



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

*"Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza."* (Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

**A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pela Defensora Pública subscritora, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 4º, inciso V, VII, X, XI e § 6º, 128, inciso I, da Lei Complementar nº 80/94, alterada pela Lei Complementar nº 132/09, artigo 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/85, alterada pela Lei nº 11.448/07, propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA  
COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA**

em face do **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pessoa jurídica de direito público, neste ato representada pela Procuradoria Geral do Estado, com sede à Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590, Barro Vermelho - CEP 29057-550 - Vitória (ES) e **MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM/ES**, pessoa jurídica de direito público, neste ato representada pela Procuradoria Geral do Município, com sede na rua Praça Jerônimo Monteiro nº 28, Centro CEP -29300-170, Cachoeiro de Itapemirim –ES, pelos fatos e fundamentos que ora passa a aduzir:

Priscila Ferreira Marques Ofante  
Defensora Pública



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

## **I – DO INTERESSE DE AGIR E DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.**

A presente ação objetiva a implementação de política pública para fornecimento de fraldas descartáveis às pessoas com deficiência e idosas desta municipalidade, tendo em vista que por serem hipossuficientes não possuem condições financeiras de adquirir o referido insumo de uso contínuo.

Inicialmente, esclarece-se que a municipalidade de Cachoeiro de Itapemirim fornecia o referido insumo, ainda que em quantidade menor do que a necessária para as pessoas cadastradas junto à Secretaria de Assistência Social e, desde o mês de agosto de 2016 (quando a subscritora assumiu o ofício fazendário), somente fornece para os indivíduos cadastrados e aqueles que possuem decisão judicial nesse sentido.

Assim, é de ciência do poder público a dificuldade enfrentada por diversas famílias que necessitam de fraldas descartáveis, mas não possuem condições de arcar com os custos da aquisição.

Deste modo, se faz necessário que os requeridos cumpram a obrigação que lhes é imposta por lei e constitucionalmente, evitando as ações judiciais individuais voltadas à obtenção de fraldas descartáveis para idosos e pessoas com deficiência, já que pelo menos 04 (quatro) demandas vem sendo propostas semanalmente.

Noutro lado, a legitimidade da Defensoria Pública para figurar no polo ativo da presente demanda é indiscutível.

Sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações para tutela de interesses coletivos, ou seja, para a propositura de ação civil

*Priscila Ferreira Marques Ofante*  
Defensora Pública



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

pública, há extensa previsão normativa em nosso ordenamento jurídico, exposta nos artigos 5º, II da Lei nº 7.347/8514 (Lei da Ação Civil Pública), com redação introduzida pela Lei nº 11.448/07; artigos 1º e 4º, inc. VII e X16 e 106-A17 da Lei Complementar nº 80/94 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública), conforme recente alteração pela Lei Complementar nº 132/2009.

Não obstante anterior previsão normativa da legitimidade da Defensoria Pública insculpida no art. 5º, inc. II da Lei da Ação Civil Pública (redação introduzida pela Lei nº 11.448/07), recentemente foram introduzidos na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94) vários dispositivos prevendo como atribuição institucional das Defensorias Públicas a propositura de ações coletivas (para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) no interesse de pessoas hipossuficientes.

A Constituição Federal, em seu artigo 134, dispõe que à Defensoria Pública incumbe a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Por conseguinte, o objetivo da Defensoria Pública é servir como instrumento para o acesso à ordem jurídica justa pela população carente. Decerto, sem a ação civil pública a Defensoria Pública não conseguiria cumprir a sua vocação constitucional que, em última análise, visa à promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesse ínterim, mesmo antes da edição da Lei nº 11.448/07, a legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública já havia sido reconhecida na doutrina e jurisprudência com base na teoria dos poderes implícitos, visto que, se a Constituição outorga à Defensoria Pública o dever de assistir integralmente os necessitados, é natural que lhe atribua os meios legítimos para tanto.

No caso *sub judice* a legitimidade da Defensoria Pública para figurar no polo ativo do processo mostra-se indiscutível, visto que foram centenas as ações



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

judiciais individuais promovidas pela Defensoria Pública, no interesse de pessoas hipossuficientes, a par de serem pessoas com deficiência e idosos que necessitam do uso de fraldas geriátricas.

Diante disso, considerando que a Defensoria Pública vem ajuizando centenas de ações judiciais para a tutela de interesses individuais de pessoas com deficiência e idosos (ações de obrigação de fazer perante o Juizado Especial da Fazenda Pública), mostra-se incontestável sua legitimidade para atuar coletivamente, com todas as vantagens que advêm do processo coletivo, em que preponderam os princípios da economia processual e da efetividade do processo (visto que um único provimento judicial se mostra apto a garantir a defesa dos direitos de toda uma coletividade).

### **II – DOS FATOS.**

O Núcleo da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo em Cachoeiro de Itapemirim tem recebido semanalmente inúmeras solicitações de fornecimento de fraldas descartáveis para pessoas idosas e com deficiência que, por prescrição médica, fisioterápica ou profissional de enfermagem, necessitam usar continuamente fraldas descartáveis, mas não possuem condições financeiras para arcar com os custos da aquisição.

Nesse esboço, visando assegurar o direito destas pessoas, a Defensoria Pública tem ingressado com pelo menos 04 (quatro) ações judiciais individuais por semana, objetivando compelir o poder público municipal a fornecer gratuitamente estes insumos aos que necessitam. Tal pedido somente é formulado após prescrição de profissional da saúde.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Ocorre que, conforme se verifica, esta questão não é tratada como política pública, e sim como atendimento individualizado de caso e somente pelo poder público municipal. Esta situação justificaria que o poder público, através da Secretaria Municipal de Saúde ou de Assistência Social, em parceria com o Estado do Espírito Santo, uma ação direta visando solucionar o fornecimento de fraldas descartáveis para esta parcela da comunidade.

