WORKSHOP

SAÚDE PÚBLICA

DO PODER JUDICIÁRIO DE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO
DO ESTADO DE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MATO GROSSO

Desembargador **Rui Ramos Ribeiro**
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Desembargadora **Marilsen Andrade Addario Adario**
Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Desembargadora **Maria Aparecida Ribeiro**
Corregedora-Geral da Justiça

Comitê Executivo Estadual de Saúde

Presidente

Desembargadora Maria Erotides Kneip

Membros
Juízes de Direito

Márcio Aparecido Guedes

Jones Gattas Dias

Paulo Márcio Soares de Carvalho

Luís Aparecido Bortolussi Júnior

José Luiz Leite Lindote

Agamenon Alcântara Moreno Júnior

Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva

Túlio Duailibi Alves Souza

Emerson Luis Pereira Cajango

Gerardo Humberto Alves Silva Junior

Assessora da Justiça Comunitária / Presidência

Neucimeire Alves de Oliveira

SUMÁRIO

PROGRAMAÇÃO 11

PROJETO ELROND 15

1. O PROJETO ELROND E A PREOCUPAÇÃO COM A SAÚDE PÚBLICA. 15

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDANTE DA REPÚBLICA. 16

3. O PODER JUDICIÁRIO E A ESPECIAL PROTEÇÃO DOS VALORES FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA. 23

4. UNIVERSALIDADE, INTEGRALIDADE E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS. 26

5. A EFETIVAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS DO JUIZ. 33
5.1 A adoção de medidas inadequadas para efetivar o pronunciamento judicial. 36
5.1.1 A fixação de astreintes. 36
5.1.2 A prisão civil. 37
5.1.3 O afastamento do agente público. 38

6. CONSEQUÊNCIAS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL 38

7. CONSIDERAÇÕES 41

PROGRAMAÇÃO

I WORKSHOP SOBRE SAÚDE PÚBLICA

Cuiabá/MT – 28 de julho de 2017

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE MATO GROSSO

8h

Abertura

Desembargador Rui Ramos Ribeiro – Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

Desembargadora Maria Erotides Kneip – Presidente do Comitê Estadual de Saúde.

9h

NAT-Jus: Histórico, Relatórios e Regras do Evento. Dr. Jones Gattas Dias – Juiz de Direito da Segunda Vara Especializada da Fazenda Pública de Várzea Grande/MT.

9h30

A solidariedade do SUS e as regras de competência.

Dr. Tulio Duailibi Alves Souza – Juiz de Direito e Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

10h

Judicialização da saúde. Dr. Gerardo Humberto Alves Silva Junior – Juiz de Direito da Segunda Vara de Diamantino/MT e Juiz Cooperador da Primeira Vara Especializada da Fazenda Pública de Cuiabá/MT.

10h30

MESA DE DEBATES

Componentes da mesa: Desembargadora Maria Erotides Kneip, Dr. Jones Gattas Dias, Dr. Tulio Duailibi Alves Souza e Dr. Gerardo Humberto Alves Silva Junior.

10h45 **Intervalo**

11h **Palestra: Dr. Clenio Jair Schulze** – Juiz Federal. Foi Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2013/2014). Mestre e Doutorando em Direito. É coautor do livro 'Direito à saúde – Análise à luz da judicialização'.

12h30 **Intervalo para almoço**

14h **NAT-Jus:** Estrutura, fluxo de atendimento, formatação dos pareceres e experiências. Dr. Elton Hugo Maia Teixeira – Médico vinculado ao NAT-Jus.

14h30 **Dra. Kelli Carneiro de Freitas Nakata. Farmacêutica Bioquímica.** Técnica da SES. Membro da Comissão Permanente de Farmácia e Terapêutica. MBA em Economia e Avaliação de Tecnologia. Mestre em Saúde Coletiva pela UFBA. Especialista em Hematologia. Especialista em Gestão Hospitalar.

15h

Relevância do NAT-Jus e questionamentos. Dra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva – Juíza de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública de Cuiabá/MT.

15h30

DISCUSSÕES MESA DE DEBATE:

Desembargadora Maria Erotides Kneip, Dr. Jones Gattas Dias, Dr. Elton Hugo Maia Teixeira, Dra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva e Dr. Tulio Duailibi Alves Souza.

16h

Dra. Carina Michelon – Juíza Federal da Turma Recursal de Mato Grosso.

