



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO ALVES DA SILVA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0001043-56.2015.815.0000

ORIGEM: Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital

RELATOR: Desembargador João Alves da Silva

AGRAVANTE: Jhenefir Kelly Virgínio, representada por sua genitora, Kessia Kelly Virgínio dos Santos (Adv. Bruna de Freitas Mathieson)

AGRAVADO: Município de João Pessoa

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM EFEITO SUSPENSIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. NECESSIDADE E URGÊNCIA DO PROCEDIMENTO. ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. VALOR MAIOR. DEVER DO PODER PÚBLICO EM REALIZAR O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, §1º, DO CPC. PROVIMENTO DO AGRAVO.

- A Corte Superior de Justiça já se posicionou no sentido da admissibilidade de recurso quando é proferido decisão de mero expediente, a fim de evitar dano irreparável. *In casu*, o agravo deve ser conhecido e provido, para que o recorrente seja agraciado com o procedimento cirúrgico perseguido na inicial, diante da necessidade e urgência que o caso requer.

- “Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde” (REsp 828.140/MT, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 23.04.2007). 2 Agravo Regimental não provido”¹.

– “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um

¹ STJ - AgRg no Ag 893.108/PE - Rel. Ministro Herman Benjamin – T2 - DJ 22/10/2007 - p. 240.

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: o respeito indeclinável à vida”.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido liminar interposto por Jhennafir Kelly Virgínio, representada por sua genitora, Kessia Kelly Virgínio dos Santos, contra despacho proferido pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, manejada pelo ora recorrente em desfavor do Município de João Pessoa.

No despacho impugnado, o douto magistrado *a quo*, com arrimo na Recomendação nº 31 do CNJ, reservou analisar o pleito liminar após a manifestação do promovido, no prazo de 72 horas, além de solicitar parecer à Câmara Técnica em Saúde, no prazo de 05 dias.

Inconformado, a recorrente interpôs agravo de instrumento alegando, em suas razões recursais, a necessidade e urgência do tratamento cirúrgico (Artrodese da coluna dorsolumbar), a fim de corrigir grave escoliose que a acomete, podendo levar a graves complicações.

Assevera que fora pleiteado o pedido de liminar ao Juízo de primeiro grau para que o Município arque com o tratamento solicitado, entretanto o magistrado determinou que a autora apresentasse laudo médico, com a demonstração da urgência do procedimento. Após o cumprimento da determinação, comprovando a urgência do caso, o magistrado postergou a apreciação do pedido liminar, determinando que o Município se manifeste no prazo de 72 horas.

Afirma que o magistrado, ao posicionar-se de tal maneira, terminou por negar, ainda que implicitamente, a tutela jurisdicional requerida pela agravante, sobretudo porque no caso em tela a apreciação posterior seria fulminada pela perda superveniente do objeto.

Por esta razão, pugna, em sede liminar, pelo imediato deferimento da tutela antecipatória e, conseqüentemente, que o agravado custeie o procedimento cirúrgico solicitado na inicial.

É o relatório. DECIDO

De início, compulsando-se os autos e analisando-se a casuística posta em deslinde, faz-se necessário adiantar que o presente agravo de instrumento

merece provimento liminar, em razão dos fundamentos abaixo delineados.

Conforme relatado, o promovente, ora recorrente, ajuizou ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, requerendo a realização de procedimento cirúrgico (Artrodese da coluna dorsolombar), com urgência, a fim de combater grave escoliose idiopática do adolescente – CID 10 M41.1, estando, assim, o agravante em estado de perigo, vez que, caso não proceda ao tratamento a tempo, a enfermidade pode lhe ocasionar sérios prejuízos, inclusive, segundo relata, a morte.

Recebidos os autos, o douto magistrado *a quo* concedeu o prazo de 72 (setenta e duas) horas para a Fazenda Pública Estatal se manifestar, o que fez ao destacar a Recomendação nº 31 do CNJ. Ademais, solicitou parecer à Câmara Técnica em Saúde, no prazo de 05 dias.

Diante da urgência e da necessidade que o caso requer, o agravante interpôs o presente recurso, devendo, nesses termos, ser conhecido e, diante das provas colacionadas aos autos, provido.

Com relação ao tema, a Corte Superior de Justiça já se manifestou, assegurando que nas decisões de mero expediente, quando fica comprovada a gravidade do caso, é admissível o recurso, vejamos:

“PROCESSO CIVIL - DECISÃO DE MERO EXPEDIENTE - AUSÊNCIA DE GRAVAME - IRRECORRIBILIDADE - ART. 557 DO CPC NÃO VIOLADO. 1. **As decisões de mero expediente, quando causam gravame à parte, podem ser objeto de recurso**, o que não se aplica à hipótese dos autos, pois a decisão que, de fato causou o gravame, foi a sentença, passível de recurso com efeito suspensivo, para evitar a conversão do depósito em renda. Art. 504 do CPC não violado. 2. Sendo incabível o recurso, perfeitamente aplicável o art. 557 do CPC, cuja violação se afasta. 3. Recurso especial improvido.”¹(g.n.)