Em razão da ausência desta política pública, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário são chamados para dar respaldo ao direito que está sendo negado e vários são os procedimentos judiciais que visam assegurar, individualmente, a efetividade do direito à saúde e a dignidade destas pessoas.

É válido salientar que em reunião ocorrida em meados de maio de 2017, nas dependências do Ministério Público Estadual, da qual participaram a subscritora, o Promotor de Justiça da saúde, representantes da Secretaria Municipal de Saúde e Superintendência Estadual de Saúde, bem como do Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, chegou-se ao entendimento no sentido de que os poderes públicos estadual e municipal buscariam firmar uma parceria para dispensar as fraldas sem necessidade de ações judiciais, tendo em vista ser pacífico, ao menos nesta Comarca, o dever de o Estado e o Município fornecê-las.

Entretanto, até a presente data nenhuma medida efetiva foi tomada pelos promovidos, tendo em vista que se persiste na conduta ilegal de negar o fornecimento do multicitado insumo àqueles que necessitam, de modo que a busca semanal para o ingresso de demandas nestes termos tem aumentado exponencialmente a cada dia.

Pontue-se que de agosto de 2016 a agosto de 2017 a Defensora Pública subscritora ingressou com cerca de 200 (duzentos) procedimentos judiciais



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

visando ao fornecimento de fraldas descartáveis para idosos e pessoas com deficiência.

Além disso, são formulados inúmeros pedidos administrativos, os quais sempre tem a mesma resposta: "*as fraldas descartáveis estão sendo fornecidas somente aos pacientes já cadastrados, bem como para cumprimento das decisões judiciais*", tendo em vista que um dos documentos exigidos pela subscritora para o ingresso de demanda contra o poder público é a certidão negativa de fornecimento.

É válido salientar que há anos os promovidos vem adotando conduta desidiosa em relação ao fornecimento de fraldas aos hipossuficientes financeiros, insumo básico e primordial para a sobrevivência digna daqueles que delas necessitam.

Nesse espeque, o fornecimento somente é realizado através das inúmeras ações judiciais cujo ingresso é realizado pela Defensoria Pública.

Ora, os atos praticados pelos requeridos, qual seja, de somente fornecer fraldas através de ação judicial afronta, em última análise, o princípio constitucional da isonomia, esteio democrático do estado, uma vez que acabam fornecendo os insumos em questão apenas e tão somente àqueles que buscam no Judiciário a efetivação de seus direitos. Por outro lado, os indivíduos que não possuem o conhecimento ou não tem a iniciativa de reivindicar, acabam tolhidos de seus direitos, consagrados, inclusive constitucionalmente.

É imperioso destacar que os indivíduos que necessitam de fraldas, no geral, possuem quadro clínico agravado por inúmeras enfermidades, sendo que o fornecimento de fraldas é apenas um dos insumos que necessitam para uma vida minimamente digna. São, pois, hipervulneráveis, pois além da hipossuficiência



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

financeira deve-se acrescentar a vulnerabilidade social, jurídica, informacional e de saúde.

Evidencia-se, assim, que a conduta praticada pelos requeridos vem demandando contínua atuação do Poder Judiciário visando à efetivação de direitos e o cumprimento de obrigações do poder público.

Verifica-se, neste sentido, a necessidade de o Município de Cachoeiro de Itapemirim, aliado ao Estado do Espírito Santo, fornecerem fraldas descartáveis, independentemente de ordem judicial, objetivando a efetivação dos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência.

### **III – DA LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO E DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM.**

No que diz respeito à saúde pública, esta responsabilidade estatal de realizar prestações positivas, evidentemente, é solidária entre todas as pessoas políticas. Contudo, o constituinte teve a intenção de afastar qualquer dúvida:

*Art. 23. 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;*

Não obstante o dever de zelar pela saúde pública já estar claramente outorgado às pessoas políticas, a Constituição dedicou uma seção do Título VIII (Da ordem social) à saúde, cujo artigo inicial dispõe que:

*Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do*



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

A prestação dos serviços públicos de saúde é uma obrigação imposta pelo legislador constituinte aos Poderes constituídos. No que diz respeito ao Poder Executivo, tal mandamento constitui um programa mínimo de governo do qual não podem os governos, transitórios, se distanciar.

Neste sentido, a responsabilidade solidária dos entes federativos no que tange à prestação de todo e qualquer serviço de saúde, nos termos da previsão constitucional existente no artigo 196, é pacífica junto aos Tribunais Superiores, cujas ementas seguem abaixo transcritas:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES.** 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo determinou à União fornecer ao recorrido o medicamento postulado, tendo em vista a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação. 3. **A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.** 4. Agravo regimental não-provido (STJ - AgRg no Ag: 858899 RS 2007/0031240-4, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 26/06/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.08.2007 p. 219)*



