



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2014.0000393802

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação / Reexame Necessário nº 0012944-20.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUIZO EX OFFICIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO E DESACOLHERAM O REEXAME NECESSÁRIO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente), PAULO DIMAS MASCARETTI E JARBAS GOMES.

São Paulo, 2 de julho de 2014

João Carlos Garcia
PRESIDENTE E RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO – Tratamento de síndrome de apnéia obstrutiva do sono grave (SAOS) – Fornecimento de máscara nasal – Prescrição de médico particular – Tratamento por prazo indeterminado – Patologia confirmada por parecer de órgão técnico do Estado – Protocolos clínicos não são absolutos e devem acolher casos excepcionais – Sentença de procedência – Apelo desprovido e reexame necessário desacolhido.

1. Cuida-se de reexame necessário e apelação do ESTADO DE SÃO PAULO contra sentença de procedência de ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra ele e o MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, versando o fornecimento de MÁSCARA NASAL PARA APARELHO CPAP a LUIZ FERNANDO DONATI, portador de síndrome de apnéia obstrutiva do sono grave (SAOS), tornando definitiva a liminar (fls. 20 e 63/66).

Pleiteia o réu a inversão do julgado, sustentando, preliminarmente, ilegitimidade ativa e passiva, e, no mérito, alega a limitação dos recursos financeiros e pugna pelo respeito às listas de medicamentos padronizados para o protocolo clínico oficial (fls. 63/66).

O recurso foi contraditado e a Procuradoria de Justiça opinou pela manutenção da sentença (fls. 81/87 e 91/102).

É o relatório.

2. As preliminares não comportam acolhimento.

Esta Câmara já teve a oportunidade de se manifestar acerca da legitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil pública versando dispensação de medicamentos e insumos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(APELAÇÃO 379.150.5/2-00, rel. Des. Carvalho Viana):

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, visando à defesa do direito de acesso integral à saúde, ainda que em nome de um único cidadão, por se tratar de direito individual indisponível, nos termos do art. 127 da Constituição Federal. Respeitado o entendimento das apelantes, a maioria doutrinária adotou esse posicionamento, conforme sintetiza Rodolfo de Camargo Mancuso:

'Cremos que o ponto de equilíbrio nessa controvérsia depende de que seja devidamente valorizado o disposto no caput do art. 127 da CF, onde se diz que ao Parquet compete a defesa dos 'interesses sociais e individuais indisponíveis'. Ou seja, quando for individual o interesse, ele há de vir qualificado pela nota da indisponibilidade, vale dizer, prevalência do caráter de ordem pública em face do bem de vida direto e imediato perseguido pelo interessado. Até porque, de outro modo, a legitimação remanesceria ordinária, individualmente ou em cúmulo subjetivo. É nessa linha que se coloca Hugo Nigro Mazzili: 'a defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público'. Conforme observado por Kazuo Watanabe: 'em linha de princípio somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do Parquet. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para adir nessa modalidade de demanda molecular...' (Ação Civil Pública, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 120).

No mais, a unicidade do sistema de saúde (SUS) confere a qualquer das três entidades federativas legitimidade passiva *ad causam* para figurar em ações que visem ao cumprimento de obrigação *ex lege* (art. 198, CF e LEI 8.080/90). Evidente, assim, a solidariedade do atendimento, que não é afetada por qualquer disposição legislativa de menor hierarquia para agilização e consecução de tal finalidade, designadamente, com relação a eventual divisão de competências para tal atendimento, que deve ser integral (REsp 507.205/PR, rel. min. José Delgado).

No mérito, repita-se à exaustão: a questão da dispensação de medicamentos, equipamentos e insumos de saúde é uma das mais tormentosas das submetidas a julgamento na Seção de Direito Público desta Corte, por versar colisão de princípios constitucionais da maior relevância: o da dignidade da pessoa humana, com direito ao tratamento da saúde, e o da obediência ao protocolo do serviço de saúde como forma de se universalizar o acesso aos serviços públicos médico-hospitalares.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Notório o conflito entre aquele princípio fundamental, de atenção individual à pessoa humana (CR, art. 1º, inc. III), com o da solidariedade, que norteia o “*acesso universal e igualitário às ações e serviços*” de saúde (CR, art. 196), notadamente pela imprescindibilidade de se ater à realidade social, de finitude dos recursos públicos, —o que certa doutrina trata pela dicção “*reserva do possível*”, na esteira da jurisprudência constitucional alemã¹.

