

Apelação Cível n. 2011.037640-8, de Tijucas
Relator: Des. José Volpato de Souza

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDICAMENTO. ALERGIA AO LEITE BOVINO E À SOJA. NECESSIDADE DE SUPLEMENTO ALIMENTAR POR, NO MÍNIMO, SEIS MESES. MENOR EM TRATAMENTO EM HOSPITAL PÚBLICO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE AS TRÊS ESFERAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AFASTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO AO JULGAMENTO ANTECIPADO. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. DIREITO À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA INTEGRAL GARANTIDA NO ART. 6º, I, "D", DA LEI N. 8.080/1990 CORROBORADA PELO INCISO VII DO ART. 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA QUE SE SOBREPÕE AO INTERESSE FINANCEIRO DO ESTADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.037640-8, da comarca de Tijucas (1ª Vara), em que é apelante Município de Tijucas, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer do recurso e do reexame necessário para negar-lhes provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina aforou ação civil pública contra o Município de Tijucas, alegando, em síntese, que tomou conhecimento da negativa do réu em fornecer o leite especial "peptamem Jr." à infante I.R.,

alérgica à proteína do leite bovino e à soja, pertencente à família de baixa renda e, portanto, sem condições de arcar com os custos mensais do suplemento de uso contínuo, nos termos da recomendação médica expedida por profissional vinculado ao SUS, razão pela qual requereu a antecipação dos efeitos da tutela para que o réu passe a fornecê-lo desde já e a posterior confirmação desta em sentença (fls. 2-34). Juntou documentos às fls. 35-51.

Em análise do pleito liminar, a Togada singular determinou o fornecimento de 12 (doze) latas do leite "peptamem jr" por mês à menor, sob pena de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento (fls. 53-55).

Citado, o Município de Tijucas apresentou contestação (fls. 82-101), aduzindo, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva e o chamamento da União e do Estado de Santa Catarina ao feito. No mérito, asseverou que: é necessário averiguar a possibilidade de substituição do alimento, por meio de perícia médica judicial; a procedência de ações como a presente coloca em risco a coletividade; as despesas com a aquisição do alimento, nos termos da liminar, tumultua as finanças públicas; deve ser observado o princípio da razoabilidade. Por fim, pugnou pela reconsideração da antecipação de tutela e pela improcedência da demanda. Trouxe documentos às fls. 102-116.

Réplica às fls. 118-132.

Sentenciando antecipadamente o feito às fls. 134-139, a MMa. Juíza *a quo* julgou procedente a demanda e confirmou a liminar deferida.

Irresignado, o réu apelou, momento em que repisou os argumentos anteriores (fls. 144-146v).

Contrarrazões às fls. 151-167.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Gladys Afonso, que opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 182-195).

VOTO

Versa a lide sobre pedido de fornecimento de suplemento alimentar formulado pelo Ministério Público de Santa Catarina, na condição de representante da menor I.R., que padece de alergia à proteína do leite bovino e à soja.

Insatisfeito, o ente público demandado apelou da decisão, buscando a total reforma do ato decisório, para que o processo seja extinto sem julgamento de mérito, ante a sua ilegitimidade passiva ou para que seja reconhecido o cerceamento do seu direito de defesa, porque não lhe foi oportunizada a produção de prova pericial. Em último caso, pugna pela reforma da sentença para o fim de se reconhecer a sua irresponsabilidade pelo custeio do suplemento, julgando-se totalmente improcedente a lide.

Da ilegitimidade passiva

Afirma o Município de Tijucas que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, porquanto a menor está sendo atendida no Hospital Infantil Joana de Gusmão, vinculado diretamente à Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Santa Catarina, que recebe recursos da União, de modo que os dois entes (Estado e União) devem, necessariamente, ser chamados a integrar a lide.

Todavia, é cediço que a competência para cuidar da saúde e da assistência pública é comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de forma solidária, consoante art. 23, II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Aliás, o tema está pacificado tanto em nosso Tribunal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere dos julgados seguintes:

I) ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO – MATÉRIA FÁTICA DEPENDENTE DE PROVA.

