) 4. National Medical Products Administration (NMPA); (Incluído pela Lei nº 14.006, de 2020)

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Ao corroborar a constitucionalidade dessa disposição, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento de medida liminar no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF, ratificou a competência de todos os entes federados para a adoção de medidas de saúde voltadas ao combate da situação de emergência pública, destacando o necessário lastro em evidências científicas, como norte à atuação do Administrador. No aspecto, confira-se:

"...A emergência internacional, reconhecida



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações..."

"...O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços..."

"...O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde..."

"...Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde..."

(STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em 15/04/2020).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse contexto, resta clara a existência de autonomia funcional do Poder Executivo para promover a execução das melhores medidas de promoção da saúde pública, de acordo com as peculiaridades locais e o seu juízo de conveniência e oportunidade. Afinal, tal autonomia funda-se na atuação constitucional típica do Executivo de promover, mediante a edição de atos administrativos concretos, as medidas necessárias à execução da lei, a qual, no caso concreto, impõe como marco da atuação daquele o necessário lastro científico das medidas a serem buscadas.

Sem embargo, é certo que tal lastro científico pode estar tanto diretamente referido no fundamento do ato administrativo, a partir de um raciocínio indutivo, com a indicação de estudo científico específico tomado como referência ao convencimento do Administrador, como pode estar indiretamente referido, a partir de um raciocínio dedutivo, com a adesão a posicionamentos de autoridades internas e internacionais na matéria, como o são, *e.g.*, o Ministério da Saúde e a Organização Mundial da Saúde, os quais, por sua vez, pautam as suas manifestações, como regra, nas melhores técnicas científicas.

Nesse sentido, não se vislumbra qualquer nulidade ou ilegalidade na fundamentação de um procedimento licitatório concreto em portarias, ofícios ou notas técnicas expedidas pelo Ministério da Saúde, os quais, por força da autoridade técnica que ostenta o órgão do qual emanam e da posição institucional estratégica daquele em matéria de saúde pública, representam fundamento bastante para a legitimação de atos administrativos concretos em âmbito regional e local, a corroborar o que o legislador designou por "informações estratégicas em saúde pública", no já citado art.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3º, §1º, da Lei nº 14.035/20.

Do cotejo do todo fundamentado com o contexto fático apresentado, infere-se como nulo o Edital de Pregão Eletrônico nº 35/2021, voltado à aquisição do medicamento *Ivermectina*, uma vez que, no bojo do referido ato administrativo não houve qualquer referência direta ou indireta a dados científicos objetivos que corroborassem a sua aquisição. Dessarte, tal omissão em ato administrativo discricionário de fundamentação vinculada impõe, forçosamente, o reconhecimento de nulidade, ante a ilegalidade existente na sua concepção.

Por outro lado, não há como se declarar nulo o Edital de Pregão Eletrônico nº 35/2021, voltado à aquisição do medicamento *Hidroxicloroquina*, na medida em que, na gênese do ato administrativo em questão houve a indicação indireta de fundamento científico bastante para a legitimação do ato em questão segundo as balizas legais incidentes na espécie, qual seja, a então vigente Nota Informativa nº 17/2020- SE/GAB/SE/MS5 do Ministério da Saúde, na qual havia Orientações para Manuseio Medicamentoso Precoce de Pacientes com Diagnóstico da Covid-19. Confira-se:

NOTA INFORMATIVA Nº 17/2020- SE/GAB/SE/MS5

[...]

**ORIENTAÇÕES DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA
 MANUSEIO MEDICAMENTOSO PRECOCE DE
 PACIENTES ADULTOS COM DIAGNÓSTICO DA
 COVI-19, CONFORME A CLASSIFICAÇÃO DOS
 SINAIS E SINTOMAS**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SINAIS E SINTOMAS LEVES	SINAIS E SINTOMAS MODERADOS	SINAIS DE GRAVIDADE
Anosmia Ageusia Coriza Diarreia Dor abdominal Febre Mialgia Tosse Fadiga Cefaleia	Tosse persistente + febre persistente diária ou Tosse persistente + piora progressiva de outro sintoma relacionado a COVID-19 (adinamia, prostração, hiporexia, diarreia) ou Pelo menos um dos sintomas acima + presença de fator de risco	Síndrome Respiratória Aguda Grave – Síndrome Gripal que apresente: Dispneia/desconforto respiratório persistente no Tórax OU pressão persistente no Tórax OU saturação de O2 menor que 95% em ar ambiente OU coloração azulada de lábios ou rosto