A solução está na aplicação do direito à luz da teoria tridimensional de MIGUEL REALE², através da lógica do razoável preconizada por CHAÏM PERELMAN³ e do conceito de Situação Jurídica Subjetiva, em substituição ao de *Direito Subjetivo*, na linha doutrinária de CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO⁴, firmada ideologicamente em princípios democráticos que abandonam o poder quase absoluto antes conferido ao seu titular pelo conjunto interligado de faculdades e deveres outorgado a uma pessoa, dentro de um contexto fático, para que todos possam alcançar fins, axiomáticamente diversos e interligados, de uma dada comunidade social.

Em outras palavras: a faculdade de se exigir do Poder Público a dispensação de medicamento, equipamento ou insumo necessário ao tratamento de moléstia, especialmente quando diagnosticada em sede privada, por médico particular, ou quando o tratamento prescrito não é padronizado pelos programas oficiais, só se legitima na exata medida em que tal exigência não conflite com o dever do Estado de “*assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

É indubitoso que a ênfase ao coletivo obscurece o

¹ Cf. Giovani Bigolin, *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*, disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucionais/giovani_bigolin.htm.

² MIGUEL REALE, *FILOSOFIA DO DIREITO*, Saraiva, 17ª ed., pág. 510.

³ *ÉTICA E DIREITO*, Martins Fontes, 1996.

⁴ *ABUSO DEL DERECHO*, Astrea, Buenos Aires, 1992.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indivíduo, por mais justo que seja o seu interesse individual, pena de uns serem atendidos em prejuízo dos demais.

É fato notório, ainda, que o princípio do solidarismo, sob cuja ótica se realiza a universalidade do acesso ao tratamento da saúde, carece de existência de Política Pública capaz de aplicar eficientemente os estudos atuariais concernentes aos dados de moléstias incidentes, controles de diagnósticos, adequação de tratamentos (incluindo internações, cirurgias, medicamentos), otimização de custos tendo em vista à amplitude do atendimento.

Pois bem.

No caso concreto, o paciente é portador de síndrome de apnéia obstrutiva do sono grave (SAOS) (CID 10 – G47.3), sendo-lhe prescrito, por médico da rede particular, a utilização de MÁSCARA NASAL PARA APARELHO CPAP, cujo fornecimento foi negado pelo réu, ao fundamento de que não se encontra nos programas de assistência farmacêutica da rede pública de saúde (fls. 06/18).

Ocorre que os parâmetros oficiais não são absolutos, de modo que as próprias políticas públicas admitem ou devem admitir, em circunstâncias excepcionais, alguma adaptação às particularidades do paciente, quando os tratamentos ou medicamentos previstos nos programas oficiais não se mostram eficazes ou recomendados pelo médico que o acompanha. Do contrário, negar-se-ia o direito ao serviço de saúde (a tantos outros assegurado) àqueles que, por motivos alheios à sua vontade, não se enquadram na padronização oficial.

Cabe ao Estado, portanto, a responsabilidade de prover ao cidadão o tratamento adequado prescrito por profissional de saúde cuja conduta, pautada pelo Código de Ética Médica, impõe a fixação do melhor tratamento ao paciente, ou daquele que assegure a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recuperação da sua saúde.

Ponderadas todas essas circunstâncias, forçoso reconhecer a prevalência do direito à vida e à saúde frente aos parâmetros formais de dispensação de medicamentos, conquanto, em princípio, sejam eles legítimos e igualmente necessários.

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo e desacolhe-se o reexame necessário.

JOÃO CARLOS GARCIA
RELATOR