



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

22 de novembro de 2016

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento - Nº 1409382-66.2016.8.12.0000 - Campo Grande  
Relator – Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha  
Agravante : Angela Maria Poiano  
DPGE - 1ª Inst. : Humberto Bernardino Sena (OAB: 575762/DP)  
Agravado : Município de Campo Grande  
Proc. Município : Viviani Moro (OAB: 7198/MS)  
Agravado : Estado de Mato Grosso do Sul  
Proc. do Estado : Samara Magalhães de Carvalho (OAB: 12977/MS)

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – ARTROPLASTIA TOTAL DO QUADRIL – OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL – ART. 196 DA CF – DEVER SOLIDÁRIO DOS ENTES FEDERATIVOS – ART. 23, II, DA CF – LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – TESES AFASTADAS – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA – PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA – RECURSO PROVIDO.

O art. 196 da Constituição Federal prescreve que é dever do Estado garantir o acesso universal e igualitário das pessoas à saúde, estando este dever constitucional acima de qualquer lei, portaria ou qualquer outro ato normativo, porquanto o que se visa garantir é o direito primordial à vida.

O art. 23 da Constituição Federal estabelece que: “**É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;**”

A alegação de limitação orçamentária e cláusula da reserva do possível, não justifica a omissão do Poder Público, sem demonstração objetiva da impossibilidade, uma vez que se trata de direito subjetivo fundamental constitucionalmente previsto, que deve ser atribuído o sentido de maior eficácia a fim de conferir o mínimo existencial.

Consoante dispõe o artigo 300 do Novo Código de Processo Civil: “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”. Assim, presente tais requisitos, a reforma da decisão agravada, que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela de urgência é medida que se impõe.

Comprovada a enfermidade, bem como a necessidade da realização do procedimento cirúrgico, prescrito por médico habilitado, aliado a ausência de condições econômicas da parte autora em adquiri-los, compete aos entes públicos seu



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

fornecimento, devendo o parecer desfavorável do Câmara Técnica de Saúde (CATES), órgão de índole consultiva, ser desconsiderado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e com o parecer, vencido o 1º Vogal, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de novembro de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Angela Maria Poiano interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer, indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência.

Alega que foi acostada aos autos a documentação referente ao diagnóstico e prognóstico de seu estado clínico, dentre eles o laudo médico que relata com detalhes a necessidade do procedimento cirúrgico.

Sustenta que o parecer da CATES trata-se de assistência orientacional e não vincula a decisão do magistrado que é independente. Logo, não está o juiz vinculado ao laudo apresentado pelos seus técnicos, apesar da presunção de veracidade inerente à espécie.

Afirma que o Laudo Médico atestado por quem efetivamente a examinou e recomendou a cirurgia pleiteada é de extrema importância e há de ser valorizado, ao contrário do parecer da NAT, que somente analisou documentos.

Relata que o laudo médico atesta a necessidade de intervenção cirúrgica urgentemente.

A tutela recursal foi indeferida. (fls. 55/58)

Em contraminuta, os agravados manifestam-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 69/72 e 77/86, respectivamente).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso interposto. (fls. 91/97)

## V O T O

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Angela Maria Poiano interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer, indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência.

Alega que foi acostada aos autos a documentação referente ao diagnóstico e prognóstico de seu estado clínico, dentre eles o laudo médico que relata com detalhes a necessidade do procedimento cirúrgico.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Sustenta que o parecer da CATES trata-se de assistência orientacional e não vincula a decisão do magistrado que é independente. Logo, não está o juiz vinculado ao laudo apresentado pelos seus técnicos, apesar da presunção de veracidade inerente à espécie.

Afirma que o Laudo Médico atestado por quem efetivamente a examinou e recomendou a cirurgia pleiteada é de extrema importância e há de ser valorizado, ao contrário do parecer da NAT, que somente analisou documentos.

Relata que o laudo médico atesta a necessidade de intervenção cirúrgica urgentemente.

A tutela recursal foi indeferida. (fls. 55/58)

Em contraminuta, os agravados manifestam-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 69/72 e 77/86, respectivamente).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso interposto. (fls. 91//97)

De início, é oportuno registrar que o julgamento do recurso será feito de acordo com o novo Código de Processo Civil, uma vez que a decisão foi prolatada no dia 22/08/2016.

Nessa linha é o Enunciado Administrativo nº 3 do STJ:

*"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativo a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".*

Dito isso, passo a análise das razões recursais.