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SAÚDE. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRELIMINARES REJEITADAS. COMPETÊNCIA SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. FORNECIMENTO GRATUITO DE PLACAS DE UROSTOMIA DE RESINA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MULTA PROPORCIONAL. 1. A Constituição Federal, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE-AgR 554088/SC, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 19/06/2008). Preliminar rejeitada. 2. **Nas ações relativas à assistência à saúde pelo SUS (fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico, inclusive, no exterior), tem legitimidade para figurar no feito qualquer dos entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, individualmente ou em conjunto.** 3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado. Legítima a pretensão quando configurada a necessidade de receber medicamentos ou qualquer tratamento necessário à cura de sua enfermidade. 4. Comprovada a necessidade da paciente de utilizar placas de urostomia de resina, não fornecidos pelo SUS, por questões alérgicas, tem a paciente o direito de receber medicamentos e qualquer tratamento necessário à cura de sua enfermidade, em observância ao direito de vida digna. 5. O valor da multa arbitrada atende perfeitamente aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista o valor dos bens que estão sendo protegidos, direito à vida e à saúde. 6. Apelações improvidas. (TRF-5 - REEX: 200985000058204 , Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 13/09/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 20/09/2012)*



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. TRANSFERÊNCIA DE HOSPITAL PÚBLICO. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. **LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ARTIGO 198, § 1.º DA CF/88. OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE ASSEGURAR ÀS PESSOAS DESPROVIDAS DE RECURSO O ACESSO A SAÚDE.** IMPROVIMENTO. 1. *Cuida-se de remessa necessária de sentença que condenou a União Federal, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, solidariamente, a viabilizarem a fruição do direito previsto constitucionalmente quanto ao acesso à saúde, internando a autora no Instituto Nacional de Traumatologia-Ortopedia - INTO e fornecendo-lhe gratuitamente todo o tratamento necessário à sua reabilitação.* **2. Nos termos do artigo 198, § 1.º, da CF/88, as ações e serviços públicos de saúde são da responsabilidade da União Federal, dos Estados e dos Municípios, aos quais confere, isoladamente ou não, a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde, não havendo como apontar ou estabelecer um ente específico em detrimento de outro para efetivamente cumprir a obrigação prevista no artigo 196 da CF/88, porquanto o sistema é todo articulado, com ações coordenadas, ainda que a execução das ações e serviços de saúde seja de forma regionalizada e hierarquizada.** 3. *Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Município, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à saúde para pessoas desprovidas de recursos financeiros.– Precedente: AgRg no Ag 886974 / SC - Relator Min. João Otávio de Noronha - DJ 29.10.2007.* 4. *Diante da condenação solidária dos réus, não há que se considerar a carência da ação pelo fato de a União não ter oposto resistência à transferência da demandante do Hospital Geral do Ingá para o Instituto Nacional de Traumatologia-Ortopedia - INTO, que se operou por força de cumprimento de tutela liminarmente concedida.* 5. *A apresentação de constestação conduz à demonstração da**



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*existência da lide, isto é, da resistência à pretensão autoral. 6. O direito à saúde é previsto no artigo 196 da CF/88, o qual 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–. 7. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196), bem como traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência à saúde. Precedente do STF. 8. Remessa necessária conhecida e improvida. (TRF-2 - REO: 200851010287008 RJ 2008.51.01.028700-8, Relator: Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 14/02/2011, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::22/02/2011 - Página::180/181)*

É imperioso salientar que não há de se afastar a determinação constitucional em virtude do disposto na Norma Operacional Básica do SUS 01/96, instituída pela Portaria nº 2.203, de 05 de novembro de 1996, que instituiu a gestão plena do sistema municipal de saúde e conferiu a responsabilidade pela administração da oferta de procedimentos ambulatoriais de alto custo e procedimentos hospitalares de alta complexidade aos Municípios, isenta quaisquer dos promovidos de cumprir eventual obrigação que venha a ser imposta.

Não é outra a postura da jurisprudência pátria:

**APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE FRALDAS  
DESCARTÁVEIS, CADEIRA DE RODAS, EQUIPAMENTOS E  
MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**ENTRE OS ENTES ESTATAIS. DIREITO À SAÚDE.** *Caso. Fornecimento de **FRALDAS DESCARTÁVEIS**, CADEIRA DE RODAS, GOTEIRAS SUROPODÁLICAS, ÓRTESES e ACESSÓRIOS, bem como os medicamentos BACLOFENO 10mg e TOXINA BUTOLÍNICA A, enquanto perdurar a patologia. Menor portador de PARALISIA CEREBRAL (CID 10 G 80.1) e DISPARESIA ESPÁSTICA (CID 10 G 82.4), conforme laudo médico. Fraldas descartáveis. É entendimento firmado desta Corte que o fornecimento...(TJ-RS , Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 29/03/2012, Oitava Câmara Cível)*

*APELAÇÕES Ação de obrigação de fazer - Pessoa hipossuficiente, idosa e **portadora de quadro demencial progressivo (CID G 30.8) - Insumos necessário (fraldas geriátricas)**. Preliminar de nulidade de competência do Juizado Especial Cível Rejeitada. Estudo Social para comprovar a hipossuficiência Desnecessário - **Obrigação do Estado e do Município - Legitimidade passiva e solidariedade dos entes públicos - Direito fundamental ao fornecimento gratuito de medicamentos e insumos - Aplicação dos arts. 1º, III, e 6º da CF - Princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração não violados - Falta de padronização dos bens pretendidos, limitação orçamentária e teoria da reserva do possível - Teses afastadas - Recurso não provido. 1. Desnecessária a comprovação da hipossuficiência para fins de fornecimento de medicamentos e insumos, pois se trata direito garantido constitucionalmente a todos os cidadãos de modo universal e igualitário. 2. Solidária a responsabilidade dos entes públicos (art. 196 da CF), há legitimidade passiva do demandado isoladamente ou em conjunto, ainda que não se inclua todos os entes responsáveis, observados o litisconsórcio facultativo (não necessário) e a inadmissibilidade de denunciação da lide à União. 3. 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 ao Estado e ao Município a obrigação de fornecer, prontamente, insumo necessitado, em favor de pessoa hipossuficiente, sob responsabilidade solidária dos entes***

