



**ESTADO DA PARAÍBA  
PODER JUDICIÁRIO  
GABINETE DO DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES**

**DECISÃO TERMINATIVA**

**APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL Nº 0001314-66.2014.815.0981 – 1ª Vara de Queimadas**

**Relator** : Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides

**Recorrente** : Estado da Paraíba, representado por sua Procuradora Jaqueline Lopes de Alencar

**Recorrido** : Ministério Público do Estado da Paraíba

**Remetente** : Juízo da 1ª Vara da Comarca de Queimadas.

**APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA — AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA — REALIZAÇÃO DE CIRURGIA — OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO — PROCEDÊNCIA DO PEDIDO — PRELIMINAR: AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO — DESNECESSÁRIO — DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE — ART. 196 DA CARTA MAGNA — ANÁLISE DO QUADRO CLÍNICO — PRESCINDÍVEL — REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA — MANUTENÇÃO DA SENTENÇA — DESPROVIMENTO AO RECURSO.**

*— A Constituição Federal garantiu a todos a inafastabilidade jurisdicional sempre que houver lesões ou ameaças de lesões a direito. Nesse norte, dispõe o art. 5º, XXXV, do Texto Maior.*

*— Quando a Constituição Federal reza que “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” (art. 196), não está emitindo uma recomendação moral ou meramente ética.*

*— Por sua vez, quanto ao argumento de ser necessária a realização de perícia médica, já que se encontra perfeitamente demonstrada a necessidade do paciente de se submeter a cirurgia prescrita pelo médico que vem acompanhando seu estado de saúde*

**Vistos etc.**

Cuidam-se de *Apelação Cível e Remessa Oficial* oriunda da sentença de fls. 68/70v, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Mista de Queimadas, nos autos da Ação Civil Pública proposta em favor do paciente Pedro Ryan Francisco da Silva, menor impúbere, representado por sua Genitora, Cleide Francisco da Silva em desfavor do Estado da Paraíba e Município de Queimadas.

Na sentença, o Juízo *a quo* JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, com esteio no artigo 196 da Constituição Federal, para condenar os réus, Município de Queimadas e Estado da Paraíba, a procederem a cirurgia pleiteada no menor. Sem custas, em face do que prevê o art. 29 da Lei Estadual nº 5.672/92.

O Estado da Paraíba, irresignado, apresentou recurso apelatório, aduzindo, preliminarmente a necessidade de verificação da competência para o fornecimento do medicamento, bem como a necessidade de análise prévia do quadro clínico. Por fim, alegou que ao Judiciário é vedada a análise dos motivos que levaram o Administrador a estabelecer determinadas medidas voltadas à prestação do serviço de atendimento à saúde do cidadão, posto que tal atribuição encontra-se na esfera de discricionariedade do agente público.

Contrarrazões ao pedido, fls. 94/96.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento da Apelação Cível e da Remessa Necessária, mantendo-se integralmente a decisão de primeiro grau (fls.105/111)

**É o relatório.**

**Decido.**

No caso em exame, segundo depreende-se do laudo médico de fl., é portador de cataraca congênita bilateral (CID Q.12.O) e que não tem condições financeiras para custear o tratamento médico, sendo necessário o uso contínuo da medicação específica já indicada.

O Juízo *a quo*  **julgou procedente o pedido** para condenar os réus, Município de Queimadas e Estado da Paraíba, a procederem a cirurgia pleiteada no menor

Pois bem, não merece reforma a sentença vergastada.

### **Preliminar: Ausência de busca preliminar do fornecimento**

Alega o recorrente que a parte autora não buscou perante o Estado da Paraíba o medicamento, antes de intentar com a demanda judicial, o que configura sua falta de interesse processual.

A Constituição Federal garantiu a todos a inafastabilidade jurisdicional sempre que houver lesões ou ameaças de lesões a direito. Nesse norte, dispõe o art. 5º, XXXV, do Texto Maior:

“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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
(...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Portanto, não se pode impor ao autor que busque, inicialmente, o seu direito extrajudicialmente, para que depois exerça o seu direito de ação, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário.