16h30

Intervalo

17h

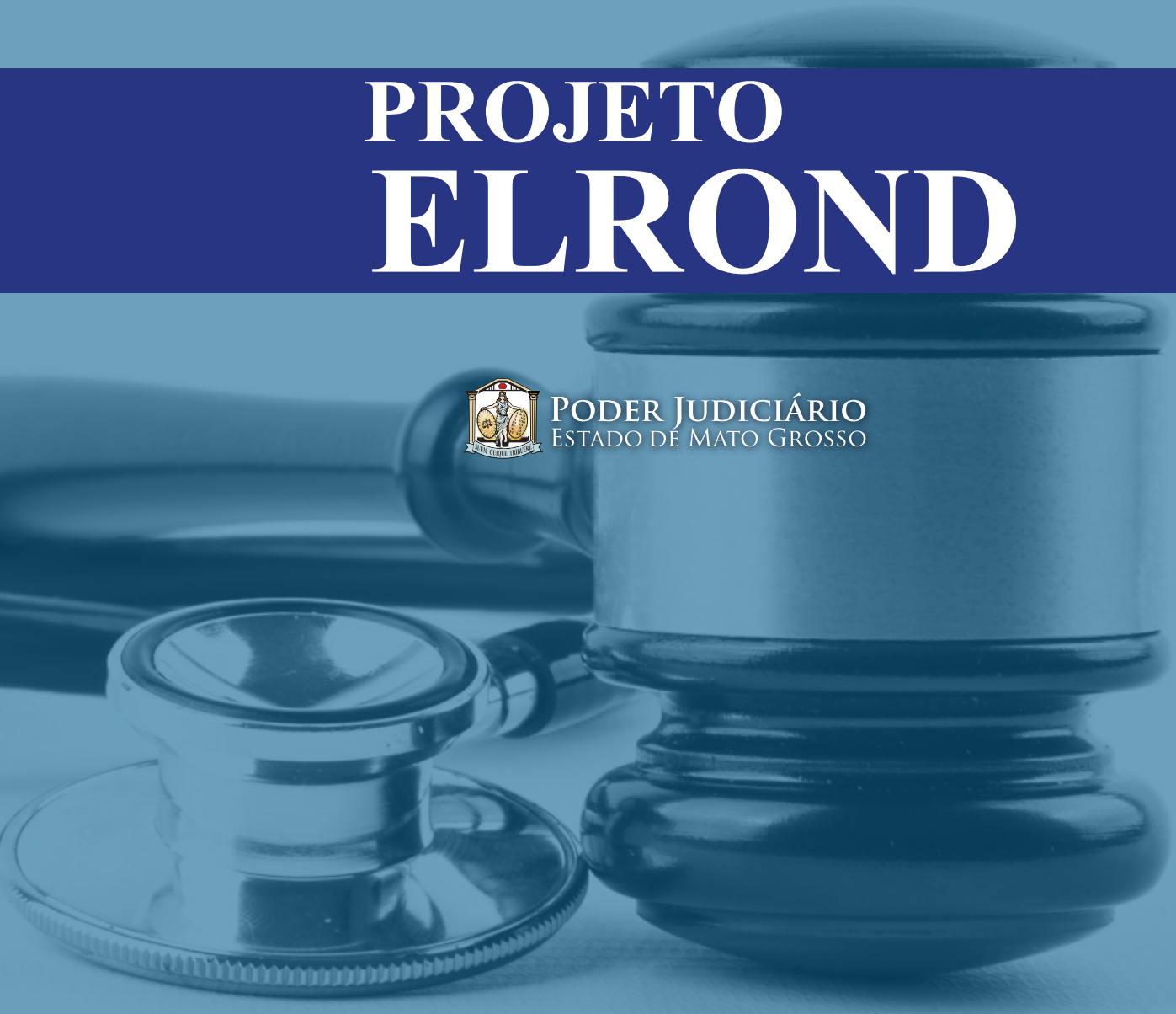
Levantamento financeiro da judicialização da saúde em Mato Grosso.
Apresentação pelos técnicos do TCE/MT.

17h30

Encerramento.

Desembargadora Maria Aparecida Ribeiro – Corregedora-Geral da Justiça.

PROJETO ELROND



Poder Judiciário
Estado de Mato Grosso

PROJETO ELROND

Todos são iguais, mas alguns são mais iguais que os outros.[1]

1. O PROJETO ELROND E A PREOCUPAÇÃO COM A SAÚDE PÚBLICA.

A saúde é objeto de conflito, relacionada com o sofrimento e a perda da razão, fazendo com que às vezes nossas escolhas pareçam ser meramente emocionais, pois ela atinge aquilo que é mais precioso, nossa vida. Esse tema é extremamente delicado e nos coloca como 'porcos-espinhos na neve', como dizia Nietzsche. Queremos ficar juntos para nosso acalento, porém se ficarmos muito próximos seremos espetados.