1. Esta Corte tem reconhecido aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade.

Precedentes.

2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a "universalidade da cobertura e do atendimento" (art. 194, parágrafo único, I).

3. A Carta Magna também dispõe 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" (art. 196), sendo que o "atendimento integral" é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198).

4. O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adeque ao seu tratamento.

5. In casu, oferecido pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, pleiteia o impetrante fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, sem descartar em prova circunstanciada a imprestabilidade da opção ofertada.

6. Recurso ordinário improvido. (RMS n. 28338/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 2-6-2009, DJ 17-6-2009)

II) CONSTITUCIONAL – FORNECIMENTO DE FÁRMACOS – TUTELA ANTECIPADA – PRESSUPOSTOS DEMONSTRADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. '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' (AgRgRE nº 271.286, Min. Celso de Mello; RE nº 195.192, Min. Marco Aurélio)' (AI nº 2008.006645-9, Des. Newton Trisotto).

3. 'O medicamento, ainda que não padronizado, deve ser fornecido gratuitamente pelo Estado, se comprovada a necessidade do paciente. (AC nº 03.028469-9, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 24.2.04)' (MS nº 2003.025751-9, Des. Pedro Manoel Abreu)' (AC nº 2008.049625-0, Des. Newton Trisotto). Contudo, ao ente estatal a quem se atribui o dever de prestar a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, deve ser permitido produzir prova – pericial, se necessária – para demonstrar que não há comprovação científica da eficácia do medicamento requisitado para o tratamento da doença do requisitante ou que há sucedâneo aceitável entre aqueles disponibilizados pelo SUS. Pairando dúvidas quanto à eficácia do medicamento, é recomendável que se exija do paciente prova periódica de que subsiste a necessidade do uso (AI n. 2008.005617-3, Des. Newton Trisotto).

4. 'Só o fato de o medicamento ter sido receitado conduz à presunção de

ser necessário ao tratamento do paciente; apenas prova ou fortes indícios poderiam elidi-la' (AI n. 2007.060614-0, Des. Newton Trisotto).

5. 'A ausência de prévia dotação orçamentária não constitui fundamento de magnitude para o Poder Público subtrair-se ao dever de assegurar o direito à saúde' (AI n. 2004.035711-4, Des. Newton Janke)' (AC n. 2007.061421-9, Des. Newton Trisotto)" (AI n. 2009.047192-1, de Chapecó, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 9-4-2010).

Desta forma, a responsabilidade solidária do Poder Executivo decorre da clara exegese da Carta Política, que coloca o Sistema Único de Saúde – SUS como um "todo" a ser administrado com os respectivos recursos de cada um dos entes da Federação: União, Estados e Municípios.

A propósito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

O credor da obrigação solidária pode escolher quem quiser, entre os co-obrigados solidários passivos, para responder pela totalidade da dívida. O autor-credor não é obrigado a litigar contra quem não queira. Ele, credor, é quem *escolhe* o réu da demanda que, a seu juízo, deve responder passivamente pela totalidade da dívida, conforme lhe assegura o direito civil. (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 298). (grifo constante do original)

Nesta medida, o Código de Processo Civil, em seu art. 47, disciplina que o litisconsórcio necessário só ocorrerá *"quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo"*, o que não é caso dos autos, porquanto qualquer um dos entes públicos pode responder a ação de obrigação de fazer interposta com a finalidade de disponibilizar tratamento medicamentoso, em decorrência da natureza dos direitos debatidos.

Não bastasse isso, o Supremo Tribunal Federal em recente decisão da lavra do Ministro Luiz Fux, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 607381/SC em 31-5-2011, consolidou que *"o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para*

evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida".

Desse modo, chega-se à conclusão de que o tanto o Município, como o Estado de Santa Catarina podem figurar, isoladamente, no polo passivo da demanda, razão pela qual afasto a preliminar de ilegitimidade do apelante neste caso.

Do cerceamento de defesa

Afirma, também, o apelante, que o processo em comento não comporta julgamento antecipado, uma vez que a realização de perícia médica é imprescindível, com o fim de averiguar o tempo necessário para o fornecimento do alimento "peptamen jr".