*Paucila Ferreira Marques Ofante  
Defensora Pública*



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**públicos (art. 196 da CF).** 4. *Havendo direito subjetivo fundamental violado, não há ofensa aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração, e, no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de padronização ou de inclusão dos bens em lista oficial, de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível (Relator(a): Vicente de Abreu Amadei Comarca: Franca - Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público -Data do julgamento: 14/02/2012 - Data de registro: 16/02/2012 - Outros números: 318753620108260196).*

Não há como acolher, pelo ora exposto, eventual alegação de ilegitimidade passiva por quaisquer dos requeridos.

### **IV – DO DIREITO.**

#### **IV.1 – DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO COROLÁRIO DA PROTEÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AOS IDOSOS.**

A Magna Carta elenca o princípio da dignidade humana como fundamento da ordem constitucional em vigor e, de outro lado, como princípio fundamental de garantia de direitos humanos (artigo 5º).

Nesse íterim, o princípio em comento protege o indivíduo a tal ponto de este ser alçado como o fim último da sociedade. Segundo José Afonso da Silva, *a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do ser humano, desde o direito à vida.* (SILVA, 2000).



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*O princípio da dignidade humana, na concepção atual, designa uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Seu conceito obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia do ser humano, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir "teoria do núcleo da personalidade" individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. (SILVA, 2000).*

Partindo-se de tais premissas tem-se que proteção ainda maior conferiu-se à pessoa com deficiência e aos idosos, considerando-se a sua especial situação, de modo que a Constituição Federal de 1988 se preocupou em demonstrar, em diversos dispositivos constitucionais, sua intenção de promover de forma efetiva a sua inclusão no meio social e familiar.

Nesse espeque, a dignidade humana é alçada como princípio geral dos direitos das pessoas com deficiência e dos idosos.

Baseando-se tanto na legislação internacional acerca das pessoas portadoras de deficiência quanto na CF/88, foi promulgada a Lei nº 7.853/89, a qual dispõe acerca do apoio às pessoas portadoras de deficiência e a observância do mínimo nas questões de saúde, dentre outros assuntos pertinentes:

*Art. 1º - Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.  
§ 1º - Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.*



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*§ 2º - As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.*

*Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.*

*Parágrafo único. **Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:***

*(...)*

### ***II - na área da saúde:***

- a) a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência;*
- b) o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidente do trabalho e de trânsito, e de tratamento adequado a suas vítimas;*
- c) a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação;*
- d) a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado*



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados;*

*e) a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado;*

*f) o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social;*

No âmbito de proteção aos idosos a Lei nº 10.741/03, conhecida como o Estatuto do Idoso, igualmente dispõe acerca do direito à saúde da pessoa idosa:

*Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, **todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental** e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.*

*Art. 3º **É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.***

*Art. 9º **É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.***

*Art. 15. **É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a***



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

***prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.***

*§ 1º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:*

*I – cadastramento da população idosa em base territorial;*

*II – atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;*

*III – unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;*

*IV – atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;*

*V – reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas decorrentes do agravo da saúde.*

***§ 2º 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 ou reabilitação.***

Nesse diapasão, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, sendo sustentáculo para a sua ação positiva (teoria dos quatro status de Jellinek – status positivo). Dessa forma, o Estado além da imposição de não praticar atos atentatórios à dignidade humana, haverá também de promover esta dignidade através de condutas ativas, a fim de assegurar o mínimo existencial para cada ser humano.

O direito à percepção de fraldas e, portanto, a exigência de uma prestação positiva por parte do Estado do Espírito Santo e do Município de



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Cachoeiro de Itapemirim se mostra fundamental à situação em análise, considerando-se que há clara ofensa à dignidade das pessoas com deficiência e idosas, o que reflete, inclusive, em seu tratamento de saúde.

Diante de todo o exposto resta demonstrada a reiterada ofensa à dignidade dos idosos e das pessoas com deficiência neste Município.

### **IV.2 – DA APLICAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS.**

Compulsando-se a normatização sobre Direitos Humanos, observa-se que nosso país é abertamente um franco violador de direitos fundamentais. Neste ponto, colaciona-se os principais tratados e pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário, mas não é cumpridor. Veja-se o art. XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

*Art. XXII - Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais **indispensáveis à sua dignidade** e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.*

Já a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em seu art. 1º (item 1) e art. 2º (item 1), preceitua:

*Art. 1º - Item 1 – O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.*



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*Art. 2º - Item 1 – **A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento** e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.*

Da mesma forma, a Declaração e Programa de Ação de Viena, em seus arts. 10 e 22, proclama:

*Art. 10 – A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos fundamentais. [...]. Embora o desenvolvimento facilite a realização de todos os direitos humanos, **a falta de desenvolvimento não poderá ser invocada como justificativa para se limitar os direitos humanos** internacionalmente reconhecidos [...].*

*Art. 22 - Deve-se dar **atenção especial às pessoas portadoras de deficiências**, visando assegurar-lhes um tratamento não-discriminatório e equitativo no campo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, garantindo sua plena participação em todos os aspectos da sociedade.*

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 12, prescreve:

*1 – Os **Estados-partes** no presente Pacto **reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.** 2 – As medidas que os Estados-partes no presente pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: [...] c) A prevenção e o **tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;** d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.*



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Já o Protocolo Adicional à Convenção Americana, em seus arts. 10 e 18, estabeleceu:

*Art. 10 – Direito à saúde: 1 – Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2 – A fim de tornar efetivo o direito à saúde, **os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público** e especialmente adotar as seguintes medidas para garantir este direito: [...] d) Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza [...] Art. 18 – Proteção de deficientes: Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade [grifo nosso].*

Todas estas legislações mencionadas são Pactos ou Tratados Internacionais aos quais o Brasil aderiu expressamente, sendo, portanto, aplicáveis ao presente caso.