O projeto Elrond nasceu dessa preocupação, pois assim como o 'anel' descrito por J. R. R. Tolkien em sua obra 'O Senhor dos Anéis', o direito à saúde não pode nos seduzir a ponto de nos levar para a autodestruição. É necessário que juntos, em verdadeira comunidade de trabalho, buscarmos no destino da saúde pública uma solução viável.

O direito à saúde pública não deve e não pode representar o simbolismo do 'anel' que nos ameaça, responsável pela nossa desunião e autodestruição. É evidente que não precisamos de um discurso na perspectiva da verticalidade, pois é necessário homogeneidade em nossa atuação.

Somos portadores de toda a angústia do direito à saúde pública e precisamos enfrentar esse tema juntos. Precisamos tratar o direito como integridade, com uma só voz e, com base nas lições de Freud, abdicarmos de nossas vontades para assegurar a vitória do grupo. Em síntese, não queremos vazio e nem adversários.

O nosso objetivo, ao contrário da obra de Tolkien, não é destruir o 'anel'. Pretendemos a proteção especial do direito à saúde pública, conquista fundamental da sociedade, pois coloca o ser humano como foco central da República, com especial valorização da vida.

Nesse aspecto, concitamos os colegas a refletir sobre o tema, com a leitura deste material e daquele contido no portal. Esse material foi especialmente preparado para servir como ponto de partida para uma reflexão sobre a saúde pública, pois nossa intenção consiste em: (i) proteger o direito à saúde pública; (ii) concitar os colegas a repensar os conceitos de universalidade, equidade, integralidade e repartição de competências; (iii) uniformizar as medidas para efetivação das decisões judiciais; (iv) atacar a desigualdade que a judicialização da saúde pública tem ocasionado; (v) assegurar o bom uso dos escassos recursos públicos.

1 Adaptado de *Revolução dos Bichos*, de George Orwell.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDANTE DA REPÚBLICA.

O Papa Paulo VI, na carta apostólica Octogésima Adveniens, de 14.5.1971, assevera:

> A pessoa humana é e deve ser o princípio, o sujeito e o fim de todas as instituições sociais. Todo o homem tem direito ao trabalho, à possibilidade de desenvolver as próprias qualidades e a sua personalidade no exercício da profissão abraçada, a uma remuneração equitativa que lhe permita, a ele e à sua família, 'cultivar uma vida digna no aspecto material, social, cultural e espiritual', à assistência em caso de necessidade, quer esta seja proveniente de doença ou da idade.[2]

O ideário social e político da Igreja Católica tem como fundamento o humanismo cristão e coloca a pessoa humana como núcleo central da vida e do poder social.

Esse ideário remonta, entre outros aspectos históricos, a fórmula de Abraham Lincoln (1809-1865) quando no famoso discurso de Gettysburg, em 19.11.1863, invocou os princípios da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e afirmou que os poderes dos Estados não podem se sobrepor ao 'governo do povo, pelo povo e para o povo':

> Cumpre-nos, antes, a nós, os vivos, dedicarmo-nos hoje à obra inacabada até este ponto tão notavelmente adiantada pelos que aqui combateram. Antes, cumpre-nos a nós, os presentes, dedicarmo-nos à importante tarefa que temos pela frente – que estes mortos veneráveis nos inspirem a uma maior devoção à causa pela qual deram a última medida transbordante de devoção – que todos nós aqui presentes solenemente admitamos que esses homens não morreram em vão, que esta Nação, com a graça de Deus, renasça na liberdade, e que o governo do povo, pelo povo e para o povo jamais desapareça da face da Terra.

No Brasil, a importância da dignidade da pessoa humana somente se fez presente a partir[3] da Constituição Federal de 1967[4]. Ela relacionava-se com a ordem econômica como condição para realizar a justiça social, com base nos princípios, entre outros, da valorização do trabalho conforme a condição da dignidade humana[5].

Sobre a dignidade da pessoa humana Daniel Sarmento aduz:

> O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (...) pode ser dito

2 http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/apost_letters/documents/hf_p-vi_apl_19710514_octogesima-adveniens.html (acesso em 8.2.2017).

3 Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946.

4 Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
(...)
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

5 Em semelhante disposição o artigo 160 da Emenda Constitucional n. 1/1969:
Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
(...)
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

> que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado.[6]

A Constituição Federal de 1988 revolucionou esse paradigma e colocou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, aliado ao fato de que se inspirou na fórmula de Abraham Lincoln ao afirmar que 'todo o poder emana do povo', e aquele que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.[7]

De acordo com J. J. Gomes Canotilho[8]:

> Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa na qual é proibida a pena de morte (artigo 24º) e a prisão perpétua (artigo 30º/1). A pessoa ao serviço da qual está a República também pode *cooperar* na República, na medida em que a pessoa é alguém que possa assumir a condição de *cidadão*, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida.
>
> Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O expresso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de 'verdades' ou 'fixismos' políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprimia esta ideia através dos *princípios da não identificação e da neutralidade*, pois a República só poderia conceber-se como *ordem livre* na medida em que não se identificasse com qualquer 'tese', 'dogma', 'religião' ou 'verdade' de compreensão do mundo e da vida. O republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente (J. Rawls).

