



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

ECA. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. FORNECIMENTO DE CADEIRA DE RODAS. OBSERVÂNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.

Incabível a cominação das *astreintes* contra a Fazenda Pública. O Poder Judiciário deve atentar ao princípio da reserva do possível. Diante da carência de recursos para atender a todos os pedidos concernentes aos direitos à vida e à saúde, devem ser estabelecidas prioridades, sob pena de ser relegado o atendimento dos casos de extrema necessidade e urgência, em prejuízo a outros pacientes. Ausente comprovação de o não-fornecimento do equipamento, nas especificações pleiteadas, ofereça risco à vida da paciente ou a impeça de prosseguir seu tratamento em condições dignas.

POR MAIORIA, APELO PROVIDO, VENCIDO O RELATOR.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70017357252

COMARCA DE TAQUARA

E.R.G.S.

APELANTE

P.G.S. R.P.S.M.M.H.G.

APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **por maioria, vencido o Relator, em dar provimento ao apelo.**

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS.**

Porto Alegre, 14 de março de 2007.



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL,
Relator.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS,
Presidenta e Redatora.

RELATÓRIO

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (RELATOR)

P. G. S., menor impúbere, representada por sua mãe, M. H. G., ajuizou a presente ação contra o Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o fornecimento de cadeira de rodas, por ser portadora de “traumatismo craniano encefálico grave” (CID S 06-2) (fls. 02 a 14).

O Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido de fornecimento do equipamento requerido. No capítulo acessório, isentou o réu do pagamento de honorários, pelo fato de ser a ação patrocinada pela Defensoria Pública (fls. 210 a 214).

Irresignado com a sentença, o demandado apelou (fls. 217 a 228).

Preliminarmente, destacou que não é de sua competência o fornecimento de cadeira de rodas, em razão do que dispõe o artigo 1º da Lei Estadual 9.908/93.

No mérito, sustentou não ter havido prova de risco de vida da autora, e salientou que a atividade administrativa deve focar-se no interesse da coletividade, elegendo prioridades.

Por fim, aduziu ter sido equivocada a aplicação de pena de multa em caso de descumprimento da sentença.

Em face do exposto, postulou o provimento do apelo.

Foram ofertadas contra-razões (fls. 230 a 234).



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

Nesta instância, o Ministério Público opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 250 a 260).

Distribuído o recurso, originalmente, para a Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins, em sessão realizada em 14 de dezembro de 2006, determinou a 22ª Câmara Cível desta Corte a redistribuição do feito, por tratar de questão relativa ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Redistribuídos, vieram-me os autos conclusos, para julgamento.

Registre-se, por fim, que foi cumprido o comando estabelecido pelos artigos 549, 551 e 552, do CPC.

É o relatório.

VOTOS

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (RELATOR)

É de se rejeitar a preliminar e, no mérito, dar-se parcial provimento ao recurso.

PRELIMINAR: RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Com efeito, o artigo 196 da CF, ao determinar 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 e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, refere-se a todos os entes da Federação, os quais possuem competência comum no cuidado da saúde da população, nos termos do artigo 23, II, da CF.



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

A seu turno, a Constituição Estadual, em igual sentido, estabeleceu em seu artigo 241 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação”.

No sentido até aqui desenvolvido, aliás, é a jurisprudência pacífica deste Tribunal de Justiça, como se vê, exemplificativamente, dos seguintes julgados: AC 70010115152 (TJRS), e AC 70004103313 (TJRS).

Destarte, não prospera a tese de ilegitimidade passiva ventilada pelo apelante, razão da rejeição da preliminar.

MÉRITO: FORNECIMENTO DE CADEIRA DE RODAS

Com efeito, em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde foi priorizado tanto pelo legislador constituinte quanto pelo legislador infraconstitucional (artigos 196 e 227 da CF, artigo 241 da CE, Lei Estadual 9.908/93, e artigo 7º do ECA, entre outros).

A colocação de tal direito social (à saúde) em patamar tão elevado deve-se ao fato de que este direito se encontra intimamente ligado ao direito à vida, bem como à tão propalada dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III, da CF. Ademais, é bom que se diga, o direito à vida e à saúde (direitos fundamentais) prevalecem sobre qualquer outro interesse do Estado, mormente quando se trata da proteção de uma criança ou adolescente.

Para a efetivação dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, exige-se dos entes públicos a perpetração de ações concretas, como se vê da simples leitura do artigo 5º, §1º, da CF. Este é o entendimento da doutrina e jurisprudência moderna, não mais subsistindo a doutrina e jurisprudência conservadora, a qual escusava o Estado do cumprimento de tais obrigações, sob a assertiva de que tais normas apresentavam um caráter programático, servindo apenas de orientação ao



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

Poder Executivo, de modo que não poderia o Poder Judiciário exigir seu cumprimento.

