



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2017.0000994220

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001867-53.2016.8.26.0615, da Comarca de Tanabi, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada _____.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente), MOACIR PERES E COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1001867-53.2016.8.26.0615

Apelante: Estado de São Paulo

Apelado: _____

Comarca: Tanabi

Voto nº 14319

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Paciente de propecta idade, portadora do Mal de Alzheimer – Pedido de acompanhamento domiciliar, em período integral, envolvendo serviço de enfermeiro e a realização de sessões de fisioterapia – Responsabilidade solidária dos entes federativos – Aplicação da regra do art. 196 da Constituição Federal – O direito à vida é amplo e explicitamente protegido pela Carta Magna, ainda mais em se tratando de interesse de pessoa idosa, albergado na regra do artigo 15, § 2º, da LF nº



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

10.741/03 – Redução da verba honorária, pois fixada em valor exorbitante – Recurso da Fazenda do Estado e reexame necessário parcialmente providos.

Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária, movida por _____, representada por sua curadora, _____ em face da Fazenda do Estado de São Paulo, na qual a autora busca o fornecimento de serviço de *Home Care*, com acompanhamento de enfermeiro durante 24 horas por dia, de forma contínua e ininterrupta, além de tratamento fisioterápico, com 3 sessões semanais, necessários ao tratamento de sequelas do Mal de Alzheimer.

Julgou-se a ação procedente, confirmada a liminar anteriormente concedida. Na oportunidade, a ré foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios no importe de R\$ 25.560,92, por força do artigo 85, §3º, I, e §5º, do Código de Processo Civil.

A Fazenda do Estado de São Paulo interpõe "recurso

2

inominado" (*sic*) contra a r. sentença, pugnando pela a reforma sob o fundamento de que falta de interesse de agir já que o Município presta o serviço de *Home Care*, com financiamento do SUS, recursos estes advindos do Ministério da Saúde, tudo nos termos da Portaria nº 2.029/2011. No mais, aduz que o Estado carece de estrutura organizacional para a prestação do serviço, tanto quanto de dotação orçamentária. Por fim, pede a redução da verba honorária.

Vieram contrarrazões.

É o relatório.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Dou por interposto o reexame necessário.

A preliminar de falta de interesse de agir, suscitada sob o argumento da existência do serviço de *Home Care* prestado no âmbito municipal, confunde-se com o mérito e nesse contexto será examinada.

Não há negar que um dos princípios do texto constitucional é a descentralização, que quer significar apenas “execução de serviços prioritariamente por municípios”, como bem o diz o médico sanitário Eduardo Jorge (*Um pacto pela Saúde*, in Roberto Gouveia, *Saúde Pública, Suprema Lei a nova legislação para a conquista da saúde*, SP, Mandacaru, 2.000, p. 31). E não há nessa interpretação nenhuma novidade, diante do que está nos artigos 219 a 231 da Constituição do Estado de São Paulo.

Quanto à alegação de que o Município dispõe de serviço *home care*, razão por que não se justificaria obrigar o Estado a fornecê-lo, cabe dizer que a atuação no campo das ações e serviços relativos à saúde envolve obrigação solidária, de sorte que à administrada é dado exigir a prestação de qualquer dos entes integrantes da Federação:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

3

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SOBRESTAMENTO
 DE JULGAMENTO COM BASE EM MATÉRIA DE
 REPERCUSSÃO GERAL NÃO CABIMENTO AUSÊNCIA
 DE PREQUESTIONAMENTO SÚMULA 211/STJ
 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES
 FEDERATIVOS. 1. Ab initio, ressalta-se que, ainda que a matéria
 tenha sido reconhecida como repercussão geral pelo Supremo
 Tribunal Federal, descabe sobrestar o julgamento do recurso especial,
 conforme orientação da Corte Especial e como consignado pela
 Primeira Seção no REsp 1.002.932/SP. 2. Verificase que a Corte a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

quo não analisou os artigos infraconstitucionais tidos como violados. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Incidência da Súmula 211 do STJ. 3. Ainda que considerado o prequestionamento implícito, o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de que o fornecimento de medicamentos para as situações de exceção deve ser coordenado entre as três esferas políticas: União, Estado e Município, não sendo permitido, dado o texto constitucional, imputar responsabilidade a apenas um dos operadores. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1163188/SC. 2ª Turma, Min. Rel. Humberto Martins. D. J. 16.06.2010).