Com efeito, compulsando os autos, observo que a agravante é portadora de Artrose em quadril direito e esquerdo, redução dos espaços articulares coxofemorais bi lateralmente com piora a esquerda, CID M16.0, necessitando do procedimento cirúrgico de Artroplastia Total de Quadril Bilateral, com urgência, devido ao sofrimento intenso pela dor, incapacidade física e possibilidade de complicações clínicas pelo uso excessivo de medicamentos, correndo o risco de utilizar cadeiras de rodas, conforme documentos juntados às fls. 21/24 (autos principais).

Como é de conhecimento de todos, a Constituição Federal de 1988 assegurou, no rol dos direitos sociais, que todos têm direito à saúde, independentemente de qualquer contribuição, vejamos:

*"Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado,*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*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 a promoção, proteção e recuperação".*

E ainda, o artigo 6º da Carta Magna prescreve que:

*"São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição."*

Importa também destacar que esse direito atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 5º, § 1º da Carta Magna:

*"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º **As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.**(...)" – destaqueei*

Analisando os dispositivos acima colacionados, chega-se à conclusão de que o legislador constituinte pretendeu colocar a saúde em grau de hierarquia superior a tantos outros temas tratados, tanto que a erigiu entre os princípios fundamentais.

Sobre o aludido tema, colham-se os ensinamentos de José Afonso da Silva, ao comentar o artigo 6º, da CF/88:

*"3. Direito à saúde. É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito 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.*

*(...)*

*Como ocorre com os direitos sociais e geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: "uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*doenças e ao tratamento delas".*

*Como se viu do enunciado do art. 196 e se confirmará com a leitura dos arts. 198 a 200, trata-se de um direito positivo, "que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (...)". (in Comentário Contextual à Constituição, 6ª edição, Malheiros, p. 185)*

Assim, com a Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser um direito de todos, bem como a sua prestação um dever do Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Dessa forma, constatada que a prescrição do tratamento cirúrgico foi realizada por médico, cabe aos Entes Públicos fornecê-los.

O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental a todas as pessoas, é indissociável do direito à vida, não podendo o Poder Público mostrar-se indiferente aos problemas que o macule, sob pena de incorrer em omissão, como no caso presente.

A Lei nº 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde, foi editada com fundamento na Constituição da República e classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado (União, Estados-membros e Municípios), dispondo ainda, no seu artigo 4º, que o conjunto de ações e serviços de saúde devem ser prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, verbis:

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

*§ 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.*

*(...) Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)."*

Outrossim, com a edição da Lei n. 12.401/2011, que alterou parte da Lei n. 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), ficou estabelecido o que seria a "assistência terapêutica integral", para fins de saúde pública.

Assim estabelece o art. 19-M, I, da Lei n. 12.401/11:



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*"A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do art. 6º consiste em:*

*I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P".*

Como se denota do citado dispositivo legal, a legislação apenas dispôs sobre os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, isto é, elementos voltados à organização do Sistema Único de Saúde, não sendo, portanto, a aludida norma infraconstitucional, capaz de limitar a assistência à saúde, direito este constitucionalmente previsto.

No mesmo sentido são os fundamentos do E. Des. Marco André Nogueira Hanson:

*"Contudo, foi editada a Lei n. 8.080/90, posteriormente alterada pela Lei n. 12.401/2011, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.*

*Dentre as alterações promovidas pela nova lei, está a definição do que vem a ser assistência terapêutica, já preconizada pelo art. 7º, II, da Lei n. 8.080/90, como um dos princípios que orientam as ações relacionadas aos serviços de saúde, que, consoante disposto em seu art. 19-M, I, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 12.401/11, é a "dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P".*

*Entrementes, não se pode olvidar que o dispositivo constitucional sequer faz menção à expressão "nos termos da lei", o que evidencia a autonomia e intangibilidade do valor nele inserido.*

*Dessa forma, a incumbência da lei ordinária, ou de seu regulamento, é tão somente dispor sobre os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, que nada mais são do que elementos voltados à organização do Sistema Único de Saúde, seus fluxos e competências, porém, incapazes de limitar a assistência à saúde, seja na área médica, clínica ou farmacêutica, com impedimentos relativos à atenção terapêutica que deve ser dirigida ao usuário do sistema...* (Apelação - Nº 0028322-37.2011.8.12.0001, 3ª Câmara Cível, j., 30 de julho de 2013) - destaquei

E mais:



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*"Havendo laudo médico informando a doença a qual está acometida a parte-autora bem como o medicamento indispensável para o tratamento daquela, somando-se ao fato de a União, o Estado e o Município têm o dever de garantir a saúde a todos os que dela necessitam, não é crível que vise o Estado, por meio de edição de uma Portaria, restringir o alcance de uma norma constitucional (artigo 196), a ponto de vedar um direito garantido." (TJMS - Agravo de Instrumento - Nº 4004342-25.2013.8.12.0000, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª Câmara Cível, j., 16 de julho de 2013)*

*"(...) O dever do Estado (União, Estados e Municípios) em garantir a prestação assistencial à saúde não pode esbarrar em legislação infraconstitucional envolvendo interesse financeiro, devendo ser afastada toda e qualquer postura tendente a negar a consecução desses direitos, para prevalecer o respeito incondicional à vida. 3. Prevê a Carta Magna a universalidade da cobertura e do atendimento pela seguridade social (parágrafo único, I, do art. 194) e o atendimento integral como diretriz das ações e serviços públicos de saúde (art. 198, II), abrangendo tanto ações curativas quanto preventivas..." (TJMS – Apelação Cível n. 0602222-62.2012.0000 – Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Terceira Câmara Cível – j. 22/01/2013)*

Cabe asseverar, outrossim, que, diante da possibilidade de eventual conflito de princípios constitucionais, deve prevalecer o direito à vida (art. 5º, caput, da CF/88) e o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), porquanto sobrepõem a quaisquer outros que possam ser invocados, como o da supremacia do interesse público sobre o privado.

Sopesando o interesse econômico do Estado e o direito subjetivo inalienável do direito à vida e saúde, deve-se privilegiar o respeito inafastável à vida e à saúde humana.

Consigne-se, por oportuno, que, embora o art. 196 da CF seja uma norma de eficácia contida, ela traz o reconhecimento de um direito social garantido aos cidadãos brasileiros, sendo que todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, de modo que, eles não podem insurgir-se contra esses direitos, estando obrigados à adoção de medidas necessárias à sua concretização.

Destarte, é incontroverso que se deve assegurar o direito à vida e à saúde do necessitado, preservando o bem maior, que é a vida.

Em suma, os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem aos





## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

entes públicos a obrigação de fornecer tratamento em favor de pessoa hipossuficiente.

Havendo direito subjetivo constitucional, pautado no direito fundamental à saúde, não há ofensa a limitações orçamentárias e aplicação da teoria da reserva do possível, bem como em indevida intervenção do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Executivo.

Não se ignora haver limitação orçamentária, mas para a concretização do direito fundamental à vida digna e à saúde, os quais são indispensáveis ao mínimo existencial, sem haver demonstração objetiva motivada por real e específica impossibilidade, a omissão do Poder Público não comporta justificativa na cláusula da reserva do possível.

O Ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF discorreu sobre a reserva do possível e o conflito entre a deficiência orçamentária e a concretização dos direitos fundamentais, *in verbis*:

*"(...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.*

*(...)*

*Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.*

*Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar):*

*“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei)*

(...)

*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.*

*Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris):*

*“A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.*

*No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” - destaquei*

Em casos deste jaez, como bem ponderou o Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp 811608/RS, o Estado tem obrigação de implementar políticas sociais a fim de assegurar o direito à saúde, não podendo justificar sua omissão, alegando limitação orçamentária e cláusula da reserva do possível, sem demonstração objetiva da impossibilidade, uma vez que se trata de direito subjetivo fundamental constitucionalmente previsto, que deve ser atribuído o sentido de maior eficácia possível a fim de conferir o mínimo existencial. Confira-se:

***"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.***



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

(...)

2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul - foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: "(...)O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. 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. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art. 6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança,



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêm amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia tout court, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como conseqüência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.(...) Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p. 1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 811608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314).*

Além do princípio da máxima efetividade da Constituição, consignado no voto supracitado, também pode-se mencionar o da vedação ao retrocesso, segundo o qual uma vez concretizado o direito, não poderá ser diminuído ou esvaziado, nem mesmo por lei ou através do poder de reforma.

Pedro Lenza citando J. J. G. Canotilho, leciona que:

"(...)

*Segundo anotou Canotilho, "o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reaccionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo" (op. cit., p.1089) – destaquei*

Não obstante a tutela constitucional do direito a saúde, para se valer de tal prerrogativa impõe-se a comprovação documental, através de laudo prescrito por médico habilitado, atestando o estado de saúde, a necessidade do tratamento médico e do fornecimento da medicação, assim como ter utilizado de medicamentos disponíveis na rede pública e que estes não tiveram eficácia.

