



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2023.0000866748

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008361-73.2022.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante MARIA DE LOURDES IBRAIM (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MUNICÍPIO DE ATIBAIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente) E JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 5 de outubro de 2023.

PAULO CÍCERO AUGUSTO PEREIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Cível nº 1008361-73.2022.8.26.0048

Apelante: Maria de Lourdes Ibraim

Apelado: Município de Atibaia

COMARCA: Atibaia

VOTO nº 1.376

Recurso de Apelação. Ação Judicial Declaratória de Direito com Pedido de Tutela de Urgência em Caráter Liminar. Pretensão da impetrante que lhe sejam concedidas 360 (trezentos e sessenta) fraldas geriátricas mensais. Autora que é idosa e foi diagnosticada como portadora de CID F02. Aplicação ao caso dos art. 6º, art. 23, inciso II, art. 196 e art. 198, da Constituição Federal; arts. 219 e 222, da Constituição do Estado de São Paulo; arts. 9º e 15, da Lei n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso; arts. 2º e 6º, da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Incabível que se imponha prévia negativa na via administrativa para que se ajuíze ação. Provimento jurisdicional que não está condicionado ao esgotamento da via administrativa, sob pena de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

subversão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, outrossim, ao princípio do direito de ação, nos termos do disposto no inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal. Diante das provas produzidas nos autos, patente a procedência do pedido inicial. Sentença modificada. Precedentes. Recurso de Apelação provido.

Vistos.

Trata-se de **Ação Judicial Declaratória de Direito com Pedido de Tutela de Urgência em Caráter Liminar** ajuizada por **Maria de Lourdes Ibraim**, em face da **Fazenda Pública do Município de Atibaia - SP**, oportunidade em que a autora promove narrativa acerca de seu histórico de saúde, e informa que é idosa e foi diagnosticada como portadora de CID F02, sendo necessário o uso diário de fraldas XG, mais especificamente 360 (trezentos e sessenta) fraldas mensais, sendo certo que em virtude da conhecida negativa das Fazendas Públicas em fornecer tal insumo, propõe a presente ação. Juntou procuração e documentos (fls. 13/19).

Decisão de fls. 45/47, em relação a qual não foi interposto qualquer recurso, deferiu o pleito formulado em sede de tutela de urgência.

Em atenção à referida decisão, juntou parte autora documentos a comprovar sua hipossuficiência financeira (fls. 48 - 49/56), e na sequência, foram concedidos à suplicante os benefícios da justiça gratuita (fls. 62).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Após, apresentação de contestação pela Fazenda Pública (fls. 75/77), seguida de réplica (fls. 98/111), outras deliberações, bem como, manifestações de ambas as partes, por derradeiro, foi proferida sentença pelo Juízo '*a quo*' (fls. 132/134), que considerando a não comprovação de negativa administrativa por parte da Fazenda Pública em fornecer as fraldas, que são objetos do presente feito, motivo pelo qual julgou improcedente o pedido inicial.

Irresignada, interpôs **Recurso de Apelação** a parte autora (fls. 138/145), e em reduzida síntese, após reiterar os termos da inicial, justifica a impossibilidade de que se imponha o esgotamento da via administrativa, para obtenção de provimento jurisdicional, motivos pelos quais, requereu pelo provimento do Recurso interposto, com a conseqüente reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido inicial, impondo-se a Fazenda Pública a concessão de fraldas à autora.

Apresentou contrarrazões a Fazenda Pública do Município de Atibaia – SP (fls. 164/168).

Em sede de Juízo de admissibilidade, verifico como reunidos os requisitos para processamento do Recurso de Apelação interposto pela parte autora.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Não há matéria preliminar a ser analisada.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

No mérito, merece provimento o Recurso de Apelação interposto pelo impetrante, justifico.

Com a presente ação busca a autora que seja imposta de obrigação de fazer em desfavor da Fazenda Pública, para que disponibilize em seu favor 360 (trezentos e sessenta) fraldas geriátricas XG mensais, uma vez que é idosa e foi diagnosticada como portadora de CID F02, pretensão tal que foi julgada improcedente pelo Juízo 'a quo', que ensejou a interposição do presente Recurso.

E, analisando os autos, especialmente as razões recursais, tenho que a pretensão da autora mereça prosperar.

Como consabido, o direito à saúde é incontestável no ordenamento jurídico pátrio, sendo consagrado como direito fundamental da dignidade da pessoa humana, pois decorre expressamente do texto constitucional, consoante se verifica da atual Magna Carta:

“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(...)

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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(...)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”
 (grifei)

No mesmo sentido, também é taxativo o art. 219, parágrafo único, item 4, da Constituição do Estado de São Paulo, vejamos:

“Artigo 219 - A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

(...)

4 - atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.”
 (grifei)

Igualmente, aplicável ao caso a Lei n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso, com maior proteção à agravante que por sua vez assim preveem:

“Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

(...)

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde da pessoa idosa, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente as pessoas idosas.

(...)

