

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1000199-32.2024.8.26.0594, da Comarca de Agudos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é recorrida ELISANGELA JACO DA SILVA FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao reexame necessário. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) E JARBAS GOMES.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

RICARDO DIP

Relator

Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Público

Remessa Necessária 1000199-32.2024.8.26.0594

Procedência: Agudos

Relator: Des. Ricardo Dip (Voto 62.936)

Remetente: Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca de
Agudos

Interessados: Elisangela Jaco da Silva Ferreira
Fazenda do Estado de São Paulo

**MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE.
VAGA PARA INTERNAÇÃO.**

**ADRIANO DE CUPIS, no merecidamente clássico /
Diritti della Personalità, lecionou que a tutela
complementar da vida, da integridade física e da saúde
reclama a garantia dos meios econômicos e financeiros
idôneos a prover os cuidados necessários à preservação
ou reintegração desses bens da personalidade, e
observou que o Estado se obriga a assegurar o
fornecimento desses meios para tornar possível a
gratuidade da cura dos necessitados.**

**«O art. 196 da Constituição Federal estabelece
como dever do Estado a prestação de assistência à saúde
e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos
serviços e ações para sua promoção, proteção e
recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na
Carta, não deve sofrer embaraços impostos por
autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou
de dificultar o acesso a ele» (RE 226.835 -STF, j.
14-11-1999).**

Não provimento da remessa obrigatória.

RELATÓRIO:

Impetrou Elisangela Jaco da Silva Ferreira mandado

de segurança contra o Diretor do Departamento Regional de Saúde de Bauru – DRS-VI, visando à obtenção de vaga para internação e tratamento em hospital, tendo em vista a urgência em realizar procedimento médico por histórico de hemiparesia em ambos os lados com piora neurológica progressiva e lesão hipertensa em T2, na altura da C2 e C4.

Alega que compareceu à UPA de Agudos em 21 de março de 2024, necessitando urgentemente de vaga para internação, mas teve seu encaminhamento negado sob a justificativa de a unidade hospitalar operar no limite de sua capacidade e de não ser referência em tratamento neurológico. Requereu, pois, em tutela antecipada de urgência, uma vaga para internação e tratamento.

Deferiu-se medida liminar, com a ressalva de que, na impossibilidade de vaga em unidade pública, que fosse viabilizada internação em hospital particular, inclusive (e-págs. 15-6).

Ante a disponibilização de vaga no hospital de Bauru (e-págs. 25-6), a impetrante requereu a extinção do feito (e-pág. 49), com a qual concordou a Fazenda estadual (e-pág. 63).

A r. sentença de origem, confirmando a medida liminar, concedeu a segurança, reconhecendo que a obrigação já havia sido regularmente cumprida (e-págs. 71-4).

Indicou-se o reexame necessário, não havendo

interposição de recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da remessa necessária (e-págs. 90-1).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. O escopo do *mandamus* é obter vaga para internação em hospital e o tratamento necessário a plena recuperação de Elisangela Jaco da Silva Ferreira, em razão de noticiada negativa de encaminhamento (cf. e-pág. 12).

2. Exibiu-se nestes autos **documentação médica**, qual seja, ficha da Central de regulação de ofertas de serviço de saúde –Cross, apontando em resumo clínico que:

«Paciente com história de hemiparesia a direita há 30 dias, evoluindo com hemiparestesia esquerda há 15 dias, evoluindo com piora neurológica progressiva. Passou em consulta na neurologia no dia 08/02 onde fora solicitada RNM de encéfalo, está dentro da normalidade, e RNM coluna cervical que evidencia lesão hiperintensa em T2 na altura de C2 e C4 com características de mielite associado a realce ao contraste. Devido a piora neurológica desde o início do atendimento, neurologia solicita seguimento em hospital de referência para seguir com a investigação do quadro» (Médico: HENRIQUE DE ALMEIDA PERNAMBUCO SACHS, CRM 192.660 - e-págs. 10-1).

ADRIANO DE CUPIS, no merecidamente clássico *I Diritti della personalità*, lecionou que a tutela complementar da vida, da integridade física e da saúde reclama a garantia dos meios econômicos e financeiros

idôneos a prover os cuidados necessários à preservação ou reintegração desses bens da personalidade, e observou que o Estado se obriga a assegurar o fornecimento desses meios para tornar possível a gratuidade da cura dos necessitados (ed. Dott. Giuffrè, Milão, 1973, p. 148).

Nossa Constituição federal, em seu art. 196, afirmou 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 ».

A jurisprudência dos Tribunais posteriores, a despeito de que possa aqui dissidir-se quanto à natureza da norma inscrita no art. 196 da Constituição federal de 1988, vale dizer, se norma de eficácia contida (ou restringível) ou se norma programática, é consensual em que se aplique ela de imediato, pois, ainda a entender-se programática, essa norma

«não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. » (AgR no RE 271.286 -STF, j. 12-9-2000).