### **IV.3 – DO DIREITO À SAÚDE.**

No que pertine ao fornecimento de fraldas descartáveis é imperiosa a análise dos mandamentos constitucionais que respaldam o direito em discussão.

Em dois artigos da Carta Magna é patente o dever de o poder público garantir políticas que visem à redução do risco de doença e em oferecer atendimento integral com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais:

*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*



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

*Art. 198 – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com as seguintes diretrizes:*

*...*

*II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.*

Pela leitura destes dispositivos, baseado na interpretação que visa a máxima eficácia dos mandamentos constitucionais, constata-se a obrigatoriedade de o poder público oferecer condições básicas de sobrevivência do ser humano, diminuindo o risco de doença.

No caso em tela, trata-se de pessoas idosas ou com necessidades especiais por sofrerem deficiências físicas e mentais, que necessitam de uso contínuo de fraldas para que torne possível sua sobrevivência digna, aumentando a locomoção, segurança e autonomia.

Por conseguinte, ainda que esta pretensão tenha um caráter social, traz ela consequências imediatas à saúde física do ser humano.

### **IV.4 – DO DIREITO À SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.**

A obrigação do Estado em amparar de forma diferente e especial os portadores de deficiências é determinada pela Constituição Federal e pela legislação esparsa.

A Constituição Federal no *caput* do artigo 5º assegura a igualdade de



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

direitos 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.

Nesse diapasão, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, foram recebidos pelo nosso ordenamento jurídico como norma constitucional, nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, por meio do Decreto nº 6.949/09.

A referida Convenção promulgada através do Decreto Lei 6.949 de 25 de agosto de 2009, dispõe:

### *Artigo 4*

#### *Obrigações gerais*

*1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:*

*a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;*

*[...]*

*c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;*

*d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;*

*[...]*

*5. As disposições da presente Convenção se aplicam, sem limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos.*



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

*Artigo 25*

**Saúde**

***Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes:***

*[...]*

*f) Prevenirão que se negue, de maneira discriminatória, os serviços de saúde ou de atenção à saúde ou a administração de alimentos sólidos ou líquidos por motivo de deficiência.*

Em 2015 foi aprovada a Lei nº 13.146/15, que entrou em vigor no início do corrente ano, instituindo a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

O Capítulo III do Estatuto da Pessoa com Deficiência trata do direito à saúde das pessoas com deficiência, ressaltando:

*Art. 18. É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário.*

*(...)*

*§ 4º As ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar:*

*(...)*

*XI - oferta de órteses, próteses, meios auxiliares de locomoção, medicamentos, insumos e fórmulas nutricionais, conforme as normas vigentes do Ministério da Saúde.*



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Diante de todo o exposto, mais uma vez evidencia-se o **dever** de o Estado fornecer insumos, na hipótese dos autos fraldas descartáveis, às pessoas com deficiência.

### **IV .5 – DO DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS IDOSAS.**

Acerca do direito à saúde das pessoas idosas é imperioso salientar que a Constituição Federal traz dispositivo específico acerca do tratamento a ser dispensado aos idosos, nos seguintes termos:

*Art. 230. A família, a sociedade **e o Estado** têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, **defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.***

Regulamentando o dispositivo constitucional foi editado o denominado Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), "*destinado a regular aos direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade*" (art. 1º).

Referido Estatuto, em seu art. 2º, garante ao idoso proteção integral no tocante aos seus direitos fundamentais, referindo-se expressamente ao seu direito à saúde, nos seguintes termos:

*Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, **sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (grifamos)***



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Por sua vez, o art. 3º Estatuto do Idoso assegura-lhe prioridade no atendimento de suas necessidades fundamentais, ressaltando o direito à vida e à saúde, através da seguinte redação:

*Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.*

*Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:*

*(...)*

*III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;*

*(...)*

*VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.*

Tal proteção integral e absoluta prioridade significa que a sociedade e o Estado devem assegurar prioridade aos idosos no concernente ao atendimento de seus direitos fundamentais, especialmente no tocante à sua saúde. Tal prioridade, conforme entendimento doutrinário pacífico, somente sede diante da prioridade conferida às crianças e adolescentes, de índole constitucional (art. 227).

Tais direitos dos idosos são reforçados pelos artigos 4º a 7º do Estatuto do Idoso, que preveem punição em caso de descumprimento de seus preceitos, bem como responsabilização das pessoas físicas ou jurídicas descumpridoras da norma, atribuindo a todo cidadão o dever de comunicar à autoridade competente a violação à lei e atribuindo aos Conselhos Nacional, Estadual e Municipal do Idoso a obrigação de zelar pelos direitos dos idosos.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Especificamente no tocante à vida e à saúde, o Estatuto traz, ainda, os seguintes dispositivos, pertinentes ao presente caso:

*Art. 8º. É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade. (grifamos)*

*Art. 15. É assegurada atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde. – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.*

*(...)*

*§ 2º. **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.*

De todo este arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional, extrai-se a evidente conclusão que a recusa no fornecimento de insumos indispensáveis à saúde da pessoa humana, especialmente idosos, implica em ilegalidade e grave inconstitucionalidade. Por sua vez, a grande quantidade e a clareza dos dispositivos que garantem proteção prioritária à saúde do idoso conduzem à inafastável conclusão de que não pode o Estado, em qualquer de suas esferas, furtar-se a assegurar esta proteção.

