



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 852.428-5/0-00, da Comarca de ARAÇATUBA, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA sendo apelado VINICIUS DA SILVA RODRIGUES (MENOR REPRESENTADO POR SUA MÃE):

ACORDAM, em Nona Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DESACOLHERAM O REEXAME NECESSÁRIO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO VOLUNTÁRIO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 27 de maio de 2009.

SERGIO GOMES
Presidente e Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 852.428.5/0-00

COMARCA: ARAÇATUBA

RECORRENTE: JUÍZO 'EX OFFICIO'

APELANTE: MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA

APELADO: VINÍCIUS DA SILVA RODRIGUES (menor representado por sua genitora)

VOTO 11280

APELAÇÃO - Obrigação de Fazer - Fornecimento de medicação a menor enfermo e hipossuficiente - Inadmissibilidade de recusa pela Administração Pública - Solidariedade entre União, Estados e Municípios em relação ao dever de prestar assistência à população na área da saúde - Inocorrência de violação ao princípio da isonomia - Incabível a utilização das questões orçamentárias como entrave ao cumprimento das normas constitucionais - Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível em matéria de preservação do direito à vida e à saúde - Precedentes do STF e do STJ - O atendimento ao enfermo é medida de rigor, ante a proteção constitucionalmente prevista - Inteligência do artigo 196 da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente - Minoração da verba honorária em razão da pouca complexidade da matéria - Reexame necessário desacolhido e recurso voluntário parcialmente provido.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 71/81) que julgou procedente o pedido formulado para condenar o Município de Araçatuba a fornecer o medicamento prescrito "Ritalina LA 20mg" (que pode ser substituído por "Concerta 18mg"), enquanto perdurar o tratamento do autor, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais). Honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apela o Município de Araçatuba (fls. 83/119) alegando que o medicamento pleiteado não está inserto na lista padronizada do SUS como encargo de sua responsabilidade. Assevera não ser possível, diante da atual oferta de medicamentos genéricos e similares, exigir do Estado e Municípios a aquisição de medicação de marca comercial. Consigna não restar provado nos autos o rendimento da família do autor. Enfatiza ser imprescindível a verificação de perícia médica a fim de comprovar a necessidade dos produtos solicitados. Destaca que, integrando a autoridade pública impetrada a Administração Pública direta (Executivo), a ela compete averiguar o mérito (conveniência e oportunidade) para estabelecer prioridades, consoante dotação orçamentária municipal. Evoca o princípio da reserva do possível. Requer a redução do valor da verba honorária deferida. Pugna pelo provimento do recurso.

Contra-razões a fls. 123/124.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 133/135).

É O RELATÓRIO.

Considera-se como interposto o recurso de ofício.

Primeiramente, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Estado, uma vez que os três entes da Federação são solidários em relação ao dever de prestar assistência à população na área da saúde, porquanto o termo Estado, inserido no artigo 196 da Constituição Federal, engloba a União, o Estado e os Municípios.

Nestes termos, o Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas. 2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala). 3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. 5. Recurso especial desprovido.” (Resp 507205/PR, Relator Ministro José Delgado, julgado em 07/10/03).

Ressalte-se que a unicidade do sistema de saúde (SUS), integrado pelas três entidades federativas, não admite a escusa, sob o fundamento da repartição de competências, especialmente quando se trata de doenças graves, que colocam em risco a vida do paciente.

Ademais, irrelevante a discussão a respeito de quem é a responsabilidade direta para o fornecimento dos medicamentos, se deste ou daquele órgão público ou da Administração Direta, quer estadual, quer federal ou municipal, pois esta é uma matéria adstrita ao contexto orçamentário e neste campo é que se farão as devidas compensações.

O reconhecimento dessa responsabilidade não importa em transformar o Poder Judiciário em co-gestor dos recursos destinados à saúde pública, visto que o acolhimento da pretensão ora deduzida apenas torna efetivo o direito de integral assistência à saúde, não se confundindo essa atribuição específica do Judiciário com o poder-dever da Administração de gerir as verbas ou recursos de determinada área ou, ainda, de estabelecer suas prioridades de atuação.

Não se trata, *in casu*, de conferir tratamento privilegiado a um cidadão em detrimento dos demais, porquanto o requerente é hipossuficiente, menor de idade e portador de 'Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade', conforme relatório médico (fl. 13), que informa ter o paciente feito uso de 'metilfenidato' comum, abandonado em razão de seus efeitos colaterais. Foi proposto, então, novo tratamento com a medicação de liberação lenta "Ritalina LA 20mg", que o menor e sua família não possuem condições de adquirir (fl. 11).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Impende considerar que o tratamento foi indicado por profissional da saúde – neurologista - cuja conduta, pautada pelo Código de Ética Médica, impõe a fixação do melhor tratamento ao paciente. Presume-se que, estando o médico devidamente habilitado, como de fato está, tem todas as condições técnicas para prescrever o melhor tratamento à patologia identificada, sendo que qualquer discussão sobre a eficácia e adequação do medicamento se insere no âmbito de responsabilidade exclusiva do médico receitante, não se admitindo, por essa razão, a realização de prova pericial.