Preenchido tais requisitos, os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), solidariamente, têm obrigação de fornecer os medicamentos/procedimentos cirúrgicos pleiteados em favor de pessoa hipossuficiente.

Compulsando os autos, observa-se que a autora apresenta Coxartrose Bilateral, mais grave no Quadril esquerdo, CID M16, de evolução crônica, conforme laudo médico. (fls. 22 e seguintes dos autos principais)

Pelo referido documento é possível verificar que a paciente já



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

realizou tratamento clínico e fisioterápico por longo tempo, contudo, sem obter melhora, além do que seu estado de saúde está piorando cada vez mais, pois atualmente apresenta dor intensa aos pequenos esforços e incapacidade para a marcha e atividades de vida diária, razão pela qual deve ser submetida ao tratamento cirúrgico de Artroplastia total do Quadril o mais urgente possível.

Em que pese o Parecer Técnico da CATES ter sido desfavorável ao pedido, registro que a Portaria n. 288 de 26 de janeiro de 2011, desta Corte, que criou a aludida Câmara, preceitua em seus artigos 1º e 2º que a Câmara possui natureza consultiva, que visa assessorar o Poder Judiciário Estadual, com informações técnicas, nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, *verbis*:

*"Art.1º A Câmara Técnica em Saúde (CATES) é uma instância colegiada, de natureza consultiva, vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.*

*Art.2º A CATES tem por finalidade assessorar o Poder Judiciário Estadual, com informações técnicas, nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, internações e demais tratamentos em face do Sistema Único de Saúde (SUS)."*

Ademais, conforme já decidido por esta Corte, aludida Portaria não obriga uma consulta à CATES, mas apenas recomenda, vejamos:

***"EMENTA REEXAME NECESSÁRIO AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PRELIMINARES INÉPCIA DA INICIAL AUSENCIA DE CONSULTA À CATES IMPOSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA AFASTADAS LAUDO MÉDICO ATESTANDO A ENFERMIDADE NECESSIDADE DE USO DE MEDICAMENTO ESPECIFICO DEVER DO ESTADO RECURSO IMPROVIDO. (...)***  
*A Portaria nº 288/2011 do TJMS não obriga a consulta à CATES, mas sim, recomenda." (Reexame Necessário - Nº 0004807-36.2012.8.12.0001, Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível, j., 22 de novembro de 2012)*

E mais, nos termos do art. 479 do CPC, não está o juiz adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Neste sentido:

*"Insta salientar, em reforço, que o juiz singular não está adstrito ao laudo pericial, podendo chegar a convencimento diverso daquele apontado pela perícia através da análise das demais provas dos autos..." (Agravo de Instrumento - Nº 4002160-66.2013.8.12.0000, Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª*





# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Câmara Cível, j., 21 de maio de 2013)

No caso dos autos, entendo que deve prevalecer a recomendação médica, pois o parecer técnico emitido pela CATES somente analisa os medicamentos e as características da enfermidade, sem exame do próprio paciente, o que é feito pelo profissional que a acompanha. Determinar a troca da medicação com base em conclusões obtidas, que sequer foram indicados no parecer técnico, sem o estudo do caso clínico e das circunstâncias que permeiam a doença que acomete o requerente não se mostra razoável, até porque se trata de patologia grave e em pessoa com idade avançada, situação esta que demanda maiores cuidados e uma eventual substituição poderá ser fatal.

Deve ser esclarecido ainda que a presente decisão está em conformidade com a Recomendação do CNJ, n. 31 de março de 2010, que estabelece em seu item I, b. 1, *verbis*:

*"I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:*

*[...]*

*b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;"*

Outrossim, cumpre ressaltar que a CATES consignou que a referida cirurgia é disponibilizada pelo SUS conforme padronização. E ainda, *"O SUS indeniza um pacote que inclui profissionais, despesas hospitalares, medicamentos e materiais a serem utilizados, tudo conforme tabela pré-fixada, cabendo às unidades hospitalares credenciadas ou conveniadas estabelecerem as suas opções de compra de insumos."* (fls. 37, dos autos principais)

Destarte, estando presentes os requisitos do art. 300 do Novo Código de Processo Civil, impõe-se o provimento do recurso com a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Ante o exposto, conheço do recurso e, com o parecer, dou-lhe provimento para conceder parcialmente a antecipação da tutela, a fim de determinar que os agravados providenciem, no prazo de 30 (trinta) dias, o tratamento cirúrgico de Artroplastia Total do Quadril (conforme laudo médico de fls. 22, dos autos principais), com os materiais disponibilizados pelo SUS, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) até o limite de 30 (trinta) dias, para a hipótese de descumprimento da ordem judicial.