Relevante, ainda, a existência de dispositivo legal específico atribuindo ao poder público a obrigação de fornecer aos idosos, gratuitamente, os medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses **e outros recursos relativos ao tratamento**, habilitação ou reabilitação.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Repisa-se, fica evidenciado o dever do Estado de fornecer as **fraldas descartáveis** tanto aos idosos quanto às pessoas portadoras de deficiência.

A este respeito já se pronunciou o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

*O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa institucional 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 de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RE 267.612 – RS, DJU 23/08/2000, Rel. Min. Celso de Mello – grifo nosso).*

Necessário, portanto, comando jurisdicional no sentido de que o Estado do Espírito Santo e o Município de Cachoeiro de Itapemirim sejam compelidos a fornecer fraldas descartáveis às pessoas com deficiência e idosos.

### **IV.6 – DA APLICAÇÃO DA LEI N° 8.080/90.**

A saúde é regulamentada pela Lei n° 8.080/90, a qual repete, em grande parte, o texto constitucional. Destacam-se:



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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

*Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.*

*Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.*

*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). § 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.*

*Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: [...] III - 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.*

Analisando o texto legal acima colacionado, chega-se também à conclusão acerca de sua violação, vez que pesam sobre as entidades estatais a obrigação legal de atender – não só coletivamente – mas individualmente, cada cidadão, especialmente, quando se tratar de medidas tendentes à recuperação da saúde ou melhoria das suas condições de sobrevivência.

### **IV.7 – DA INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.**



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A medida ora pleiteada não ofende ao princípio da separação dos poderes e das questões orçamentárias.

Com efeito, a Constituição Federal, ao lançar mão do princípio da separação dos poderes, procurou delimitar atribuições, considerando ser o poder do estado uno e indivisível. Neste sentido, as esferas do poder possuem suas funções típicas e atípicas, que, estabelecendo o *sistema de freios e contrapesos*, viabiliza a coexistência e mútua fiscalização dos próprios poderes.

Nesse espeque, não se nota, no presente caso, uma intromissão indevida do Judiciário na esfera administrativa do estado, mas, em verdade, estrita atuação típica, uma vez que é dever do Judiciário zelar pela observância e efetivação dos preceitos constitucionais.

É válido acrescentar que dentre as suas atribuições, o Judiciário está incumbido do *múnus* de curador das minorias, viabilizando o exercício da democracia. Desse modo, o estado democrático, guiado pela vontade das maiorias, não pode vendar-se às necessidades das minorias, de modo que sem a atuação do Judiciário, a democracia se tornaria a ditadura da maioria.

A atuação contramajoritária do Poder Judiciário mostra-se, portanto, essencial em situações como esta que se analisa, tendo em vista que os direitos das minorias vem sendo sobejamente relegados a segundo plano.

Neste sentido já se manifestou o egrégio Supremo Tribunal Federal:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS*



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO**

*REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.(STF - RE: 642536 AP , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013)*

Assim, no caso dos autos não há violação de poderes, pois o poder judiciário está sendo acionado para garantir o cumprimento de obrigações impostas ao poder executivo, que por sua vez tem se esquivado, ofendendo os direitos das pessoas com deficiência e idosas dessa municipalidade.

**IV.8 – DO ATIVISMO JUDICIAL E DA ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS.**

Piucila Ferreira Marques Ofante  
Defensora Pública



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Questão tormentosa é aquela em que se discute até que ponto o Judiciário pode e deve interferir nas políticas públicas, de modo a não invadir a competência do Executivo e, ao mesmo tempo, assegurar direitos aos indivíduos.

Aliás, acerca do ativismo judicial no que pertine aos direitos de primeira geração, aqueles que exigem uma abstenção estatal, é pacífico que esse controle realizado pelo Judiciário se mostra plenamente possível.

A controvérsia surge, entretanto, quando o objeto da discussão são os direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, aqueles que exigem uma atuação positiva do poder público.

Nesse espeque, a relação dialética entre o mínimo existencial e a reserva do possível constrói as bases da exigibilidade dos direitos de segunda dimensão. Adotando-se a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e reconhecendo a natureza principiológica dos direitos fundamentais, a ponderação no caso concreto oferece legitimidade para tutela pela via jurisdicional dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

A tutela jurisdicional nesta situação, qual seja, a determinação de que os promovidos forneçam fraldas descartáveis às pessoas deficientes e aos idosos, mostra-se perfeitamente cabível, dada a atuação contramajoritária do Judiciário para a efetivação de política pública das supracitadas minorias.

Pontue-se que o direito à saúde, e neste ponto não existe quaisquer controvérsias, consiste no mínimo que deve ser assegurado ao indivíduo para a sua existência digna.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Malgrado não se desconheça as críticas existentes acerca da atuação contramajoritária do Judiciário nestas hipóteses, é notório que a vontade majoritária - em claro detrimento dos não representados - prejudica a busca da igualdade e, por via de consequência, reflete negativamente na esfera individual e coletiva daqueles não representados.

Por fim, e mais uma vez, considera-se perfeitamente possível o ativismo judicial nesta hipótese, qual seja, a garantir o direito à saúde e a dignidade de pessoas deficientes e idosas através da determinação do fornecimento de fraldas descartáveis pelo poder público.