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer às pessoas idosas, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.” (grifei)

Também não se deve perder de vista o quanto determina a Lei Orgânica de Saúde n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, mormente em especial o artigo 2º, parágrafo 1º, o qual determina o seguinte:

"Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação."
 (grifei)

Como se vê, o direito ao amparo à saúde é resguardado pela legislação em vários níveis, sendo certo que ao contrário do quanto fundamentado pelo Juízo 'a quo', não deve ser imposto qualquer obstáculo à obtenção de provimento jurisdicional na busca do amparo à saúde, especialmente no que diz respeito a pessoa idosa, que compõe importante parcela da sociedade, especialmente em respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, outrossim, ao princípio do direito de ação, nos termos do disposto no inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, no sentido de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Assim, uma vez delimitada a responsabilidade do Estado, e tendo em vista que comprovado a situação de saúde frágil em que se encontra a autora, outrossim, a necessidade de que lhe seja concedido o insumo postulado em inicial, para que seja conferido à idosa melhor qualidade de vida, inclusive, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, patente a modificação da sentença, para que seja imposto a parte ré a obrigação de fazer consistente na concessão das 360 (trezentos e sessenta) fraldas mensais.

Ademais, a corroborar o entendimento adotado nesta oportunidade, cito trecho de Acórdão proferido pelo colendo Superior Tribunal de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Justiça, quanto a desnecessidade de esgotamento da via administrativa para o ajuizamento de ação judicial, vejamos:

**“RECURSO ESPECIAL Nº 1.562.596 - RS
 (2015/0258164-5)**

RECORRENTE: C K A

REPR. POR: C A

REPR. POR: D M K

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO
 DO RIO GRANDE DO SUL**

RECORRIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**PROCURADOR: RAUL CAZAROTTO E OUTRO (S) -
 RS028801**

DECISÃO

C K A representada por C A e por D M K, ajuizou ação ordinária contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por meio da qual pretendia obter a medicação necessária para o tratamento de sua doença.

Contra a decisão que julgou parcialmente procedente o pedido, C K A e o Estado do Rio Grande do Sul interpuseram recursos de apelação. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento à primeira e acolheu parcialmente o recurso estadual, nos termos da seguinte ementa (fl. 165):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. FIXAÇÃO DE MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ESTADO - DEFENSORIA- HONORÁRIOS.

Não é necessário o prévio esgotamento da via administrativa ou a provocação da administração pública para que seja postulada a medicação diretamente ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio do livre acesso ao judiciário pelo cidadão previsto no inciso XXXV, do artigo 5 Q, da Constituição Federal.” (grifei)

Ademais, a própria Câmara Especial desta Egrégia Corte, assim também já decidiu:

“OBRIGAÇÃO DE FAZER. APELAÇÕES. REMESSA NECESSÁRIA. SAÚDE. Interesse de agir do autor. Desnecessidade de esgotamento da via administrativa. Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Responsabilidade solidária dos entes federados confirmada pelo STF no julgamento do RE nº. 855.178 (Tema nº. 793). Incidência das Súmulas nº 37 e 66 do TJSP. Inteligência do art. 23, II, da Constituição Federal. Possibilidade de obtenção do ressarcimento pela via administrativa ou ação própria. Menor com



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

transtorno do espectro autista (CID F84.0). Fornecimento o fármaco risperidona 1mg. Demonstração da necessidade do medicamento. Fármaco registrado na ANVISA e listado nos atos normativos do SUS (RENAME 2022). Não aplicação da tese firmada em sede de recurso repetitivo (REsp nº. 1.657.156/RJ) - Tema 106 do STJ. Hipossuficiência financeira do núcleo familiar evidenciada. Dever de atendimento pelo Poder Público. Uso 'off label'. Aceitação pelo Superior Tribunal de Justiça. Prevalência das normas que tratam da tutela à vida e à saúde. Direito público e subjetivo que deve ser resguardado. Princípio da proteção integral. Intervenção judicial. Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes. Súmula nº. 65 do TJSP. Apresentação de receita médica atualizada a cada seis meses. Garantia de continuidade do tratamento. Multa e honorários advocatícios. Valores mantidos. Quantificação atendendo os parâmetros adotados pela Câmara Especial. Precedentes. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS.” (TJ-SP 10059887220228260047 Assis, Relator: Sulaiman Miguel, Data de Julgamento: 17/04/2023, Câmara Especial, Data de Publicação: 17/04/2023) (grifei)

Eis a hipótese dos autos, motivos pelos quais deve ser modificada a sentença guerreada, impondo-se a Fazenda Pública a concessão das fraldas postuladas em inicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que já pacificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, faz-se desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando para tanto que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 24).

Tendo em vista a modificação da sentença proferida pelo Juízo '*a quo*', com a procedência do pedido inicial, devem os ônus da sucumbência também serem invertidos, impondo-se à ré o pagamento das custas e despesas processuais, e honorários de sucumbência, os quais, nesta oportunidade, com base no art. 85, caput, §§1º e 2º, do NCPC, fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor total atribuído à causa.

Posto isso, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao **Recurso de Apelação** interposto pela parte autora, nos termos da fundamentação.

PAULO CÍCERO AUGUSTO PEREIRA

Relator