A exemplo, citamos a Lei Fundamental da Alemanha quando estabelece em seu artigo 1:

> Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]
>
> (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

---

6 SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60.

7 Parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

8 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição. p. 225.

> (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
>
> (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam nos poderes legislativo, executivo e judiciário.

De qualquer forma, entendemos que a instituição de um Estado Democrático, destinado a 'assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos'[9], impõe em seu núcleo a dignidade da pessoa humana como valor fundante da República.

Peter Häberle[10], ao tratar da importância da dignidade da pessoa humana na constituição, afirma:

> (...) uma Constituição que, de início, menciona a dignidade humana como um dos seus princípios supremos, deve-se preocupar com essa dignidade, seja como um objetivo pedagógico – desde as escolas até regulamentação de atividade de radiodifusão – ainda que o objetivo pedagógico não esteja explicitamente mencionado no texto constitucional. A Constituição assume esse compromisso a si própria ao prever textualmente a dignidade humana.

A esse valor fundante se liga outro, o da cidadania, não como mera concepção de direitos políticos frente ao Estado, pois vai além e trata o cidadão como ponto central e fundamental da República.

De acordo com Dirley da Cunha Júnior[11]:

> Efetivamente, o *Estado Democrático de Direito* é princípio fundamental que reúne os princípios do *Estado de Direito* e do *Estado Democrático*, não como simples reunião formal de seus respectivos elementos, tendo em vista que revela um *conceito novo* que os supera, mas como providência de transformação do *status quo* e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que todo o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo, com o reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana.

Ao tratar do tema, Inocêncio Mártires Coelho[12] assevera:

> Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenhe em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a

9 Preâmbulo da Constituição Federal.

10 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 49.

11Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. Editora JusPodium, p. 525-526.

12Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Brancio, 4ª edição, editora Saraiva, p. 171.

solene proclamação daqueles direitos.

É possível afirmar que a existência da pessoa humana com dignidade demanda, necessariamente e de forma inevitável, assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais.

De acordo com Immanuel Kant[13]:

> O homem, e de uma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como um fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como um fim*.

A Corte Constitucional da Alemanha assevera que a dignidade da pessoa humana é considerada de valor superlativo, não podendo ser contrapesada com outros valores ou bens constitucionalmente protegidos, não se aplicando ao critério da proporcionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes[14] leciona:

> Em palavras do próprio Alexy, o princípio da dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixe de comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições (...) a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma.

Daniel Sarmento[15] discorda de Alexy e aduz:

> Quando este afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ceder, em face da ponderação com outros princípios em casos concretos. (...) reiteramos nosso entendimento de que nenhuma ponderação de bens pode implicar em amesquinhamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem.

A pessoa humana é, conforme afirmado alhures, o princípio, o sujeito e o fim das instituições sociais. O ordenamento jurídico de um país não confere a dignidade à pessoa humana, pois ela é inerente ao próprio ser humano, sendo certo que sua dupla função consiste em: (i) conduta omissa, com o fim de não violar a dignidade humana; (ii) conduta ativa, de forma a proteger a dignidade humana.

A intenção deste discurso caminha no sentido de afirmar que a dignidade da pessoa

13 Fundamentação da Metafísica dos Costumes, p. 68.
14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p.151-152.
15 SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.76.

humana consiste no valor fundante da República Federativa do Brasil, formando em relação a ele um núcleo, que deve ser respeitado e protegido pelo Estado.

Nesse núcleo, temos o direito à vida. A proteção a dignidade da pessoa humana demanda, inevitavelmente, a proteção do direito à vida. É certo que, dentre os valores constitucionais protegidos no artigo 5º o primeiro deles, e não poderia ser diferente, é a da inviolabilidade do direito à vida[16].

O artigo 4, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê especial proteção do direito à vida:

> 1. Toda pessoa tem o direito de que respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Ao tratar do direito à vida Francisco Fernandez Segado assevera que é 'o primeiro direito, o mais fundamental de todos o *prius* de todos os demais'[17]. Esse direito apresenta três possibilidades: (i) direito de defesa do indivíduo frente ao Estado ou ao particular, sendo proibida a prática de qualquer ato que o viole; (ii) obrigação de o Estado garantir com a máxima efetividade sua proteção; (iii) proteção aos elementos imateriais da pessoa, seu pleno exercício espiritual.