### **IV.9 – DA INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE AO MÍNIMO EXISTENCIAL À SAÚDE.**

Como dito anteriormente, a Constituição da República atribuiu à saúde um alto grau de importância, prescrevendo um tratamento mais detalhado no artigo 6º e nos artigos 196 a 200, revelando como o Estado deve agir frente às necessidades e os anseios dos cidadãos.

Por isso o direito fundamental social à saúde apresenta indubitável correlação na preservação da dignidade da pessoa humana e na concreção da igualdade. E são nestes princípios que se encontram a noção do mínimo existencial.

O direito à saúde está interligado ao direito à vida. Assim, vida e saúde estão em um mesmo patamar e configuram, sem quaisquer dúvidas, um dever do Estado na implementação por melhores condições de vida e de salubridade. Por conseguinte, a saúde configura um mínimo existencial, de forma a ser concretizado e implementado pelo Estado.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Nesse sentido, o magistrado sempre deve ponderar qual a melhor tutela a ser aplicada, para que não afete pessoas que se beneficiam da assistência pública a saúde. Logo jamais a teoria da reserva do possível terá sobreposição ao princípio do mínimo existencial, caso isso ocorra não poderemos falar em liberdade, igualdade ou dignidade da pessoa humana, pois este é o alicerce dos Direitos Fundamentais.

Ressalte-se não ser razoável a alegação de que a reserva do possível impede fornecimento das fraldas descartáveis por falta de recursos. Isto se dá em decorrência da relevância do direito à vida e à saúde, que devem prevalecer quando em confronto com qualquer outro direito constitucional.

Sobre estes aspectos, a jurisprudência pátria é pacífica conforme ilustram os seguintes arestos:

*"Os obstáculos apontados pelo estado, a fim de inviabilizar o pleito liminar do impetrante, revelam-se frágeis; a aquisição de medicamentos essenciais à preservação da vida do enfermo pode ocorrer em regime de urgência; previsão orçamentária geral para a compra de medicamentos destinados à farmácia do SUS. Certamente há, caso, contrário ao administrado é lícito remanejar as rubricas, prática usual na administração pública...*

*Afirmativa de que normas programáticas são meras promessas do constituinte, simples diretrizes, objetivos a serem alcançados, mas sem nenhuma obrigatoriedade foi adequadamente redefinida no v. acórdão nº 3036 (fls. 67-69), quando, em voto condutor da lavra do eminente desembargador Ângelo Zattar, este tribunal de justiça, pelo seu colendo II grupo de Câmaras Cíveis, inadmitiu as restrições levantadas pelo estado, considerando-as violadoras de direito líquido e certo dos portadores desta doença degenerativa.*



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Portanto, a medida pleiteada não pode ser negada sob o fundamento de questões financeiras, ou ainda, de ausência de previsão orçamentária.

#### **IV.10 – DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE. DA INACEITÁVEL LIMITAÇÃO NA CONCESSÃO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS.**

De acordo com a doutrina constitucional mais moderna os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão inseridos na cláusula constitucional do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*).

Com efeito, o princípio do devido processo legal substantivo implica no reconhecimento de que o Estado, em todas as suas dimensões, isto é, seja ele o Estado-administração, o Estado-legislador ou mesmo o Estado-juiz, *jámais poderia impor obrigações, legais ou administrativas*, ou impor sanções, administrativas ou judiciais, sejam elas de que natureza jurídica for que desbordem do necessário sentido da racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse ínterim, não se mostra razoável e proporcional que o fornecimento de fraldas descartáveis seja realizado somente aos pacientes já cadastrados e àqueles que ingressam com demanda judicial.

É necessário salientar que os defendidos pela Defensoria Pública apresentam, no geral, uma vulnerabilidade extremada, a qual denomina-se hipervulnerabilidade, eis que carecem de recursos financeiro, jurídico, social e educacional, de modo que muitos desconhecem, em absoluto, os seus direitos mínimos.



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Nesse ínterim, a conduta adotada pelo poder público encontra barreira insuperável nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, eis que se mostra desarrazoado dificultar o acesso adequado à rede de saúde.

Conforme sobejamente mencionado, os indivíduos que necessitam de fraldas, no geral, possuem quadro clínico agravado por inúmeras enfermidades, sendo que o fornecimento de fraldas é apenas um dos insumos que necessitam para uma vida minimamente digna.

Diante do exposto, não se mostra razoável e proporcional a multicitada limitação imposta às pessoas com deficiência e idosos, pois além de interferir diretamente em sua dignidade e pleno exercício de cidadania, tem direta relação até nos diversos tratamentos médicos aos quais se submetem.

### **V – DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA.**

Como é cediço, o artigo 300 do Código de Processo Civil autoriza seja concedida liminarmente e *inaudita altera parte*, medida antecipatória dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, verossímil a alegação e baseada em provas fundadas, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (tutela antecipada de urgência).

A prova inequívoca da verossimilhança da alegação decorre dos documentos anexos e das argumentações que atestam a necessidade das pessoas com deficiência e idosos desta municipalidade em preservar sua saúde e vida, visto que necessitam do uso contínuo de fraldas descartáveis.

O receio de dano irreparável é evidente, uma vez que, conforme exposto, as fraldas descartáveis garantem melhores condições de vida às pessoas



## DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

com deficiência e idosas, tornando possível sua sobrevivência digna, aumentando a locomoção, segurança e autonomia, evitando-se ainda os riscos que advém da falta de higiene e cuidados básicos com um ser humano que não possui meios próprios para cuidar-se.

