Registro: 2018.0000372350

# ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 1006715-38.2015.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e PREFEITURA MUNICIPAL DE TABOAO DA SERRA e Recorrente JUIZO EX OFFÍCIO, são apelados BRUNO ROÇAS RODRIGUES DE FIGUEIREDO DEL PRETE, MARIA JOSE ROÇAS MARTINS RODRIGUES DEL PRETE (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) e MARCELO DE FIGUEIREDO DEL PRETE (REPRESENTADO(A) POR SEU PAI).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 21 de maio de 2018.

MARCELO MARTINS BERTHE
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Voto nº 14.917

5ª Câmara de Direito Público

Apelação / Reexame Necessário nº 1006715-38.2015.8.26.0609

Apelantes: Fazenda do Estado de São Paulo e Município de Taboão da Serra

Apelado: Bruno Roças Rodrigues de Figueiredo Del Prete

Recurso ex officio do Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Taboão da Serra

Juiz sentenciante: Aluísio Moreira Bueno

RECURSOS DE APELAÇÃO E EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. 1. MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO EM ATOS NORMATIVOS DO SUS – TEMA 106. MODULAÇÃO DE EFEITOS. Após o julgamento do REsp 1.657.156/RJ, sob o rito do art. 1.036 do Código de Processo Civil – Recurso Especial Representativo de Controvérsia, fixou-se o entendimento da necessidade de requisitos. Processo distribuído anteriormente à conclusão do julgamento. Inaplicabilidade do RE. 2. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NECESSÁRIO À SAÚDE. Inteligência do art. 198 da Constituição Federal. Precedentes do E. STF. Súmulas 29 e 37 deste E. Tribunal de Justiça. Particular portadora de Epilepsia. Necessidade do uso do medicamento Hemp Oil. Dever constitucional do Estado, em seu sentido amplo, de fornecer tratamento e condições salubres indispensáveis à sobrevivência humana, conforme determina o artigo 196 da Constituição Federal. Necessidade de proteção do bem maior que é a vida. Responsabilidade solidária dos entes da federação. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do E. STF. 3. Sentença mantida. Recursos desprovidos

Tratam os autos de recursos de apelação e ex officio extraídos de Mandado de Segurança, interposto contra a r. sentença de fls. 155/159, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Taboão da Serra, que concedeu a segurança e determinou que os impetrados fornecessem mensalmente o medicamento Canabidiol, na quantidade descrita pelo médico, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos Reais). Não houve condenação em custas e honorários advocatícios.

A Fazenda Pública Estadual interpôs recurso, no qual sustenta que o medicamento requerido não é o adequado para o tratamento (fls.162/173).

Em seguida, a Fazenda Pública Municipal também recorreu sustentando, em síntese, que o direito à saúde não garante situações individualizadas, como o fornecimento de medicamentos não disponibilizados pelo SUS (fls. 174/180).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 184/190 e 197/201).

Houve sobrestamento do feito em virtude da Decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp 1.657.156/RJ (fls. 127/129).

É o relatório.

Os recursos não comportam provimento.

Por primeiro, anote-se que a questão dos autos restringe-se apenas ao fornecimento de medicamento não padronizado pelo SUS, não sendo, entretanto, de alto custo ou sem registro na ANVISA.

Ademais, aplicável à hipótese a modulação realizada no julgamento do REsp 1.657.156/RJ, dispensando, portanto, o cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

Anote-se, por oportuno, é dever de todos os entes federativos promover o direito constitucional do indivíduo a ter pleno acesso aos meios que lhe proporcionem a saúde, de modo que eventuais questões relacionadas aos repasses e utilização de recursos públicos devem ser resolvidas pelos próprios entes estatais.

A propósito, tanto no RE nº 855.178/PE, quanto no RE nº 566.471/RN, este de relatoria do E. Ministro Marco Aurélio, julgado em sede de repercussão geral pelo E. Supremo Tribunal Federal, que trata da questão constitucional relativa à transgressão aos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, §1º e 5º, da Constituição Federal, pertinente à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo, inexiste até o momento decisão que confronte com os fundamentos que serão adotados nesta decisão.