Entretanto, mais uma vez a tese não merece acolhida.

Apreende-se dos autos (fl. 38), que se trata de menor com, atualmente, dois anos de idade, cuja guarda foi dada aos tios, os quais percebem, aproximadamente, R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais por mês) e possuem mais dois filhos para criar, sendo que o custo mensal aproximado das 12 (doze) latas de "peptamen jr" é de R\$ 2.640,00 (dois mil seiscentos e quarenta reais), conforme se desprende da declaração de fl. 47.

Ademais, a necessidade do uso do suplemento foi atestada pelos médicos do Serviço de Gastroenterologia Pediátrica do Hospital Infantil Joana de Gusmão, pertencente ao SUS, os quais foram enfáticos ao afirmar que a menor *"deverá receber esta fórmula até liberação clínica, estimando-se um período mínimo de 6 meses, com consumo mensal médio de 12 (doze) latas"* (fl. 43).

Na mesma ocasião, deixou-se claro que a menor *"manterá acompanhamento clínico mensal"* naquela unidade de saúde, porquanto necessita de avaliação sobre a necessidade ou não da manutenção da dieta especial, a qual poderá ser alterada, dependendo da evolução clínica da paciente. Contudo, neste momento, *"a recuperação e manutenção da saúde desta criança depende do uso da fórmula indicada"* (fl. 44).

Assim, desnecessária a dilação probatória pretendida nesta hipótese, uma vez que comprovado que a menor está sob acompanhamento direto de uma equipe médica no hospital indicado, vinculado ao SUS, o que torna presumível que não existe outra alternativa viável e de menor custo, o que torna descabida a pretensão de realização de perícia médica, a qual, registro, só importaria em mais gastos para o Poder Público.

Em face destas considerações, afasto a prefacial em estudo.

Do mérito

A CRFB consagra o direito à vida no *caput* do seu art. 5º e, mais adiante, estabelece, no art. 196, o direito à saúde como um "direito de todos e dever do Estado" ressaltando, no art. 198, § 1º, que "*o Sistema Único de Saúde será financiado, nos moldes do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes*".

A Lei n. 8.080/90, ao regular o funcionamento do SUS, dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços a ela correspondentes e fixou:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I – a execução de ações:

[...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; (sem grifo no original)

De igual modo, prescreve o inciso VII do art. 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90):

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

[...]

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

Sobre a importância do direito à vida, colhe-se da lição de José Afonso da Silva:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante como o é a vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais. (*In*: Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 307/308).

Como visto, tanto a Constituição Federal como a legislação infraconstitucional impõem ao Estado a obrigação de prestar assistência farmacêutica integral, desde que comprovada a sua indispensabilidade.

Nesta medida, o simples fato de o medicamento ou, como neste caso, do suplemento alimentar, não se encontrar disponível ou incluído na "lista padronizada" elaborada pelo Ministério da Saúde, não impede o Estado, em sentido amplo, de fornecer o remédio prescrito à menor, porquanto o direito à vida se sobrepõe a qualquer entrave ou interesse financeiro.

O Eminentíssimo Des. Jaime Ramos, deixou assente que *"Demonstrada a efetiva necessidade de medicamento específico, cumpre ao ente público fornecê-lo, ainda que não esteja padronizado ou seja de alto custo"*. (AI n. 2006.046018-7, de Joinville, julgado em 8.5.2007).

Desta forma, há de se manter a determinação judicial de fornecimento do alimento à menor, o qual, registre-se, só poderá ser feito mediante a apresentação do receituário médico específico, como ressalvado na sentença *a quo*.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer o recurso e a remessa para negar-lhes provimento, mantendo-se incólume o *decisum* vergastado.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, conheceu do recurso e da remessa e negou-lhes provimento.

O julgamento, realizado em 4 de agosto de 2011, foi presidido pelo

Excelentíssimo Desembargador Cláudio Barreto Dutra (sem voto) e dele participaram, com voto, além do Relator, os Excelentíssimos Desembargadores Jaime Ramos e Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 5 de agosto de 2011.

José Volpato de Souza
RELATOR