Orientação para prescrição em PACIENTES ADULTOS	FASE 1 1º AO 5º DIA DO INÍCIO DOS SINTOMAS	FASE 2 6º AO 14º DIA DO INÍCIO DOS SINTOMAS	FASE 3 APÓS 14º DIA DO INÍCIO DOS SINTOMAS
SINAIS E SINTOMAS LEVES	Difosfato de Cloroquina D1: 500mg 12/12h (300mg de cloroquina base) D2 ao D5: 500mg 24/24h (300mg de cloroquina base) + Azitromicina 500mg 1x ao dia, durante 5 dias Ou Sulfato de Hidroxicloroquina D1: 400mg 12/12h D2 ao D5: 400mg 24/24h + Azitromicina 500mg 1x ao dia, durante 5 dias		Prescrever medicamento sintomático



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Orientação para prescrição em PACIENTES ADULTOS	FASE 1 1º AO 5º DIA DO INÍCIO DOS SINTOMAS	FASE 2 6º AO 14º DIA DO INÍCIO DOS SINTOMAS	FASE 3 APÓS 14º DIA DO INÍCIO DOS SINTOMAS
SINAIS E SINTOMAS MODERADOS	<p>Considerar a Internação Hospitalar</p> <ul style="list-style-type: none"> - Afastar outras causas de gravidade - Avaliar presença de infecção bacteriana - Considerar imunoglobina humana <ul style="list-style-type: none"> - Considerar anticoagulação - Considerar corticoterapia 		
	<p>Difosfato de Cloroquina D1: 500mg 12/12h (300mg de cloroquina base) D2 ao D5: 500mg 24/24h (300mg de cloroquina base) + Azitromicina 500mg 1x ao dia, durante 5 dias</p> <p style="text-align: center;">Ou</p> <p>Sulfato de Hidroxicloroquina D1: 400mg 12/12h D2 ao D5: 400mg 24/24h + Azitromicina 500mg 1x ao dia, durante 5 dias</p>	x	



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Orientação para prescrição em PACIENTES ADULTOS	FASE 1 1º AO 5º DIA DO INÍCIO DOS SINTOMAS	FASE 2 6º AO 14º DIA DO INÍCIO DOS SINTOMAS	FASE 3 APÓS 14º DIA DO INÍCIO DOS SINTOMAS
SINAIS E SINTOMAS GRAVES	<p align="center">Internação Hospitalar</p> <ul style="list-style-type: none"> - Afastar outras causas de gravidade - Avaliar presença de infecção bacteriana - Considerar imunoglobina humana - Considerar anticoagulação - Considerar pulsoterapia com corticóide <p align="center">Sulfato de Hidroxicloroquina D1: 400mg 12/12h D2 ao D5: 400mg 24/24h +</p> <p align="center">Azitromicina 500mg 1x ao dia, durante 5 dias</p>		

(Disponível em http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Listas/Pedido/Attachments/1527690/RESPOSTA_RECURSO_1_131580_NOTA%20INFORMATIVA%20N%2017_2020-GAB_SE_MS.pdf. Acesso em 21/03/2022).

Com efeito, ainda que o referido ato normativo tenha sido retirado pelo Executivo Federal em momento posterior, é certo que, quando da edição do ato, tal manifestação era fundamento suficiente para promoção do procedimento licitatório, razão pela qual, haja vista a ausência de nulidade a macular a sua origem, não há como se reconhecer a sua nulidade.

Mister destacar que, na r. sentença recorrida, consta o desencontro de informações repassadas pelo próprio Ministério da Saúde a respeito da eficácia do uso da *Hidroxicloroquina* no tratamento contra COVID-19. Não por outro motivo que o pedido liminar foi deferido apenas em relação ao lote do pregão concernente à *Ivermectina*. Nesse aspecto, o Juízo *a quo* pondera que "na data da



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prolação da decisão que concedeu a liminar para suspender o Edital de Pregão com relação à Ivermectina, havia publicação do Ministério da Saúde recomendando o uso do fármaco Hidroxicloroquina de forma precoce a pacientes com Covid”.