Por sua vez, não é demais ressaltar que o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm a aplicação imediata, a exemplo da Lei Fundamental da Alemanha:

> (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Dirley da Cunha Júnior[18] assevera:

> Firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concreta, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.

Em relação à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais F. Müller assevera que 'eles carecem de critérios materiais de aferição os quais podem ser tornados plausíveis a partir do

16 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:
17 El sistema constitucional espanõl. Madrid: Dykinson, 1997, p. 210.
18 Curso de Direito Constitucional. 5ª edição, editora JusPodium, p. 643.

seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias.'[19]

Em síntese, o direito à vida é a essência e a base material da dignidade da pessoa humana. E como consectário lógico do direito à vida se liga o direito de manter-se vivo, com atuação do Estado na proteção, entre outros, do direito social à saúde.

Dentre os direitos sociais estabelecidos no artigo 6º da Constituição Federal[20] trataremos de forma específica do direito à saúde. Como afirmado alhures, o direito à vida e o direito de manter-se vivo mantém relação incondicional com o direito à saúde.

Nesse tema, socorremo-nos à teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek, quais sejam: i) *status subjectionis* – passivo; ii) *status activus civitates* – ativo; iii) *status libertatis* – negativo; iv) *status civitates* – positivo.

O Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria dos quatro *status* de Jellinek ao julgar o Recurso Extraordinário n. 598.099 Mato Grosso do Sul que tratava do direito à nomeação a cargo público de pessoa aprovada dentro do número de vagas previstas no edital:

> Nesses termos, a acessibilidade aos cargos públicos constitui um **direito fundamental expressivo da cidadania**, como bem observou a Ministra Cármen Lúcia na referida obra.
>
> Esse direito representa, dessa forma, uma das faces mais importantes do *status activus* dos cidadãos, conforme a conhecida 'teoria dos status' de Jellinek. (trecho do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes)

A Suprema Corte reconheceu, nesse caso, que o edital do concurso com número específico de vagas e o ato da Administração Pública o qual declara os aprovados, cria um dever de nomeação e, portanto, direito à nomeação. Em síntese, trata-se, conforme afirmado pelo relator, da aplicação do *status activus* do cidadão, o direito de exigir prestações positivas do Estado.

No caso do direito social à saúde a situação jurídica torna-se ainda mais evidente, uma vez que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 196:

> 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.

Considerando que a saúde é um direito social, inerente a todos e dever do Estado, é certo que a própria Constituição Federal obrigou a formulação e execução de políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

---

19 *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 78-79.

20 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O Estado deve agir positivamente com o fim de: (i) promover ações e serviços de saúde; (ii) proteger a saúde, com redução do risco de doenças e de outros agravos; (iii) adotar ações de recuperação da saúde. O cidadão, por sua vez, com fundamento em seu *status activus* tem o direito de exigir do Estado a prática dessas ações[21].

O Ministro Celso de Mello, ao relatar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8 Rio Grande do Sul, afirmou:

> Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. 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, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.
>
> O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem como destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, 'Comentários à Constituição de 1988', vol VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob a 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.

E continua, ao afirmar que 'o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida', em posição a qual nos filiamos. O direito à saúde enseja a efetiva aplicação do artigo 196 da Constituição Federal, sob pena de grave omissão inconstitucional.

A intenção deste discurso tem a finalidade de demonstrar que a dignidade da pessoa humana, como valor fundante da República, tem em seu núcleo material a especial proteção da vida. A proteção à vida, na perspectiva do direito à saúde, garante ao cidadão a possibilidade de exigir do Estado ações efetivas não só para evitar o risco de doenças ou outros agravos, mas também, com o fim especial de proteção, com a prática de atos que visem ao tratamento e recuperação em caso de doença.

21Ao relatar o Recurso Extraordinário n. 410.715 – São Paulo, o Ministro Celso de Mello reconheceu a obrigação de o poder público concretizar o direito à educação mediante política pública efetiva, conforme segue:
É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, 'caput') – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num 'facere', pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, 'às crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV).

3. O PODER JUDICIÁRIO E A ESPECIAL PROTEÇÃO DOS VALORES FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA.

O Ministro Celso de Mello ao julgar a ADPF n. 45/DF asseverou, a título de *obiter dictum*, que:

> Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.
>
> (...)
>
> 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 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.

Essa é a doutrina de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen[22]:

> Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de políticas públicas implementadas e discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.
>
> (...)
>
> As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, ao relatar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864 Paraná, ressaltou:

> Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-

22Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público", p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad.

> jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

É certo que o Poder Judiciário deve implementar políticas públicas com assento constitucional e essenciais para a eficácia de direitos fundamentais; quando os órgãos administrativos competentes forem omissos, sem que ocorra violação ao postulado da separação dos poderes[23].