Já no caso concreto, verifica-se que a apelada é

portadora de Epilepsia e necessita do uso do medicamento Real Scientific Hemp Oil para o tratamento médico a garantir sua saúde, não tendo condições financeiras para seu custeio.

O artigo 196 da Constituição Federal assegura ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, assim dispondo:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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.

Assim, atender a necessidade de um cidadão que necessita de atendimento não afronta o princípio da igualdade e cumpre a expressa disposição constitucional.

Portanto, é notória a obrigação do Poder Público à proteção da saúde, sendo certo que a recusa por qualquer ente da Federação em fornecer o necessário é uma afronta às normas e princípios constitucionais.

Cumpre observar, ainda, que o Poder Judiciário não pretende gerir os recursos destinados à saúde pública, mas sim ser o porto seguro onde enfermos desprovidos de recursos financeiros poderão buscar a efetivação dos direitos fundamentais relativos à vida e à saúde constitucionalmente garantidos.

É obrigação do Estado - em seu sentido amplo - a proteção à saúde das pessoas. A recusa em fornecer o necessário constitui grave e

hedionda ofensa aos princípios constitucionais.

Nesse sentido é o entendimento consolidado e pacificado desta C. 5ª Câmara de Direito Público[1]:

> DIREITO À SAÚDE – Fornecimento de medicamento – Obrigação de fazer – Dever do Estado – Tutela à saúde ampla e incondicionada – Previsão constitucional em norma de eficácia plena, e não meramente programática – Recusa injustificada que define a ilegalidade da conduta estatal – Procedência do pedido – Facultada a substituição do remédio por outro com idêntico princípio ativo e posologia – Recomendação para que a receita médica seja apresentada ao órgão farmacêutico dispensador – Remessa necessária não provida – Apelação da Fazenda Paulista provida . HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Ação patrocinada pela Defensoria Pública do Estado, sendo ré a própria Fazenda Estadual – Hipótese de confusão – Descabimento da verba honorária – Exegese do artigo 381 do Código Civil de 2002 (dispositivo equivalente no artigo 1.049 do Código Civil de 1916), mesmo após o advento da Lei Complementar Federal 132/2009 – Precedentes jurisprudenciais. (Apelação nº 1001144-25.2017.8.26.0348, Mauá, Des. Fermino Magnani Filho, j. 08.05.2018).

> APELAÇÃO CÍVEL – Tratamento médico por hemodiálise - Direito à vida. - Dever constitucional do Estado. – Art. 196 da Constituição Federal – Comprovação da necessidade do tratamento - Solidariedade dos entes federativos - Responsabilidade do próprio Estado, por inteiro – Verba honorária mantida – Recursos improvidos. (Apelação nº 1023606-31.2017.8.26.0071, Bauru, Rel. Maria Laura Tavares, j. 03.05.2018).

[1] Na mesma linha decide nesta C. 5ª Câmara de Direito Público: Rel. Des. Francisco Bianco: Apelação nº 1009738-53.2014.8.26.0309, Jundiai, v.u., j. 29/04/2016; Rel. Des. Nogueira Diefenthäler: Apelação nº 1002784-63.2015.8.26.0597, Sertãozinho, v.u., j. 12/04/2016.

