



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000755696

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1016600-22.2019.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é recorrente J. E. O., são recorridos C. A. C. DOS S. (MENOR) e M. DE A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento à remessa necessária, somente para minorar a multa diária para R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) e limitar o acúmulo das astreintes ao teto de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).** V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE PRESIDENTE) (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER (PRES. SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) E MAGALHÃES COELHO (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 17 de setembro de 2020.

ISSA AHMED
Relator
Assinatura Eletrônica

Voto nº: 26475

Remessa Necessária nº: 1016600-22.2019.8.26.0032

Comarca: Araçatuba

Recorrente: Juízo *Ex Officio*

Recorridos: C.A.C. dos S. e Município de Araçatuba

REMESSA NECESSÁRIA. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de obrigação de fazer. Oferta de atendimento médico multidisciplinar à criança diagnosticada com anoxia neonatal moderada, doença adenomatoide cística/pneumatocele e displasia broncopulmonar. Direito à saúde. Dever do Estado. Princípios da proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente. Inteligência dos artigos 196, 198 e 227 da Constituição Federal, normas de eficácia plena, e artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Solidariedade dos Entes da Federação. Direito fundamental à saúde, que não pode ser obstaculizado pela Administração Pública sob invocação da cláusula da “reserva do possível”. Atuação do Poder Judiciário que apenas garante o exercício ou a eficácia de direitos fundamentais, não importando em violação aos princípios da separação dos poderes e da autonomia administrativa. Pretensão autoral que não viola o princípio da isonomia, mas busca, sim, atendimento diferenciado, na justa proporção de sua desigualdade. Caso não sujeito à tese vinculante firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.657.156 (paradigma do Tema nº 106). Remessa necessária parcialmente provida, somente para: i) minorar a multa diária para R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); (ii) limitar o acúmulo das astreintes ao teto de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Trata-se de remessa necessária contra a r. sentença de fls. 95/100, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer ajuizada por C.A.C. dos S., criança diagnosticada com anoxia neonatal moderada, doença adenomatoide cística/pneumatocele e displasia broncopulmonar, representado pela genitora, J.C.C. da S.S., para “condenar o réu a fornecer a parte autora os tratamentos citados na inicial, quais sejam: (I) fisioterapia respiratória diária; (II) fisioterapia motora semanal; (III) fonoaudiologia semanal; (IV) visita médica quinzenal; (V) apoio de enfermagem semanal e auxiliar de

enfermagem semanal, de forma contínua, enquanto a parte autora necessitar, ratificando a decisão que antecipou a tutela, mediante atualização da receita médica a cada seis meses”. Sem condenação em custas processuais. Verba honorária advocatícia fixada no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Não houve apresentação de recurso voluntário (fl. 115).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso *ex officio* (fls. 122/124).

É O RELATÓRIO.

Conheço a remessa necessária interposta porque, independentemente do valor dado à causa, o pedido é ilíquido.

Esse o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça, respectivamente:

Súmula 490, STJ: “*A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas*”.

Súmula 108, TJSP: “*A dispensa de reexame necessário, autorizada quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas (Súmula 490 do STJ), bem como àquelas proferidas antes da Lei 10.352/01*”.

Demais, **sendo ilíquido o pedido**, não se enquadra o caso às hipóteses de dispensa da remessa necessária de que trata o §3º do artigo 496 do Código de Processo Civil vigente (CPC/2015), aplicável

apenas aos feitos em que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa tiver **valor líquido e certo**.

Deve ser confirmada, ainda que com pontuais reparos, a r. sentença de primeiro grau.

A garantia à saúde encontra resguardo na esfera constitucional e infraconstitucional, não havendo dúvida quanto ao cumprimento da obrigação atribuída ao Poder Público. Ressalte-se que não se trata de exigir tratamento privilegiado, mas simples e puramente de ver respeitado o direito à saúde.

A norma insculpida no artigo 196 da Constituição Federal traduz direito fundamental, expressamente garantindo a todos o direito à saúde, bem como estabelecendo o dever do Poder Público em tomar medidas concretas que garantam a promoção, a proteção e a recuperação desse direito.

A lei nº 8.080/1990, ao instituir o Sistema Único de Saúde (SUS), em obediência ao artigo 198, §1º, da Constituição Federal, estabeleceu que reportado sistema seria financiado, especialmente, com recursos oriundos da seguridade social da União, dos Estados-membros e dos Municípios, constitucionalmente vinculando, inclusive, receitas desses entes federados, mitigando sua discricionariedade no que diz respeito à distribuição de verbas dentre as áreas de sua atuação, de modo a consagrar a universalização dos serviços de saúde.

Quanto ao cumprimento do que ora se exige, a questão se reporta a dois direitos insculpidos na Carta Política como fundamentais: de um lado, a garantia do acesso universal à saúde; de outro, a defesa dos interesses de crianças e adolescentes – esta, em caráter absolutamente prioritário.