Sobre o tema, a posição de Dirley da Cunha Júnior[24]:

> Ademais, deve e pode o Ministério Público, através de ação civil pública, provocar a autuação do Judiciário no controle da omissão total ou parcialmente inconstitucional do poder público na implementação das ações e serviços de saúde, caso verifique, por exemplo, que o município não está concretizando o seu dever constitucional de assegurar o direito em questão, em face da inexistência ou deficiente prestação dos serviços públicos de saúde para a comunidade local, forçando que os munícipes se desloquem para outros municípios ou outros Estados à procura de atendimento médico-hospitalar.

Com efeito, o Estado constitucional deve ser um *Estado com qualidades*[25]. Nesse Estado é garantido o pleno acesso ao sistema judiciário com o fim de que o cidadão assegure e dê efetividade aos seus direitos.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho[26]:

> O Estado constitucional é 'mais' do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade* de *uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político.*

Os direitos fundamentais servem como blindagem contra os ataques do poder e a República se relaciona, necessariamente, com a concepção de função pública e cargos públicos vinculados a prossecução dos interesses públicos e do bem comum[27].

J. J. Gomes Canotilho[28] aduz que o princípio da garantia da via judiciária consagra dimensões materiais, funcionais e organizatórias. Segundo o autor, é possível afirmar que: (i) a imposição da via judiciária é dirigida ao legislador, no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos; (ii) a defesa de direitos através dos tribunais representa uma decisão fundamental

23 Sobre o tema: Recurso Especial n. 1586142-SP, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma – STJ, j. 5.4.2016.
24 Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodium, 5ª edição, p. 749.
25 D. Alland, L'État sans qulités, Droits, n. 16. 1993, p. 5.
26 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição. p. 100.
27 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição. p. 227.
28 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição. p. 275-278.

organizatória, pois o controle judicial constitui contrapeso ao exercício dos poderes executivo e legislativo; (iii) reforça o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexequibilidade ou eficácia por falta de meios judiciais; (iv) abre imediatamente a via para um tribunal; (v) o cidadão, em princípio, tem assegurada uma posição jurídica subjetiva cuja violação lhe permite exigir a proteção jurídica; (vi) a proteção jurídica se dá na constitucionalidade da jurisprudência; (vii) deve ser avaliado o princípio da responsabilidade do Estado e o princípio da compensação de prejuízos.

Cláudia Maria da Costa Gonçalves[29] leciona:

> Analisar a possibilidade de se reivindicar direitos fundamentais sociais, diretamente a partir da dicção ou da normatividade constitucional, é matéria que desafia uma série de obstáculos. Dentre eles, ressaltam-se: o Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por conseguinte, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas; por outro lado, o Judiciário, considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, não pode, em igual medida, ser o idealizador solitário das políticas sociais. A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas públicas. [...] Mas que fique registrado. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista.

Nesse sentido, Antoine Garapon[30] assevera:

> O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiaram à justiça a guarda dos seus juramentos.

Do exposto, o que se pretende afirmar é a possibilidade de: (i) livre acesso do cidadão à via judiciária; (ii) possibilidade de pleitear, no Poder Judiciário, a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, com aplicação do *status activus*.

É imprescindível, portanto, assegurar em um primeiro momento o livre acesso do cidadão ao Poder Judiciário, em respeito ao inciso XXXV[31] do artigo 5º da Constituição Federal. O Novo Código de Processo Civil em seu artigo 3º prevê que 'não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito'. Esse dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, pois reconhece que não se exclui de apreciação jurisdicional lesão ou ameaça ao direito. Apreciação jurisdicional é o acesso à ordem jurídica justa, garantia fundamental do

29 GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.
30 GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª edição, maio de 2001.
31 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;.

indivíduo frente ao Estado. Em um segundo momento, torna-se necessário garantir a possibilidade de o cidadão pleitear, no Poder Judiciário, a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Entendemos que na perspectiva do princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*); o cidadão tem o direito de acesso à Justiça, com inafastabilidade da jurisdição, como também na possibilidade de pleitear judicialmente a efetivação do direito social à saúde. O Poder Judiciário pode acionar a Administração Pública para satisfazer os direitos fundamentais do cidadão, com efetivo implemento, no que interessa ao presente caso, do direito à saúde.

Com efeito, o Poder Judiciário não pode compactuar com o estado de coisas inconstitucional, negando ao cidadão o acesso aos serviços de saúde, ainda mais quando esse acesso vise a proteger a vida, com reflexo na dignidade humana. Admitir o contrário é tornar o cidadão objeto do processo estatal, negando ao mesmo sua humanidade, com sua efetiva 'coisificação'.