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º Vogal)

Concluo que outra deve ser a solução deste Agravo de Instrumento, ao qual deve ser negado provimento, nos termos da Decisão que proferi, em substituição legal, a f.55/58, cujos termos reitero.

De efeito, no caso não se encontram presentes os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil, que preve que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Mas, conforme foi anotado na Decisão de Primeiro Grau ora agravada, o pedido de artroplastia total de quadril foi feito em 23.06.2016 e não havia decorrido prazo que justificasse a concessão da tutela antecipada.

Nos termos do Parecer da CATES, atual NAT, a cirurgia é eletiva e no caso não se justificaria a concessão antecipada da tutela. Esse parecer, exatamente por ser informativo técnico ao Magistrado, pode e deve ser levado em consideração, ainda que não se constitua em prova ou causa determinante do deferimento ou indeferimento de medida.

Exatamente como a prescrição do médico que assiste a Agravante igualmente não se constitui em prova ou causa determinante do deferimento ou indeferimento da medida.

Reputo relevante anotar que o problema de saúde da Agravante é crônico, conforme atestado pelo médico que a assiste; por evidente que foi se constituindo ou se estabelecendo em largo período de tempo. Assim, ainda que a cirurgia seja indiscutivelmente necessária, não se configura a urgência conforme sugerido pela Agravante. Tanto é que o pedido de inclusão no Sistema de Regulação ocorreu em 26.06.2016 (f.38/39), informação da Secretaria de Estado da Saúde, no sentido de que a atribuição é do Município de Campo Grande, que tem Gestão Plena do SUS, foi prestada em 29.06.2016 (f.46) e o pedido ao Município feito somente em 28.06.2016 (f.45). Nada obstante, já em 11.07.2016 a Agravante dispunha de orçamentos de materiais e de custo de cirurgia em Clínica particular, tendo o pedido judicial sido feito em 12.08.2016, data da distribuição da ação de origem.

Reputo relevante anotar, adicionalmente, que o pedido de consulta especializada para lastrear pedido de inclusão no Sistema de Regulação (f.38), bem como a “resposta a quesitos” pedidos pela Defensoria Pública (f.40) foram elaborados e subscritos por médico do Centro Ortopédico Municipal – CENORT, parte do Centro de Especialidades Médicas – CEM.

O mesmo médico forneceu orçamentos para realização da cirurgia em Clínica Particular (f.47/48), bem como laudo médico indicativo da cirurgia, também através de Clínica Particular (f.41) e justificativa de utilização de próteses distintas



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

daquelas fornecidas pelo SUS, também através da mesma Clínica Particular (f.42), tudo com data de 11.07.2016, ou seja, menos de uma quinzena após ele próprio ter expedido laudo para o pedido ao próprio Município de Campo Grande.

Assim, concluo que efetivamente deve prevalecer o entendimento do Magistrado a quo:

*“ De fato, este juízo em casos semelhantes ao da autora tem decidido no sentido de que o prazo razoável para agendamento da cirurgia seria de 60 dias, com sua realização 120 dias após o agendamento.*

... ..

*Assim, não me parece presente a relevância do fundamento alegado na exordial.”* (para concessão de tutela antecipada) – f.18).

Finalmente, a concessão de tutela antecipada, mesmo aqui em Segundo Grau, representaria afronta a princípios de igualdade e de equidade, já que a Agravante estaria ultrapassando a fila em detrimento daqueles que aguardam o prazo para realização de cirurgias equivalentes, bem como estaria sendo agraciada com material muitíssimo mais custoso, nada obstante não haver qualquer problema, defeito ou falta de qualidade nas próteses fornecidas pelo SUS.

Ante o exposto, com a venia do Eminentíssimo Desembargador Relator, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso de Agravo Interno neste Agravo de Instrumento interposto em favor de **Ângela Maria Poiano**.

**O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2º Vogal)**

Acompanho o voto do relator.

**D E C I S Ã O**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR MAIORIA E COM O PARECER, VENCIDO O 1º VOGAL, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson  
Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 22 de novembro de 2016.