A falta de dotação orçamentária, aliás, não afasta o direito subjetivo de cada individuo de exigir do Poder Público as obrigações que lhe são impostas pela Constituição, especialmente na área da saúde, a qual deve se apresentar como prioridade no orçamento dos entes da Federação, tanto que a não-aplicação do mínimo exigido da receita resultante dos impostos estaduais pode acarretar até mesmo a intervenção Federal, nos exatos termos do artigo 34, VII, "e", da CF.

Destarte, cabe ao Estado e ao Município organizarem suas finanças, dentro das diretrizes legais, a fim de possibilitar a prestação de ações e serviços públicos de saúde, atendendo de forma adequada às necessidades da população. No entanto, mesmo que comprovassem os Entes Públicos o esgotamento de seus recursos, persistiria a obrigação de prestação do serviço de saúde, uma vez que o valor vida encontra-se em patamar superior ao interesse econômico destes.

Segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, "o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo" (*in* "Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural", n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

Ressalto, por oportuno, que o Poder Judiciário, ao determinar o fornecimento de cadeira de rodas, não está infringindo o princípio da independência entre os Poderes, na medida em que o artigo 5º, XXXV, da CF, é claro ao determinar que nem mesmo a lei poderá excluir da



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não estando o Poder Público acima do controle jurisdicional.

Não se trata de o Judiciário interferir em outro Poder, o que afrontaria o princípio constitucional da separação e harmonia entre os Poderes. Não há interferência precisamente porque o Judiciário atua no caso concreto e não em tese, no presente e não para o futuro, atuação essa sem os atributos da generalidade, abstração e impessoalidade, próprios da lei e não do ato judicial.

Igualmente, a determinação de fornecimento de cadeira de rodas não afronta a necessária licitação prévia para a aquisição dos mesmos. A uma, porque o direito à saúde se sobrepõe, em face da aplicação do princípio da proporcionalidade, à Lei 8.666/93 e ao artigo 37 da CF. A duas, porque a própria Lei 8.666/93, em seu artigo 24, IV, prevê a possibilidade de dispensa da licitação em casos em que caracterizada situação de urgência.

Em casos como o dos autos, a jurisprudência já de longa data se firmou não só nesta Corte Estadual, mas também nas Cortes Superiores, como se observa pelos seguintes precedentes, apenas exemplificativamente: RE 242859/RS (STF), RE 195192/RS (STF), AC 70006064497 (TJRS), e AC 70011586864 (TJRS).

Na espécie, a apelada necessita que lhe seja fornecida cadeira de rodas adaptada (*Recliner Ultra-Lite X*), por ser portadora de “traumatismo craniano encefálico grave” (CID S 06-2), sendo esta cadeira, de acordo com as informações constantes dos autos, essenciais para que a menor possa se locomover de maneira mais adequada e, ainda, ter um mínimo de qualidade de vida, uma vez que sobrevive por meio de aparelhos e vive em estado vegetativo.

Destarte, pelos argumentos até aqui expostos, não vislumbro situação capaz de alterar a decisão que impôs ao ora apelante a obrigação



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

pelo fornecimento da cadeira de rodas à apelada, razão do desprovimento, no ponto, do recurso de apelação.

MÉRITO: ASTREINTES

Com efeito, nos termos da orientação desta Câmara, afigura-se descabida a cominação de multa por dia de atraso no cumprimento de provimento judicial mandamental, uma vez que tal imposição apenas contribui para o agravamento das finanças públicas, gerando novo ônus a ser suportado por toda a sociedade, sem atingir a efetividade almejada o provimento mandamental.

A respeito do tema, confira-se o interessante excerto da decisão proferida pelo eminente Des. Araken de Assis nos autos do Agravo de Instrumento 70009686122, *verbis*:

(...)

“Em princípio, aplica-se às pessoas jurídicas de direito público a disciplina do art. 461 do Cód. de Proc. Civil. Mas, há que atentar para a razoabilidade no uso dos meios coercitivos, pois a Administração, jungida à legalidade, nem sempre exhibe condições de atender, prontamente, as chamadas “prestações positivas” resultantes dos comandos constitucionais. E ainda há que considerar que, por lastimável deficiência do ordenamento jurídico pátrio, a multa grava o Erário, jamais o agente político ou o servidor com competência para praticar o ato, pessoalmente, o que, no fundo, a torna inócua. A função da técnica de coerção patrimonial é pressionar, psicologicamente, quem pode cumprir a ordem judicial, ameaçando-lhe com sanção pecuniária, objetivo frustrado pela impossibilidade de atingir aquelas pessoas. No caso, avulta a inexistência de recusa em cumprir a ordem judicial.