E se o legislador constitucional deixou expressamente consignada a relevância pública das ações e serviços de saúde (art. 197 da Constituição Federal e art. 220 da Constituição Estadual), dispondo acerca do acesso universal e do atendimento integral às pessoas (art. 198, II, da Constituição Federal; art. 219, 2 e 4, e art. 222, IV, ambos da Constituição Estadual), isto tudo tem de participar de uma certa ordem de prioridade e de hierarquia das demandas, de

4

diversas naturezas, que o Estado tem de atender. O direito à vida é amplo e explicitamente protegido pela Carta Magna. No dizer de Jacques Robert, citado por José Afonso da Silva, “o respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14ª ed., SP, Malheiros Editores, 1997, p. 195). Por princípio básico de hermenêutica jurídica, quem dá os fins tem de dar os meios. A Constituição Federal, quando estabelece o direito à vida (art. 5º, *caput*) e o direito à saúde (art. 6º), está dizendo que nenhum ser humano poderá ter interrompida a sua trajetória na face da Terra a não ser que inexistam meios, ao alcance do Estado, para evitar a morte.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Diz-se que a omissão do poder público viola regra profundamente enraizada na consciência ética e jurídica dos povos civilizados, de sorte que ao Estado não é dado, mesmo por inação, tirar da pessoa aquilo que a ela não deu, vale dizer, a vida. Está-se aqui diante daquilo que os juristas conhecem como omissão juridicamente relevante, pois o Estado tem, por força da carta magna, obrigação de cuidado e proteção. Sonegar um remédio vital, imprescindível à sobrevivência do enfermo, é conduta da maior gravidade, não escusável, sobretudo à vista do mandamento inscrito no artigo 198, II, da Constituição Federal. A mesma carta constitucional que garante o direito à vida, dá ao homem público os meios para prover a fruição do direito, que estão nos artigos 195 e 198, parágrafo único, daquele texto. Mais que isto, o Código de Saúde do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 791, de 9/3/95) prevê, no seu art. 7º, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que causarem danos ao indivíduo ou à coletividade.

“A saúde é uma das condições essenciais da liberdade individual e da igualdade de todos perante a lei” (art. 2º do Código de Saúde do Estado); “o direito à saúde é inerente à pessoa humana, constituindo-se em direito público e subjetivo” (art. 2º, § 1º). Se não há orçamento para as políticas sociais, o Estado e seus agentes têm de responder por isso (art. 37, §6º), pois a doença que

5

aflige a autora não é fato novo, não colheu a autoridade pública de surpresa. Se o legislador constitucional, dando especial realce à importância das ações e serviços de saúde (art. 197 da Constituição Federal e art. 220 da Constituição Estadual), dispôs acerca do acesso universal e do atendimento integral às pessoas (art. 198, II, da Constituição Federal; art. 219, 2 e 4, e art. 222, IV, ambos da Constituição Estadual), não poderia a administradora, em seu projeto de lei relativo ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, dar menor ênfase, que repercute na expressão monetária, àqueles setores da vida pública, sob pena de se ver aqui configurada uma contradição valorativa ou uma contradição de princípios, como diz Karl Engisch (*Introdução ao pensamento jurídico*, 6ª ed., Lisboa, Fundação Calouste



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Gulbenkian, 1988, 315 a 325). Em outros termos, o legislador terse-ia afastado da vontade do legislador constitucional ou da vontade da Constituição.

Se o médico prescreveu o atendimento domiciliar e a realização de sessões de fisioterapia, porque a autora se encontra impossibilitada de se locomover (fls. 31 e 32), não haveria de ser uma agência burocrática, por mais qualificada, a instância adequada para rever a prescrição médica, conduta que viola, inclusive, o Código de Ética (Cap. I, itens VIII e XVI, da Res. CFM nº 1931/2009).

E todos, independentemente de sua condição econômica, devem receber atendimento integral do Estado, cujos profissionais, além disto, não podem ser impedidos de prescrever tal ou qual tratamento sob o cômodo argumento de que não está contemplado num protocolo. A Constituição Federal tem compromisso com a inclusão, ao passo que as regras burocráticas do órgão de gestão da saúde estão comprometidos com a perversa lógica da exclusão, seguindo critérios exclusivamente financeiros.

E nem se venha dizer que o chamado *Home-Care* é

6

atendimento individualizado, incompatível com a medicina socializada, tampouco que a destinação de recursos específicos a tratamento diferenciado deixaria a descoberto o tratamento e os cuidados mínimos devidos a todos.

A par de tudo o que já foi dito, veja-se que, se a paciente não tem condições mínimas de se descolar para tratamento médico, em regime ambulatorial, certamente não se poderá consentir em que padeça à mingua no recesso de sua humilde casa, o que viola preceitos humanitários, conspirando contra o juramento que o profissional fez ao assumir as graves responsabilidades que o exercício da Medicina lhe reservou.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Diga-se mais, o Estado tem de dar os meios para que o médico possa desenvolver seu trabalho, havendo de se acrescentar que recursos existem, pois não se compra uma caixa de fósforos sem pagar tributos. Há de se ver se estão sendo bem administrados, não em termos de eleição de prioridades, pois, quanto a estas, a Constituição as dá, mas em termos de controle de finanças.

E cada um dos Poderes há de cumprir com sua missão constitucional: o Legislativo, editando leis, a Administração governando e gerindo recursos com vista ao cumprimento da finalidade perseguida na lei, e o Judiciário, atuando na solução dos conflitos decorrentes da aplicação da lei.