Por sua vez, entendemos que a jurisdição deve ser analisada sob a perspectiva da efetivação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Na sociedade atual, a jurisdição deve concretizar os direitos humanos e, nos dizeres, de José Bolzan de Morais, sua efetivação se dá 'a partir do prisma da jurisdição, atribuindo-lhe expressão fundamental, quando estejamos frente aos direitos de terceira dimensão'[32].

Entendemos, portanto, que a jurisdição tem papel fundamental na implementação de políticas públicas e na efetivação do direito a saúde, sem que isso configure indevida intromissão de um poder no outro. O juiz deve atuar não somente como 'guardião das promessas', mas também, como o responsável pela sua efetivação, em especial pela relevantíssima função desempenhada pela jurisdição.

4. UNIVERSALIDADE, INTEGRALIDADE E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS.

O Sistema Único de Saúde é composto por uma rede regionalizada e hierarquizada, nos termos do artigo 198 da Constituição Federal:

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

Essa rede, em que pese à solidariedade, deve ser entendida em sua ordem de hierarquia, ante as diversas esferas de atuação, que se consubstancia, em síntese, em alta, média e baixa complexidade. A regionalização e a hierarquização se extraem da alínea 'b' do inciso IX do artigo

32 MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed, ver. e ampl., 2011. P. 100-102.

7º da Lei n. 8.080/90:

> 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:
>
> (...)
>
> IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
>
> (...)
>
> b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

A rede de atenção à saúde se caracteriza no conjunto de ações e serviços articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência. Essa é a previsão do inciso VI do artigo 2º do Decreto n. 7.508/2011:

> Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se:
>
> (...)
>
> VI - Rede de Atenção à Saúde - conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde;

Essa repartição de competência tem a finalidade de evitar que se imponha a determinado ente federado uma responsabilidade que é de outro. Deve-se evitar impor ao município a obrigação de prestar um serviço, por exemplo, de alta complexidade, sob pena de lhe causar seríssimos prejuízos financeiros que, sem dúvida, irão comprometer sua organização político institucional, atingindo diretamente àquela parte da população que mais necessita.

O fato é que 'levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez'[33]. A proteção jurídica do direito à saúde enseja a alocação de recursos orçamentários, recursos esses que, como se sabe, são limitados, sendo imprescindível a adoção de uma decisão política sobre como utilizá-los.

É imprescindível compreender que inexistem direitos absolutos e nas palavras de Sunstein e Holmes:

> Direitos são usualmente descritos como invioláveis, peremptórios e conclusivos. Mas isso é mero floreio retórico. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja aplicação pressupõe um gasto seletivo de dinheiro dos contribuintes pode, no fim das contas, ser protegido pelo Judiciário sem considerar as consequências orçamentárias

33 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. WW Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

> sobre as quais os outros poderes têm responsabilidade. (SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 97)

A banalização da solidariedade nas ações e serviços de saúde tem ensejado a imposição indiscriminada de obrigações de altíssimo valor contra os municípios, situação essa que se agrava de forma considerável quando tratamos daqueles com menor previsão orçamentária.

E nesse ponto entendemos que devemos balizar esse entendimento, com o fim de dar vazão aos conceitos estabelecidos na Lei n. 8.080/90, bem como na normativa de sua regulamentação, qual seja, o Decreto n. 7.508/2011.

A competência comum, nos termos do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, deve ser analisada na perspectiva da capacidade e do direito da União, Estados, Distrito Federal e municípios em legislar e praticar os atos administrativos necessários para o cuidado com a saúde. Em outras palavras, a Constituição Federal multiplicou as ações e responsabilidades no que se refere à saúde pública, porém isso não significa que a repartição de competências não deve ser observada.

É evidente que não se pretende negar a solidariedade dos entes da federação nas questões relativas à saúde, conforme estabelecido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 195.192-3/RS que recebeu a seguinte ementa:

> MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A pretensão consiste em avançar nesse tema e observar o delineamento legal da matéria adotando, sempre que possível, que cada ente da federação assuma suas responsabilidades. A solidariedade deve prevalecer para aqueles casos situados na *zona cinzenta* em que não se sabe a qual ente impor a obrigação, e não naqueles onde a responsabilidade é evidente.

O delineamento da matéria, em especial a repartição de competências, é extraído do artigo 15, inciso II, da Lei n. 8.080/90:

> Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:
>
> (...)
>
> II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à

saúde;

É impensável admitir que se a cada ente da federação cabe, em seu âmbito de regência, a atribuição de administrar os recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde, ainda assim se possa fechar os olhos a essa clara repartição de competências.