“Nesta contingência, a aplicação de multa pecuniária é inútil e inconveniente: de um lado, não assegura a prestação imposta, vez que não atinge o agente público competente para praticar o ato, e, por isso, revela-se inútil;



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

de outro lado, drena os recursos da área da saúde em benefício de um único cidadão, prejudicando a todos os demais, e, por tal motivo, sua inconveniência é manifesta.”

(...)

Assim, pelo exposto, no ponto, dou provimento ao recurso, ao efeito de suspender a cominação de multa por dia de atraso no cumprimento do provimento judicial mandamental, advertindo ao apelante que o descumprimento ou embaraço à efetivação do provimento mandamental pode ensejar a tutela específica da obrigação, mediante bloqueio de valores, sem prejuízo da cominação da multa prevista no artigo 14 do CPC, esta destinada ao agente público descumpridor da ordem, bem assim como das demais sanções processuais e criminais cabíveis.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE E REDATORA)

No tocante à cominação das *astreintes*, acompanho o em. Relator.

Entretanto, dirirjo quanto ao demais.

Sem sombra de dúvida, é dever comum das entidades federativas cuidar da saúde e assistência públicas, à luz do disposto nos artigos 6º e 196, da Constituição Federal, que têm aplicação e execução imediatas.

Todavia, em que pese seja necessário o uso da cadeira de rodas prescrita, não está demonstrado o risco à vida da paciente, ora apelada.



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

Embora o art. 196 da CRFB estabeleça que a saúde constitui direito de todos e dever do Estado, não se pode olvidar a crescente insuficiência de recursos, a qual estabelece o dever de serem estabelecidas prioridades. Ao Poder Executivo não pode ser atribuído o dever de arcar com todos os pedidos submetidos ao Judiciário, sob pena de serem relegados os casos de extrema necessidade e urgência.

Se faz hoje necessária uma posição mais criteriosa do Judiciário, em face do princípio da reserva do possível, não podendo o juiz *alcançar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Não fora isso, o atendimento a todo e qualquer pedido [...] que não venha devidamente comprovado como indispensável à manutenção da vida de pacientes, poderia acarretar o esvaziamento de outras, realmente mais urgentes* (Apelação Cível nº 70008407843, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, j. 30-06-2004).

Ao depois, *in casu*, a adolescente P. G. S. vem recebendo, na medida do possível, toda a assistência necessária para o tratamento de sua saúde, o que a coloca fora de qualquer risco, consoante admite expressamente a petição inicial (fl. 04):

O Município de Riozinho, segundo informações da mãe da autora e da Assistente Social daquele local, auxiliam com o fornecimento dos medicamentos, fraldas, alimentos especiais, outros produtos para a manutenção da saúde, tais como gases, microporo, colírio, equipamento para a alimentação (tubos), equipamentos (gotas) para a sonda, hipoglós, loção Lanetti, bem como visitas periódicas do Programa Saúde da Família, que disponibiliza médicos, técnicos de enfermagem e assistente social para o acompanhamento do quadro de saúde da autora, e ainda, fornece semestralmente passagens de avião para a locomoção até o Hospital SARAH KUBISCHEK, em Brasília, para continuidade do tratamento de tentativa de reabilitação e/ou controle da progressão do quadro de lesões.



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

Por mais grave que seja o estado de saúde da apelada, não está comprovada a necessidade imperiosa do fornecimento de uma cadeira de rodas que se enquadre nas especificações pleiteadas (*Recliner Ultra-Lite X* ou *Jaguaribe, Modelo Agile Reclinável*), nem se demonstrou que sem esse equipamento a recorrida não possa prosseguir com seu tratamento de saúde em condições dignas.

Com efeito, não se pode desbordar da razoabilidade, e em casos como presente, o norte deve ser que o Estado está obrigado a fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais, sendo estes entendidos como aqueles que devam ser usados com freqüência ou de forma permanente, quando indispensáveis à vida do paciente.

Portanto, não existe suporte legal para o pedido de fornecimento de cadeira de rodas, porquanto em relação a este pedido não existe regramento infraconstitucional às normas programáticas da Constituição Federal, além do que se deve observância à cláusula da reserva do possível.

Nesse sentido, trecho do voto do Min. Celso de Mello (Relator) no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 45-DF (STF), j. 29-04-2004:

[...]

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência,



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [...]

Por tais fundamentos, o voto é no sentido de rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, dar provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido de fornecimento de cadeira de rodas à apelada.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - De acordo com a Presidenta.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70017357252, Comarca de Taquara: "POR MAIORIA, PROVERAM O RECURSO, VENCIDO O RELATOR."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70017357252
2006/CÍVEL

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO CARLOS CORREA GREY