O fato de haver, irrecusavelmente e de comum, um déficit não só restritamente normativo mas, assim o

advertiu SÉRVULO CORREIA, um déficit de proteção normativa da saúde, não exclui a necessidade de que se assegure de logo a proteção correspondente:

«A inexistência ou insuficiência de normas jurídicas escritas (afirmou o professor de Lisboa) não dispensa o juiz de descobrir e aplicar o Direito » (“Introdução ao Direito da Saúde”, in VV.AA. *Direito da saúde e bioética* , ed. Lex, Lisboa, 1991, p. 45).

Não faltaria até quem preferisse uma propositada lacuna legislativa nesse tema (cf. a paradigmática reflexão epilodal –com o impressionante título «*Faut-il légiférer ?*»– a que se lançou FRANCE QUERÉ, in *L'éthique et la vie*, ed. Odile Jacob, Paris, p. 325-32). Todavia, é avistável, sobretudo em Estados nos quais, por força de suas dimensões territorial e pessoal, avulte a polaridade no poder judiciário (*brevitatis causa* , GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição* , ed. Almedina, Coimbra, 2000, p. 578), o inevitável risco de a lacuna de leis superar-se judicialmente em desarmonia variada com os critérios que de comum se propõem à consideração prudencial do **legislador**: a saber, articulações entre o social, o político e o jurídico, ou mais agudamente entre a ciência, a ética e o direito (como fez ver MARIE THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, *La production de normes en matière bioéthique* , in VV.AA.. *De la bioéthique au bio-droit* , direção de CLAIRE NEIRINCK, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, p. 43).

De toda a sorte, os **direitos fundamentais** –entre os quais se conta o **direito de ser assistido na enfermidade** (cf. RAFAEL GOMEZ PEREZ, *El libro de los*

derechos , ed. El Drac, Madri, 1995, p. 72), como direito imediatamente derivado do **direito à vida** (NICETO BLÁZQUEZ, *Los derechos del hombre* , ed. BAC, Madri, 1980, p. 114 et sqq.)— exigem o **direito de jurisdição** (CARLOS COLAUTTI, *Derechos humanos* . ed. Universidad, Buenos Aires, s.d., p. 93-5), a ponto mesmo de afirmar-se que, em muitas ocasiões, sua tutela «se identifique com os instrumentos de sua proteção judicial » (ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales* . ed. Tecnos, Madri, 1995, p. 80). A esse propósito, é de AGUSTÍN GORDILLO a gráfica referência de a privação de justiça generalizada para a tutela dos direitos humanos equivaler ao testemunho de que «o rei está nu» (VV.AA. *Derechos humanos* , ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. VII-1).

É de JORGE MIRANDA este registro:

«Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais» (Manual de direito constitucional , ed. Coimbra, 1998, tomo IV, p. 232).

3. No âmbito da legislação infraconstitucional, após a Lei 8.080/1990 (de 19-9), dispor ser a saúde «um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício » (art. 2º), indicou entre os objetivos do Sistema Único de Saúde - SUS

«a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas » (art. 5º, inc. III),

e enunciou em seu art. 7º:

«As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

II- integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema».

Os modos regulares como, para adquirir e fornecer equipamentos exigíveis, deve atuar o estado –segundo previdente planejamento– não podem marginalizar o direito fundamental de recebê-los os necessitados.

Norma programática, ou talvez de aplicação imediata –tal o afirmou o saudoso Ministro FRANCIULLI NETTO, do STJ (cf. REsp 212.346, j. 4-2-2002)–, acaso de eficácia contida (*rectius*: restringível, na referência de MICHEL TEMER), a do art. 196 da Constituição federal de 1988, não pode, em todo caso, ser limitada por práticas administrativas que, em vez das **diretrizes** dessa norma constitucional, lancem-se a tardias sendas burocráticas, reticentes em atender a um direito fundamental, como se arrola o da saúde (art. 6º da Constituição federal de 1988),

sobretudo posta em risco manifesto uma vida humana, vida que é o mais nobre dos bens da personalidade.

4. A separação de poderes ou funções da soberania política não afasta do judiciário a competência para a apreciação de possível lesão de direito individual, objeto da espécie. Não há maltrato, neste âmbito, do princípio da conformidade funcional com a incidência normativa em pauta.

Não é de admitir que, no aventável confronto entre o bem jurídico **vida** e os interesses político-administrativos, prevaleçam estes àquele: não há discricionariedade admissível da Administração Pública que se compagine com possível abdicação do dever de suprir o necessário para preservar a **vida humana**, bem jurídico fundamental.