Por se tratar de direito fundamental, a despesa é compulsória, competindo a todos os entes da Federação disciplinar suas receitas para o integral cumprimento da obrigação, não havendo que se falar em violação ao princípio da tripartição de Poderes pela ingerência na política estatal de saúde em relação a determinada doença.

O Estado (*lato sensu*) apenas goza de discricionariedade no que tange à avaliação da viabilidade material, conveniência e oportunidade para estabelecer suas prioridades administrativas e a forma de alcançá-las (as chamadas “políticas públicas”). E, nisso, não pode haver interferência do Poder Judiciário.

Em questões afetas à saúde, porém, por envolverem direito e garantia fundamental, não dispõem os entes federados de discricionariedade, estando vinculados ao arcabouço de normas constitucionais e infraconstitucionais que lhes impõem tais obrigações como serviços públicos relevantes e essenciais, na medida das necessidades da população.

Mais: além de estarem vinculados a tais normas, União, Estados e Municípios são solidariamente responsáveis no que diz respeito à assistência à saúde e, como tal, são partes legítimas para figurar no polo passivo de demandas que objetivam o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos indispensáveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles ou contra todos.

Neste sentido aponta o entendimento jurisprudencial deste Egrégio Tribunal de Justiça, como se infere do julgado relatado pelo ilustre Desembargador Peiretti de Godoy:

“MANDADO DE SEGURANÇA. Fornecimento gratuito de medicamento para pessoa hipossuficiente e portadora de doença grave (Doença Pulmonar Obstrutiva

*Crônica). DIREITO LÍQUIDO E CERTO Existência – DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE – Direito fundamental à vida e à saúde, assegurado pela Constituição Federal. Direito líquido e certo ao tratamento necessário para os cuidados de sua enfermidade. Ausência de padronização de medicamento. Desnecessidade. Afastada a aplicação da Teoria da Reserva do Possível. **Responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao fornecimento de insumos, fármacos e equipamentos necessários para o tratamento de saúde do paciente (art. 23, II da CF).** Entrega do medicamento condicionada à apresentação de receita médica atualizada. - Recursos oficial e voluntário desprovidos” (Apelação nº 0001378-36.2013.8.26.0066; Relator: Peiretti de Godoy; 13ª Câmara de Direito Público; TJSP; j. 06/08/2014; grifou-se).*

Como asseverado em aludido aresto, “*A concretização do dever de proteção e defesa à saúde foi tema tratado pelo artigo 23, inciso II da Constituição Federal, que estabeleceu tratar-se de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios 'cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência'. Este comando constitucional foi reforçado pelo disposto no artigo 198, caput e § 1º, pois em ambos existe menção direta ou indireta da responsabilidade conjunta dos entes federativos”.*

Há, inclusive, Súmulas deste Sodalício neste exato sentido:

Súmula 37, TJSP: “*A ação para o fornecimento de*

medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.”

Súmula 66, TJSP: *“A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir à saúde da criança e do adolescente é solidária entre Estado e Município.”*

Tem-se como inequívoco, portanto, que o direito à saúde deve ser garantido de maneira solidária, concorrente e irrestrita entre os entes da Federação, inclusive com o fornecimento gratuito de medicamentos, insumos e tratamentos aos enfermos que deles necessitem, em razão dos princípios da universalidade e da igualdade na oferta dos serviços públicos de saúde, consagrados no já mencionado artigo 196 da Carta da República.

Atender a essa necessidade não é afrontar os princípios da universalidade e da igualdade, mas cumprir a expressa disposição constitucional.

E, com relação à criança e ao adolescente, como já aduzido, a prioridade é absoluta na proteção à saúde, em razão dos princípios consagrados no art. 227 da Constituição da República e no art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

(...)

§2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses,

próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas.

Destarte, resta clara a obrigação legal e constitucional da Administração Pública em fornecer ao indivíduo enfermo desprovido de recursos, sobretudo em se tratando de criança ou adolescente, as terapias de que necessita para o tratamento de sua saúde.

Com efeito, a necessidade da parte autora do tratamento multidisciplinar requerido na exordial restou evidenciada pelo relatório médico juntado aos autos (fl. 54), subscrito por médica regularmente inscrita perante o respectivo órgão de classe.

Por seu turno, registre-se que o caso em tela não está sujeito à tese vinculante firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.657.156 (paradigma do Tema nº 106), pois o pleito não versa sobre custeio, pelo Poder Público, de medicamento extralista, mas sim sobre fornecimento de terapias outras.

Outrossim, deve ser afastada a hipótese de indevida ingerência do Poder Judiciário em tema afeto à vontade da Administração Pública, com a decorrente ofensa aos princípios da autonomia administrativa, da anualidade orçamentária e à cláusula da “reserva do possível”.