Enfim, eventual problema orçamentário ou burocrático do Estado, nem de longe se pode sobrepor às garantias e direitos fundamentais da pessoa humana. A autora trouxe aos autos relatórios médicos, cuja autoridade em nenhum momento foi contestada, dando conta das necessidades específicas da paciente, pelo que imprescindível se mostra a presença de profissionais especializados para atendimento domiciliar, tanto quanto a realização das sessões de fisioterapia prescritos.

De fato, compete ao Judiciário, provocado que foi, velar pela

7

aplicação do texto constitucional, carta política da República Federativa. E a Justiça não fugirá à sua responsabilidade no arbitramento desta questão de suma relevância, a qual envolve interesse de idosa, albergado na regra do artigo 230 da Constituição Federal e no artigo 15, § 2º, da Lei Federal nº 10.741/03, que assim dispõe:

“Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação e reabilitação”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Importante registrar apenas que não se trata de serviço de enfermagem durante 24:00 h por dia, diferentemente do que diz a Fazenda do Estado em sede de recurso, mas sim de serviço de cuidadora, com formação certificada, tanto quanto do serviço de fisioterapia, três vezes por semana.

Claro está que o atendimento em domicílio – consistente na manipulação e administração dos medicamentos, realização de curativos, assistência nos cuidados de higiene e alimentação, acomodação no leito para que não se desenvolvam escaras – não demanda necessariamente o comparecimento de enfermeira, bastando a visita de técnico, auxiliar de enfermagem ou, a depender das circunstâncias, de um cuidador com formação profissional certificada, em qualquer dos casos, sob a orientação de profissional de enfermagem, que poderá ser feita por meio remoto. As visitas haverão de ser realizadas quantas vezes forem necessárias, a juízo do corpo clínico da Administração Pública Estadual ou de quem a represente no desempenho dessas funções (supondo a hipótese de convênio ou contratação), em conjunto com o médico que assiste a paciente, inclusive nos finais de semana e feriados, atendimento este que inclui todo o material imprescindível, do mais básico ao mais complexo, tudo sob pena de multa diária, no valor fixado pelo juiz da causa.

As sessões de fisioterapia também devem ser prestadas, no

8

total de três por semana, com orientação e prescrição do médico que assiste a autora.

Necessário garantir o cumprimento da ordem judicial, estipulando-se multa diária. A tese de que ao Estado não se pode impor *astreinte*, porque isto implicaria prejuízo para a própria coletividade, parte de uma premissa implícita que confunde o interesse público com o interesse social, realidades, todavia, distintas, como já reconhecia Léon Duguit, na obra *As transformações do direito privado*, no começo do século passado. Todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput, da Constituição Federal) e eventuais diferenças somente se justificam em nome de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

benefício que possa aproveitar a todos, indistintamente. Aqui, o interesse social (John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, Brasília, Ed. UnB, p. 82 a 84).

E nem se diga que a imposição de multa, no limite, poderá onerar o próprio contribuinte, de forma que disto não se retiraria proveito. A tese, defendida, dentre outros, por Vicente Greco Filho, desconsidera o poder-dever que tem o Estado de punir o servidor desidioso, que deu causa à inobservância do prazo para o cumprimento da ordem judicial, dele exigindo, ademais, o ressarcimento.

Tampouco se diga que a Fazenda estaria imune à imposição de multa. Ora, quisesse o legislador ressaltar a posição da Fazenda Pública no que concerne às *astreintes*, por certo, haveria de ter reservado uma regra específica para mais este privilégio, o que não ocorre. E o valor fixado não se mostra excessivo pois, se fosse menor, a multa deixaria de cumprir o seu desiderato psicológico, que se insere no campo da coerção.

E nem se argumente com a necessidade de redução do valor das *astreintes* ou com a necessidade de estabelecer um limite temporal máximo para a fluência da multa, pois isto certamente conspiraria contra o espírito das *astreintes*, desestimulando o cumprimento da ordem a partir do momento em que se atingisse

9

aquele valor-limite.

Consigne-se, a final, que, caso o Poder Público descumpra o comando, responderá por improbidade administrativa o agente que tiver dado causa à inadimplência.

É certo que, em tese, aplicar-se-ia a regra do artigo 85, §3º, I, e §5º, do Código de Processo Civil. Todavia, o critério lá estabelecido implicaria a fixação de honorários em valor substancial, proporcionalmente incompatível com a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

norma do parágrafo segundo. Em casos tais já se decidiu que "o §8º, ao se referir a valor irrisório, pode ser aplicado em sentido oposto quando se tratar de valor exorbitante, em atenção aos princípios da igualdade e da razoabilidade" (AC nº 1031965-58.2016.8.26.0053 – 7ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. Coimbra Schmidt – J. 17/11/2017).

Destarte, aplicando, por identidade de razões, a norma do artigo 85, §8º, do Código de Processo Civil, fixo os honorários advocatícios, devidos à autora, em R\$ 5.500,00.

Nestes termos, dou parcial provimento ao recurso fazendário, tanto quanto ao reexame necessário.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA Relator

10