Consoante visto, o agravante necessita da realização do procedimento cirúrgico de neurocirurgia da coluna vertebral para correção da escoliose idiopática, para evitar sequelas irreversíveis, déficit motor, implicações funcionais de estruturas vitais, tudo isso comprovado através do vasto substrato probatório acostado aos autos (fls. 50/73 e 77/82).

Ressalte-se, por oportuno e pertinente, que a Constituição Federal, ao tratar “**Dos Direitos e Garantias Fundamentais**” (Título II), deixa positivado, logo no *caput* do art. 5º, que são garantidos “**aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...**”.

¹ STJ - REsp 365023 MG 2001/0110562-8 – Rel. Min. Eliana Calmon – T2 - Julgamento: 03/06/2003

Ao se ocupar do tema, Alexandre de Moraes assevera que **“o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”**. E conclui logo após: **“A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”**.²

Para Uadi Lâmega Bulos, o direito a vida não implica apenas em nascer, mas também o **“direito de subsistir ou sobreviver”**.

Corolário direto desta garantia constitucional, o direito a saúde foi objeto de especial atenção do legislador constitucional que, no art. 196, cuidou de estabelecer os princípios sobre os quais se assenta. Ali ficou positivado:

“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”.

Ao tratar dos direitos fundamentais e, mais especificamente, do direito à vida e à saúde, a norma de regência determina, no seu art. 11, § 2º, que **“incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.”**

Ora, diante da sistemática adotada pela Constituição, bem assim os princípios que ali se encontram positivados, não se pode chegar a outra conclusão que não seja a obrigatoriedade dos entes federados, no caso o Estado da Paraíba, através do seu órgão responsável pela Saúde, em custear o procedimento pleiteado pelo recorrente.

De fato, negar tal fornecimento, nas circunstâncias retratadas nos autos, equivale a negar à paciente o direito à saúde e, por consequência óbvia e inexorável, à vida, violando os princípios tidos por fundamentais pela Carta Política.

Não se pode olvidar, a propósito, das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem **“violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a uma específico mandamento obrigatório mas a todo um sistema de comandos”**.³

Sobre o tema, merece destaque o seguinte precedente do STJ:

² Direito Constitucional - 8ª ed. - Atlas - p.61/62.

³ Elementos de Direito Administrativo - 3ª ed. - p. 300.

“CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente”.⁴

Não poderia ser outra a conclusão, já que, como bem assentiu o Ministro Celso de Mello, da Suprema Corte, ao despachar nos autos da PETMC –

⁴ STJ - ROMS 11183/PR - Rel. Min. José Delgado - DJ 04.09.2000 - p.00121.

1246/SC, “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.

A jurisprudência do próprio TJPB, em caso semelhante, decidiu no mesmo sentido, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO COM EFEITO SUSPENSIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. NECESSIDADE E URGÊNCIA DO PROCEDIMENTO. ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO. TUTELA DO DIREITO À; VIDA E À; SAÚDE. VALOR MAIOR. DEVER DO PODER PÚBLICO EM REALIZAR O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DO ARTIGO 557, §1º, DO CPC. PROVIMENTO DO AGRAVO. - A Corte Superior de Justiça já se posicionou no sentido da admissibilidade de recurso quando é proferido decisão de mero expediente, a fim de evitar dano irreparável. In casu, o agravo deve ser conhecido e provido, para que o recorrente seja agraciado com o procedimento cirúrgico perseguido na inicial, diante da necessidade e urgência que o caso requer. - "Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado.”⁵

Diante de tal cenário e levando em consideração o disposto no art. 557, § 1º-A, CPC, **dou provimento ao presente recurso**, para determinar que o Município de João Pessoa proceda a realização da cirurgia pleiteada pela parte recorrente, nos moldes da inicial, sob pena de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), limitado ao montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Outrossim, expeça-se mandado de intimação ao Secretário de Saúde do Estado da Paraíba, bem como ao Governador, com os termos da presente decisão, a fim de seu cumprimento.

Cumpra-se com urgência.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 27 de fevereiro de 2015.

⁵ TJPB – AI 2010155-49.2014.815.0000 – Des. João Alves da Silva – 08/08/2014.

Desembargador João Alves da Silva
Relator