Outrossim, o fato da medicação ter sido prescrita por médico particular é irrelevante para o deslinde da demanda, visto ser de conhecimento geral que o atendimento oferecido pela rede pública de saúde é insuficiente para atender à população, obrigando os pacientes que não podem aguardar por atendimento a socorrer-se da rede particular de saúde.

Assim, é dever do Estado dar atendimento ao menor, tendo em vista o cumprimento do que lhe incumbe o encargo decorrente do disposto nos artigos 5º e 196 da Carta Magna, que determinam:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida...”

“Art. 196 - 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”.

Dessa forma, não pode a Administração eximir-se dessa obrigação sob quaisquer pretextos, tais como repartição de competências, falta de numerário, necessidade de pré-fixação de verbas para o atendimento dos serviços de saúde, alto custo, falta de padronização ou falta de enquadramento dos produtos receitados no Protocolo Técnico. Na verdade, desde que demonstrada a necessidade do medicamento e a impossibilidade de sua aquisição pelo solicitante, é dever da Administração Pública fornecê-lo.

Descabida, por sua vez, a utilização das questões orçamentárias como entrave ao cumprimento das normas previstas na Constituição Federal e que devem ser respeitadas pelo Poder Público.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No tocante ao alegado princípio da reserva do possível, no julgamento da Apelação Cível nº 658.318-5/3-00, o ilustre Desembargador Décio Notarangeli assim decidiu:

"MEDICAMENTOS – Fornecimento pelo Estado. 1. O direito à vida e à saúde qualifica-se como atributo inerente à dignidade da pessoa humana, conceito erigido pela Constituição Federal em fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). 2. A pessoa hipossuficiente portadora de doença grave faz jus à obtenção gratuita de medicamentos, instrumentos e materiais de auto-aplicação e autocontrole junto ao Poder Público. 3. Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível em matéria de preservação do direito à vida e à saúde. Precedentes do STF e do STJ. Sentença reformada. Segurança concedida. Recurso provido."

No corpo deste v.acórdão está explicitado:

"Por outro lado, não cabe invocar, para exonerar o Estado do cumprimento de suas obrigações constitucionais, a aplicação da chamada Teoria da Reserva do Possível, segundo a qual os indivíduos não têm direito subjetivo frente ao Estado senão nos limites da razoabilidade.

Primeiro, porque a referida teoria, fruto de construção jurisprudencial, tem origem na Alemanha, cuja realidade socioeconômica é manifestamente distinta da realidade brasileira. Assim, é de discutível validade e difícil aceitação a teoria sobre conceitos de mínimo existencial e razoabilidade do que esperar da sociedade em face do confronto entre a gama de direitos já reconhecidos naquele país e um sistema perverso de profundas desigualdades que afligem milhares de brasileiros.

Segundo, porque o direito à vida e à saúde qualifica-se como direito de primeira geração, prerrogativa essencial para assegurar condições materiais mínimas de existência, o chamado mínimo existencial, compatível com a dignidade da pessoa humana, de forma que não comporta sacrifício em razão de abusiva conduta governamental negativa. A prevalecer entendimento contrário estariam comprometidos direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (STF – ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/04, DJU 04/05/04).

Nesse sentido o ensinamento de ANA PAULA DE BARCELLOS, ao asseverar que "a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível" (A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, Renovar, 2002, págs. 245/246).

Na verdade, na humanística e feliz síntese do Ministro Celso de Mello, "entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas" (RE-AgR nº 393.175/RS).

Na hipótese vertente, o direito invocado por ele está expresso na Lei Maior e restou comprovada, documentalmente, a necessidade da medicação pretendida, bem como a hipossuficiência, já que é patrocinado pela Defensoria Pública do Estado.

Vale lembrar que o artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, com a redação dada pela Lei nº 11.185/2005) assegura, expressamente, o "atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde", acrescentando o parágrafo 2º que "incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação".

O direito à vida e à saúde são corolários do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), o qual é o norteador da interpretação e aplicação do direito. Assim, se o estado-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

administração não atender a tais direitos de forma voluntária, o Poder Jurisdicional o compelirá ao cumprimento das garantias fundamentais dos cidadãos, até porque vigente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a toda lesão ou ameaça a direitos (artigo 5º, XXXV, CF).

No tocante aos honorários advocatícios fixados, porém, assiste razão ao apelante, sendo de rigor a minoração da verba honorária para R\$ 500,00 (quinhentos reais) ante a pouca complexidade da questão, aplicando-se a norma do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Posto isto, desacolhem o reexame necessário e dão parcial provimento ao recurso voluntário.

São Paulo, 27 de maio de 2009.

SERGIO GOMES

Presidente e Relator