Na definição doutrinária e jurisprudencial, para evidenciar o interesse processual, incumbe ao autor demonstrar a utilidade do provimento, a necessidade da atividade jurisdicional e a adequação do procedimento utilizado para alcançar o fim colimado. Sem dúvidas, tais pressupostos encontram-se bem visíveis na hipótese em análise.

Assim, não há que se falar, no caso concreto, em falta de interesse processual, vez que a intervenção judicial requerida mostra-se adequada e útil ao deslinde da controvérsia.

### **Mérito:**

Quando a Constituição Federal reza que “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” (art. 196), não está emitindo uma recomendação moral ou meramente ética.

Como um subtipo de direito social de segunda geração (ou dimensão), o direito à saúde possui um sentido material, com o matiz teleológico de realizar o princípio da justiça social. Revela, ainda, uma dimensão positiva, vez que cuida de propiciar o que CELSO LAFER (em “*A Reconstrução dos Direitos Humanos*”, 1991, p. 127) chama de “direito de participar do bem-estar social”.

Como bem observa INGO WOLFGANG SARLET (“*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, 2005, 5ª ed., p. 56), o reconhecimento dos direitos sociais (de segunda geração) pelas diversas Constituições das nações revela “uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”.

Consigne-se que é cada vez mais evidente a necessidade de uma releitura da Constituição a partir de uma visão material (teoria material da Constituição), desapegada ao rigor formal do positivismo jurídico Kelseniano e associada às novas tendências do neoconstitucionalismo. Este reflexo, por sua vez, implica justamente em rever certas concepções, notadamente quando se está diante de caso em que, em última instância, acaba por negar vigência a um determinado direito fundamental.

Por outro lado, afigura-se necessário socorrer-se do princípio da proporcionalidade para, mediante a técnica da ponderação de interesses, aferir-se qual o princípio que prepondera à luz da teoria constitucional para fins de formar juízo decisório seguro sobre a pretensão recursal. Segundo o Ministro Teori Albino Zavascki, o postulado da proporcionalidade abrange os seguintes aspectos ou subprincípios: necessidade, adequação, menor restrição possível e salva guarda do núcleo essencial.

É preciso considerar que um dos pontos que marca sensivelmente o espírito que impulsionou o constituinte de 1988, preocupado com a quebra do modelo de exceção pelo qual o Estado Brasileiro permaneceu submetido por longos anos, é a amplitude e a hipertrofia dos direitos tidos por fundamentais.

Esta amplitude pode-se dizer, não partiu apenas do vasto rol de direitos e garantias elencados no artigo 5º, mas, sobretudo, na abertura concedida pelo artigo 5º, §2º com relação a outros direitos que, igualmente, guardam pertinência com os valores defendidos por aquelas normas fundamentais.

O direito à saúde, embora não esteja previsto diretamente no artigo 5º, encontra-se previsto na própria Constituição (arts. 6º, 23, II, 24, XII e 196 todos da CF) e assume, da mesma forma que aqueles, a feição de verdadeiro direito fundamental de segunda geração. Sob este prisma, a saúde carrega, em sua essência, a necessidade do cidadão em obter uma conduta ativa do Estado no sentido preservar-lhe o direito maior que é o direito à vida.

Com isto, passa o cidadão a ostentar um direito subjetivo público em face do Estado, exigindo-lhe a prestação correspondente para que lhe seja assegurado o pleno acesso aos meios que possibilitem o tratamento de saúde, dentro dos quais se inclui o direito ao fornecimento de medicamentos. Com clareza, destacou o eminente Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 271-286 AgR:

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Assim, torna-se bastante evidente que a negativa na prestação por parte do Estado, ameaça o direito fundamental do indivíduo à saúde e, por conseguinte, à própria vida.

Discute-se, assim, de um lado o princípio do acesso à saúde e aos meios necessários à sua implementação (art. 196 da CF); e de outro, a preservação da autonomia estatal em relação às suas próprias escolhas orçamentárias.

Nesse viés, a determinação para a realização de cirurgia **não implica nenhuma violação ao princípio da separação dos poderes**, uma vez que o Judiciário não pretende determinar a inclusão do medicamento necessário ao tratamento de saúde do paciente no rol elaborado pelo SUS, numa tentativa de substituir a vontade da entidade administrativa competente para tal.