Evidente que, diante da relevância do bem jurídico a ser protegido pela medida antecipatória, o direito à vida e à saúde das pessoas com deficiência e idosos, não se aplica ao caso em tela o § 3º do art. 300 do CPC, que impede a concessão da tutela de urgência caso presente o risco de irreversibilidade da medida.

Isto porque, no presente caso, a aplicação destes dispositivos significa dar preferência o aspecto financeiro e econômico no âmbito da administração pública em detrimento do direito à vida e à saúde da pessoa humana. Tal fato implicaria em flagrante violação de todos os dispositivos já transcritos do texto constitucional, especialmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, alçados à categoria de princípios constitucionais pelo princípio do devido processo legal em seu aspecto substantivo (art. 5º, inc. LIV).

Está patente, no caso em julgamento, que por se tratar de direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana, necessária ágil atuação do poder judiciário, visando assegurar, de maneira metaindividual, o direito pleiteado.

Assim, uma vez satisfeitos os requisitos legais, torna-se imprescindível a concessão da liminar pleiteada. Somente uma pronta resposta do Poder Judiciário, consistente em obrigar o poder público a fornecer as fraldas descartáveis, pode impedir a violação do direito fundamental à vida e à saúde da pessoa com deficiência e dos idosos. Tal providência não pode e não deve aguardar o julgamento final do feito, sob pena do provimento jurisdicional tornar-se imprestável.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Neste sentido:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. MUNICÍPIO DE PELOTAS. **FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.** 1. No caso, não comprovou o ente municipal sua versão de que as fraldas descartáveis postuladas pelo autor são simples recursos facilitadores para fins de precauções higiênicas, não estando descartado que, ante a específica situação vivenciada pelo menor, portador de patologia neurológica, não se trate de um artigo especial e essencial para os cuidados de sua saúde. (TJ-RS , Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 15/12/2011, Oitava Câmara Cível) (STF - AI: 740428 SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 28/03/2012, Data de Publicação: DJe-068 DIVULG 03/04/2012 PUBLIC 09/04/2012)*

***TUTELA ANTECIPATÓRIA** – POSSIBILIDADE, EM REGRA, DE SUA OUTORGA CONTRA O PODER PÚBLICO, RESSALVADAS AS LIMITAÇÕES PREVISTAS NO ART. 1º DA LEI Nº 9.494/97 – VEROSSIMILHANÇA DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL – OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DO 'PERICULUM IN MORA' – ATENDIMENTO, NA ESPÉCIE, DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS (CPC, ART. 273, INCISOS I E II)– CONSEQÜENTE DEFERIMENTO, NO CASO, DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS 'ASTREINTES' CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – DECISÃO REFERENDADA EM MAIOR EXTENSÃO - TUTELA ANTECIPATÓRIA INTEGRALMENTE DEFERIDA. POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE OUTORGA, CONTRA O PODER PÚBLICO, DE TUTELA ANTECIPATÓRIA (RE nº 495.740/DF-TAR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 14/8/09)*

Diante do exposto, requer seja deferida a tutela de urgência em face dos promovidos e determinado **o imediato fornecimento da quantidade necessária de fraldas descartáveis para pessoas com deficiência e idosos**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**que necessitarem por prescrição médica, fisioterápica, ou de profissional de enfermagem, pelo tempo que for necessário para o tratamento.**

Referida obrigação deve ser realizada sob pena de fixação de multa diária no valor equivalente a R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, nos termos do art. 11, da Lei nº 7.347/85, pelo não cumprimento, sem prejuízo de caracterização de crime de desobediência.

## **VI – DOS PEDIDOS.**

Diante do exposto, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo requer:

- a) a concessão da tutela de urgência na forma já exposta, sob pena de multa correspondente R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, nos termos do art. 11, da Lei nº 7.347/85, a fim de determinar aos requeridos a obrigação de fazer consistente **no fornecimento da quantidade necessária de fraldas descartáveis para pessoas com deficiência e idosos que necessitarem por prescrição médica, fisioterápica, ou de profissional de enfermagem, pelo tempo que se fizer necessário para o tratamento;**
- b) a citação dos requeridos, nos endereços já declinados, para responder aos termos da presente ação, com a advertência dos efeitos da revelia;
- c) seja, ao final, confirmada a liminar requerida, condenando-se os réus a, solidariamente, **fornecer a quantidade necessária de fraldas descartáveis**

*Paíscila Ferreira Marques Ofante*  
Defensora Pública



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

**para pessoas com deficiência e idosos que necessitarem por prescrição médica, fisioterápica, ou de profissional de enfermagem, pelo tempo que se fizer necessário para o tratamento,** sob pena de multa diária, nos termos do art. 11, da Lei nº 7.347/85;

d) a condenação dos réus no pagamento dos honorários de sucumbência em favor da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.

Requer-se, ainda, sejam concedidos os benefícios de isenção dos ônus de sucumbência, conforme disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85, e que, nos termos do art. 128, inc. I, da Lei Complementar nº 80/94, seja feita a intimação pessoal da Defensora Pública que esta subscreve.

Requer-se, também, a possibilidade de se produzir todos os meios de prova em direito admitidos, além da documentação acostada à presente petição e, especialmente, a inversão do ônus da prova em favor da Defensoria Pública.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Cachoeiro de Itapemirim – ES, 17 de agosto de 2017.

**PRISCILA FERREIRA MARQUES OFRANTE**

*Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo*

*Defensora Pública*