Dessa sorte, com esteio nos princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica, aliados ao fato de que a utilização deste último fármaco possui indicações e utilidades médicas outras além do errático e suposto tratamento precoce do vírus da COVID-19, não se vislumbra nulidade ou ilegalidade em tese a impor a interferência jurisdicional na manutenção do ato administrativo, considerando-se que, por óbvio, tal medicamento seja aproveitado para o combate a outras enfermidades que não a COVID-19, em relação à qual não possui qualquer utilidade cientificamente comprovada.

Nesse ponto, cumpre salientar que, o Edital de Pregão Eletrônico nº 35/2021, impugnado pela parte autora e reproduzido às fls. 41/78, tinha por objetivo “o registro de preços para aquisição de medicamentos para utilização nas unidades de saúde, fornecimento à população e prevenção/tratamento do COVID-19”. Ou seja, não almejava tão somente a aquisição de fármacos a serem utilizados no combate à pandemia de COVID-19, direcionando a compra desses medicamentos também ao abastecimento das unidades de saúde e à disponibilização para a população, visando ao tratamento de outras enfermidades para as quais eles foram fabricados (como listado na r. sentença).

É dizer, a retirada da indigitada Portaria pelo Ministério da Saúde não tem o condão de eivar de nulidade o ato administrativo em



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

testilha, mas somente de servir à autoridade administrativa que o editou como fundamento de sua eventual revogação, pautada em critérios de conveniência e oportunidade segunda a realidade local que lhe é próxima, critérios esses infensos à interferência jurisdicional, em homenagem à independência e a harmonia dos Poderes no exercício de seus misteres constitucionais.

Quanto à irresignação dos coautores no que tange à determinação de readequação dos protocolos ao que pede a lei, a comunidade científica e o Ministério da Saúde, observa-se que, de fato, cuida-se de consectário lógico do reconhecimento da ineficácia dos fármacos citados.

Nesse aspecto, assertivamente ponderado pela douta Procuradoria de Justiça:

Quanto ao pedido de readequação dos protocolos de tratamento da COVID-19, também nos parece ser o caso de acolhimento, modificando-se nesse ponto a r. sentença. Considerando o reconhecimento de ineficácia dos medicamentos em questão para o tratamento da COVID-19, que inclusive levaram à anulação do ato administrativo de compra, nos parece contraditório possibilitar a manutenção de protocolos de uma política pública considerada equivocada.

Nesse sentido, a determinação de readequação dos protocolos ao que pede a lei, a comunidade científica e o Ministério da Saúde é consectário lógico do reconhecimento da ineficácia dos fármacos citados.

O não acolhimento da readequação dos protocolos, inclusive, gera o risco de esvaziar a eficácia da tutela pretendida, que visa inibir a prática de determinado ato contrário ao interesse público. Trata-se, por



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

óbvio, de tutela preventiva e que visa garantir a eficácia do pedido principal, qual seja, a não aquisição ou promoção dos fármacos na rede pública de saúde para finalidades para as quais são comprovadamente ineficazes. Além disso, vê-se que da extensa fundamentação da sentença os pedidos foram acolhidos, porém excluídos da parte dispositiva...” (fls. 2719/2720).

Logo, desnecessário acréscimo para se concluir pelo parcial provimento dos apelos interpostos, com a consequente reforma da r. sentença, a fim de julgar procedente a pretensão autoral de readequação dos protocolos de combate à pandemia de COVID-19 para que sejam editados somente atos administrativos amparados por evidências científicas, nos termos do art. 3º, §1, da Lei nº 14.035/20. E acolher o pleito fazendário no sentido de não declarar nulo o Edital de Pregão Eletrônico nº 35/2021, voltado à aquisição do medicamento *Hidroxicloroquina*, desde que esse fármaco seja aproveitado para o combate a outras enfermidades que não a COVID-19, em relação à qual não possui qualquer utilidade cientificamente comprovada.

Ressalta-se, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao desate do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixa-se consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, dá-se provimento em parte aos recursos.

RUBENS RIHL
Relator