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO CONSTITUCIONAL – PRETENSÃO AO FORNECIMENTO DE INSUMO – HIPOSSUFICIÊNCIA – POSSIBILIDADE. 1. Inicialmente, a suspensão do processo, determinada pelo C. STJ, no REsp nº 1.657.156-RJ (Tema nº 106), é inaplicável à hipótese dos autos, pois, no caso concreto, não há pretensão tendente ao fornecimento de medicamento. 2. No mérito, comprovação da necessidade do insumo, pela parte impetrante, mediante a apresentação de receita médica. 3. A Constituição Federal não condiciona o acesso universal e igualitário à saúde à demonstração de eventual hipossuficiência. 4. Dever do Estado, nos termos dos artigos 1º, II, 23, II, 30, VII e 196 da CF. 5. Solidariedade dos Entes Políticos da Federação, conforme as Súmulas nos 37 e 29 deste E. Tribunal de Justiça. 6. Inocorrência de ingerência do Poder Judiciário na atividade administrativa do Estado, que agiu em razão de provocação da parte interessada, com o objetivo de reconhecer direitos e garantias constitucionais. 7. Inexistência de ofensa a princípios orçamentários, na gestão de recursos públicos. 8. Ordem impetrada em mandado de segurança, concedida. 9. Sentença, ratificada, inclusive, com relação aos encargos da condenação e os ônus decorrentes da sucumbência. 10. Recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte impetrada, desprovidos. (Apelação nº 1001345-02.2017.8.26.0062, Bairi, Rel. Des. Francisco Bianco, j. 20.04.2018).

REEXAME NECESSÁRIO. Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos padronizados. Direito fundamental e de eficácia imediata. Dever comum dos entes federados. Inexistência de infração a princípios constitucionais e às normas e princípios que informam a Administração. Restrições orçamentárias e demais argumentos técnicos inoponíveis, à vista da magnitude do direito protegido. Assistência integral e individualizada. Necessidade

manifesta. Sentença de procedência. Reexame necessário provido em parte, apenas para se consignar que deve ser admitida a substituição por medicamento genérico. (Apelação nº 1003983-05.2017.8.26.0451, Piracicaba, Rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, j. 17.04.2018).

REEXAME NECESSÁRIO – DIREITO À SAÚDE – OBRIGAÇÃO DE FAZER – MEDICAMENTO. 1. Dever constitucional e infraconstitucional atribuível aos entes políticos do Estado de provisão de insumos e medicamentos necessários para a garantia da saúde dos cidadãos. Exegese dos artigos 1º, III, 5º, 'caput' e 196 da Constituição Federal. Lei federal 8080/90 que estabelece competência conjunta da União, Estados e Municípios para o cumprimento destes misteres. Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. 2. Ausência de interposição de recurso de apelação. Reexame necessário obrigatório. 3. Exegese do artigo 5º, "caput", 196 e 198 da Constituição da República; artigo 496, do Código de Processo Civil. Reexame necessário desprovido. (Apelação nº 1004047-25.2014.8.26.0223, Guarujá, Rel. Des. Nogueira Diefenthaler, j. 13.04.2018).

No mais, havendo relatórios e prescrições médicos idôneos, conforme se verifica às fl. 24, não resta dúvida quanto à necessidade dos medicamentos para salvaguardar a vida digna.

Ademais, o tratamento foi prescrito por médico idôneo, devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina.

Se a prescrição é adequada ou não para salvar a vida, somente o médico poderá responder à indagação. É um tema que diz respeito à

área própria da medicina e parte-se do pressuposto que o médico responsável pela subscrição da receita atuou de acordo com a conduta ético-profissional.

Negar o necessário ao tratamento no caso concreto pode agravar a enfermidade ou até causar a morte.

Acrescente-se, por oportuno, que o Poder Público não está adstrito a atender essa ou aquela doença, fornecendo apenas esse ou aquele tratamento, pois, se assim fosse, aí sim se estaria "quebrando" o princípio da igualdade, ofendendo-se de forma direta todos os princípios constitucionais.

Ressalte-se, por fim, que à aquisição e o fornecimento do medicamento em questão aplica-se o disposto na Lei nº 9.787/99, devendo ser observada a possibilidade de intercâmbio com medicamento genérico, respeitada a decisão expressa de não intercambialidade do profissional subscritor.

Por tais motivos, a r. sentença não comporta reparo, devendo ser integralmente mantida, inclusive por seus jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Os honorários advocatícios devem ser acrescidos de 2% sobre o montante fixado pelo MM. Juiz a quo, além do montante já fixado pelo MM. Juízo a quo, observado o trabalho adicional realizado no âmbito recursal, nos termos do art. 85, §11, do Código de Processo Civil.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de

Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem, expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

MARCELO MARTINS BERTHE
Relator