O que se busca é, tão somente, preservar a vida da pessoa carente que, extraíndo fundamento do texto Maior, possui um direito subjetivo à obtenção da cirurgia pela entidade pública. E, nesses termos, o Judiciário, ao ser provocado, não pode permanecer inerte, tem o dever de tornar efetivo esse comando constitucional, do contrário, será letra morta.

**Por sua vez, quanto ao argumento de ser necessária a realização de perícia médica, já que se encontra perfeitamente demonstrada a necessidade do paciente de se submeter a cirurgia prescrita pelo médico que vem acompanhando seu estado de saúde.**

Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E ILEGITIMIDADE PASSIVA. PERÍCIA MÉDICA. DESNECESSIDADE.

IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE CUSTAS. ISENÇÃO. CARTÓRIO ESTATIZADO. APLICAÇÃO DO ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO DO REGIMENTO DE CUSTAS. Preliminar de cerceamento de defesa: **Revela-se prescindível a realização de perícia médica judiciária quando perfeitamente demonstrada a necessidade da agravada de fazer uso do medicamento prescrito pelo médico que vem acompanhando seu estado de saúde.** Mérito e prefacial de ilegitimidade passiva: Fornecimento de medicamento: O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário (CF - art. 196), do que deriva a responsabilidade solidária e linear dos entes federativos, como já assentou o Supremo Tribunal Federal (RE 195.192/RS - rel. Min. Marco Aurélio). Saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município (art. 241, CE). Elevado à condição de direito social fundamental do homem, contido no art. 6º da CF, declarado por seus artigos 196 e seguintes, é de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da C. Federal, que dá ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas. Fixação de astreintes: O juiz pode aplicar as *astreintes* de ofício, objetivando a efetivação da tutela específica, mesmo contra pessoa jurídica de direito público, que no caso de descumprimento da obrigação de fazer, terá que suportá-las. Deve prevalecer o direito à saúde e o cumprimento de decisão judicial. Custas processuais: Nos termos do artigo 11 do Regimento de Custas a regra é que ao Estado cumpre pagar os emolumentos por metade e a exceção é a isenção quando se trata de servidor que dele recebe vencimentos. Preliminares rejeitadas. Apelo provido em parte. Unânime. (Apelação Cível Nº 70023798531, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 30/04/2008)

Assim, num juízo de ponderação, **a partir do princípio da proporcionalidade**, deve prevalecer o poder geral de cautela no sentido de preservar a vida do paciente.

De se registrar, ainda, que sendo a obrigação quanto ao fornecimento do tratamento solidária entre os entes federativos, ao Estado, de igual modo caberá a adoção das providências necessárias à consolidação dos medicamentos requeridos, não se justificando a sua escusa na maior ou menor complexidade da obrigação.

Ademais, cumpre destacar que a restrição feita ao direito à saúde num caso como o que se está aqui discutindo apresenta efeitos muito mais nefastos ao autor do que a mitigação ao princípio da reserva do financeiramente possível, já que não há provas cabais de que as despesas efetuadas pelo Estado tenham o condão de prejudicar sobremaneira o desempenho de outras atividades.

Deveras, por vezes, o Estado tem se valido da máxima da reserva do financeiramente possível para justificar sua conduta omissiva em relação à implementação dos direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos com status positivo na célebre classificação de Jellinek. Estes direitos são justamente marcados por guardarem uma íntima relação de necessidade com uma postura ativa do Estado.

Assim, considerando a contrariedade do presente recurso ao entendimento firmado pelo STF em sede de Repercussão Geral, encontra-se presente pressuposto de julgamento monocrático nos termos do novo diploma processual.

Pelo exposto, nos termos do art. 932, IV, do NCPC, **NEGO PROVIMENTO** à apelação cível e remessa oficial, mantendo a sentença vergastada em todos os seus termos.

**Publique-se. Intime-se.**

João Pessoa, 29 de agosto de 2018.

*Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides*  
*Relator*