A questão versada nos autos, ligada ao tema da saúde, tem como pano de fundo direito fundamental, sobre o qual o Poder Público não possui discricionariedade para optar entre garanti-lo ou não, vinculando-se ao seu cumprimento por meio da elaboração e concretização de políticas públicas.

Assim, a atuação do Poder Judiciário, em cumprimento ao mencionado mandamento constitucional, apenas implica no exame da matéria à luz das normas que concedem ou asseguram esses direitos, garantindo-lhes, em consequência, o exercício ou a eficácia.

Noutras palavras: trata-se de hipótese de aplicação do mecanismo de “freios e contrapesos”, contemplado no artigo 2º da Constituição Federal – que, no caso em tela, torna até mesmo despicienda a necessidade de prévio procedimento licitatório com vistas à aquisição dos tratamentos postulados, diante da determinação judicial para que sejam entregues à parte autora.

Tampouco se ignora haver limitação orçamentária, mas, no escopo da concretização de direito fundamental à saúde e sem a excepcionalidade motivada por real e específica impossibilidade objetiva demonstrada, a omissão da Administração não comporta justificção na cláusula da “reserva do possível”, que, como bem ensinam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo, tem sido usada de forma falaciosa, “(...) como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. (...)”.

É por isso que não se deve dar a essa atuação qualquer conotação de violação da autonomia da Administração Pública, seja ela Federal, Estadual ou Municipal, sob pena de se impedir o cumprimento da própria Constituição da República, que assegura o pleno acesso à Justiça e garante a revisão judicial dos atos administrativos.

Neste sentido aponta a Súmula 65 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Súmula 65, TJSP: “*Não violam os princípios*”

constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças e adolescentes.”.

A matéria ora examinada é pacífica neste Egrégio Tribunal de Justiça e nos Colendos Tribunais Superiores, notadamente quanto à plena eficácia das normas constitucionais afetas ao direito fundamental à saúde:

*“Direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente. **Norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Normas definidoras de direitos não programáticas. Exigibilidade em Juízo.** Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência” (Recurso Especial nº 577.836/SC; Relator Min. Luiz Fux; Primeira Turma; STJ; j. 21/10/2004; grifos nossos).*

*“APELAÇÃO – Obrigação de fazer – Saúde – “Ictiose extensa” – Sentença a obrigar o Município e o Estado a fornecerem à criança medicamento especial, necessário ao tratamento da sua doença – Cabimento – Legitimidade de ambos entes públicos – Responsabilidade solidária dos entes federativos – **Direito Fundamental amparado nos artigos 1º, III, §6º, 203, II e IV, 227, §1º, todos da Constituição Federal, combinados com os artigos 4º, parágrafo único, b, 11, §2º e 208, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Normas de eficácia plena** – Inocorrência de violação aos princípios da independência dos poderes, da autonomia municipal e da igualdade – Direito universal – Invalidez de critérios administrativos que neguem à criança seu direito fundamental à saúde e à própria vida –*

Necessidade comprovada – Multa cabível e proporcional – Rejeição da matéria preliminar – Não provimento do recurso” (Reexame Necessário nº 994.08.010515-2; Relatora: Maria Olívia Alves; Câmara Especial; TJSP; j. 11/05/2009; grifou-se).

Desse modo, considerando-se a relevância do direito *sub judice*, não pode o Poder Público afastar-se do mandato juridicamente vinculante que lhe foi outorgado pela Constituição Federal.

No entanto, faz-se necessário a redução da multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), fixada quando do deferimento da tutela de urgência (fls. 57/58) – decisão esta confirmada pela sentença –, pois seu *quantum* comporta diminuição, em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Desta forma, reduzo, de ofício, com fulcro no artigo 537, § 1º, inciso I, da novel codificação processual civil, o valor das *astreintes* para R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) por dia de inadimplemento, quantia que satisfaz o desejado efeito inibitório de descumprimento da ordem judicial.

Ademais, em sede de reexame necessário, o acúmulo da multa deve ser limitado ao teto de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), montante este que estimula o cumprimento da decisão, sem onerar de modo excessivo os cofres públicos.

Sem condenação em honorários em grau de recurso na forma do artigo 85 do CPC/2015, uma vez que não desempenhado qualquer trabalho adicional pelos patronos das partes, tendo o feito subido a este E. Tribunal de Justiça exclusivamente por força do reexame obrigatório.

Por derradeiro, tem-se por prequestionada, e reputa-se não violada, toda a matéria constitucional e infraconstitucional invocada,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

anotando-se a desnecessidade de menção expressa a todos os dispositivos legais e argumentos trazidos pelas partes, conforme entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à **remessa necessária somente para:** (i) minorar a multa diária para R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); (ii) limitar o acúmulo das *astreintes* ao teto de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Mantida, no mais, a sentença de procedência.

ISSA AHMED
RELATOR