A discricionariedade dos governos é a escolha dos meios propícios à salvaguarda do bem comum: «*al governo*», diz muito bem DANILO CASTELLANO (*La verità della politica*, ed. Scientifich Italiane, Milão, 2002, p. 58), *non è data la scelta del fine ma solamente quella dei mezzi*», sobretudo quando se trate de bens da personalidade, porque não há bem comum possível com o maltrato daqueles bens, *maxime* o da vida.

Recruta-se, a propósito, de ementa de julgado do STF:

«O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do

cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele» (RE 226.835, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 14-12-1999).

Por mais razoáveis se mostrem as diretrizes administrativas e a invocação de óbices orçamentários, não podem eles, à conta de reserva do possível, impor restrições à larga **fundamentalização** do bem da saúde pela Constituição federal brasileira de 1988.

Não é de admitir, com efeito, que a cláusula de «reserva do possível», exatamente por sua principalidade econômica, importe na negativa dos direitos fundamentais de primeira geração ou primeira dimensão, restringindo-se, pois, ao âmbito dos direitos de segunda geração (ou dimensão: cf. INGO WOLFGANG SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, ed. Livraria dos Advogados, 8.ed., Porto Alegre, 2007, p. 301 *et sqq.*), só se reconhecendo, quanto aos direitos de primeira geração, a possibilidade de cláusulas restritivas diretamente autorizadas pela Constituição (*vid* CRISTINA QUEIROZ, *Direitos fundamentais*, ed. Coimbra, 2002, p. 203 *et sqq.*).

O tema, pois, entre nós, é juspositivo-constitucional, o que define, por óbvio, a atuação do Poder Executivo e limita a do poder judiciário, ainda que não se deva, de *iure condendo*, afastar a **prudência** de um juízo realista como o exprimido por MANFRED LÜTZ com as vistas postas no ordenamento jurídico alemão:

«Por isso – com base evidentemente em um instinto sadio – a ninguém veio ainda à mente a idéia, **catastrófica** do ponto de vista do financiamento, de conferir à saúde o grau de bem tutelado na Constituição» (cita-se pela tradução italiana, *Il piacere della vita*, ed. San Paolo, Milão, 2008, p. 15 - o destaque não é do original).

Sequer, de resto, cabe admitir a restrição do direito à saúde dentro nos lindes –frequentemente invocados– da Lei complementar 101, de 4 de maio de 2000, porque, como se asseverou alhures (Ag 668.496 deste Tribunal de Justiça), se se permitisse essa restrição, todo julgamento, no direito público, que condenasse entes estatais a determinadas ações, ficaria adstrito à sua conformidade com o anteriormente planejado pela administração pública. Em outras palavras, admitida a tese sustentada pela recorrente, essa Lei de Responsabilidade Fiscal só concederia ao Judiciário a possibilidade de decidir contra o poder público se, no orçamento desse poder, já houvesse previsão do desate condenatório.

5. A universalidade –ou isonomia– da prestação de saúde há de entender-se em sua acepção reflexa (e não direta), é dizer, universalidade reflexa enquanto comum (ou referente) a muitos indivíduos. E, por sua mesma caracterização, atenderá à situação que eles suportem a referência do mesmo universal. Ora, essa referência é exatamente o estado de necessidade da prestação.

Dessa maneira, a universalidade reflexa da prestação de saúde realiza-se na medida em que se atende à *necessitas* individual.

Logo, salvo se se provasse não corresponder a situação da autora à necessidade terapêutica, seu estado patológico realiza o suposto atrativo da universalidade do procedimento.

6. O tema da igualdade ante a lei não pode passar à margem da consideração do tratamento diferenciado, segundo o exijam as circunstâncias, pena de converter-se a igualdade em uniformismo absoluto (cf. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, ed. Dykinson, 2. ed., Madri, 2007, p. 28-31), com que, em vez de igualdade, se estaria diante de simples igualitarismo, o que se torna extremadamente gráfico se se põe em tela, p.ex., a situação, na linguagem de ROBERT CHARVIN e JEAN-JACQUES SUEUR, do *homme en souffrance* —nomeadamente os deficitários físicos e mentais (*Droits de l'homme et libertés de la personne*, ed. Litec, 3.ed., Paris, 2000, p. 255 et sqq.).

7. No caso dos autos, indicou o relatório médico que a impetrante apresenta quadro neurológico delicado, necessitando de internação hospitalar e consulta com médico especialista para investigação e diagnóstico, cuja atribuição de vaga em hospital de referência pelo poder público corresponde à indicada necessidade da suplicante, com presunção *iuris tantum*.

Nessa linha, inviável a restrição da satisfação de um direito fundamental mediante o recurso a critérios puramente administrativos.

8. Observa-se, por fim, em ordem ao

prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo* , albergados nas questões decididas.

ISSO POSTO, meu voto nega provimento à remessa obrigatória, mantendo a r. sentença de origem prolatada nos autos 1000199-32.2024 da digna 2ª Vara Judicial da Comarca de Agudos.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

Des. Ricardo Dip –relator