Aliado a isso, ao tratar das competências no Sistema Único de Saúde a Lei n. 8.080/90 estabelece em seus artigos 16, 17 e 18, entre outros pontos, os seguintes:

> Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:
>
> (...)
>
> III - definir e coordenar os sistemas:
>
> a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;
>
> b) de rede de laboratórios de saúde pública;
>
> c) de vigilância epidemiológica; e
>
> d) vigilância sanitária;
>
> Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:
>
> (...)
>
> IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;
>
> Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:
>
> I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

Com o fim de regulamentar a matéria, o artigo 8º do Decreto n. 7.508/2011 estabelece que o acesso aos serviços de saúde se 'completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço'. O artigo 15, por sua vez, prevê que 'o processo de planejamento da saúde será ascendente e integrado, do nível local até o federal, ouvidos os respectivos Conselhos de Saúde, compatibilizando-se as necessidades das políticas de saúde com a disponibilidade de recursos financeiros'.

Em síntese, a responsabilidade dos entes da federação é repartida, em regra, da seguinte forma: (i) União – procedimentos de alta complexidade/alto custo; (ii) Estados – alta e média complexidade; (iii) municípios – ações básicas e as de baixa complexidade.

Essa divisão de competências, dada a sua importância, foi reconhecida no Enunciado n. 8 do Fórum Nacional de Saúde do Conselho Nacional de Justiça:

> Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

Nesse sentido, o Enunciado n. 60 do mencionado Fórum:

> A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Compreendemos que precisamos fixar o entendimento no sentido de que a par da solidariedade nas ações e serviços de saúde deve ser observado a repartição de competências, dando vazão as disposições da Lei n. 8.080/90, do Decreto n. 7.508/2011 e dos Enunciados 8 e 60 do Fórum Nacional de Saúde do Conselho Nacional de Justiça. A solidariedade somente será aplicada naqueles casos onde, dada à complexidade da matéria, não seja possível averiguar qual o ente federado responsável pela assistência à saúde.

De outro norte, precisamos enfrentar o delicado tema acerca do conceito de universalidade de acesso aos serviços e ações de saúde, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, e o respeito à regulamentação da matéria conforme Resolução n. 31 e Enunciados do Fórum Nacional de Saúde, ambos do Conselho Nacional de Justiça.

A universalidade de acesso deve ser analisada em 02 perspectivas: (i) direito de todos, com acesso igualitário às ações e serviços de saúde; (ii) ações e serviços previstos no Sistema Único de Saúde.

Essa universalidade deve ser vista em relação às pessoas e não aos benefícios e, como consequência, deve ser privilegiado o tratamento disponível no Sistema Único de Saúde. A universalidade não significa acesso irrestrito a todo e qualquer medicamento ou tratamento.

Octavio Luiz Motta Ferraz e Daniel Wei Liang Wang demonstram bem o que ocorre no Brasil:

> A judicialização da saúde no modelo brasileiro está criando um SUS de duas portas: uma para aqueles que vão ao Judiciário, para quem 'a vida não tem preço' e conseguem assim acesso irrestrito aos recursos estatais para satisfazer suas necessidades em saúde; outra para o resto da população, que, inevitavelmente, tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento de recursos que beneficia aqueles que entraram pela outra porta. O argumento daqueles que defendem incondicionalmente a judicialização como simples proteção da vida deve, portanto, ser adaptado para exprimir seu verdadeiro sentido: '**A vida não tem preço, mas a vida de alguns tem menos preço que a vida de outros**'.[34]

34Judicialização da saúde tem criado SUS de duas portas. <http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/judicializacao-saude-cria-do-sus-duas-portas#author.> Octavio Ferraz é professor de Direito na Universidade de Warwick (Reino Unido) e Daniel Wang faz pós-doutorado na London School of Economics and Political Sciences (Escola de Economia e Ciência Política de Londres), onde leciona

A indiscriminada judicialização da saúde pública tem, de fato, criado o modelo de 'SUS de duas portas', ou seja, uma para aqueles que vão ao Poder Judiciário e outra para o resto da população. Esse tema precisa ser seriamente enfrentado pelo Poder Judiciário.

Em relação à integralidade do Sistema Único de Saúde, Octávio Luiz Motta Ferraz[35] assevera:

> Compreende três ideais inter-relacionados: enxergar o paciente como um todo, e não apenas como portador de uma doença específica; integrar ações preventivas com ações curativas; e integrar todos os níveis operacionais de atenção à saúde (primário, secundário e terciário). É mais próximo do significado de integração, portanto, que de integralidade'.[36]

O modelo do Sistema Único de Saúde deve ser analisado nos seguintes parâmetros: (i) universalidade: garantia de acesso a todos os cidadãos; (ii) igualdade: ausência de discriminação; (iii) integralidade: garantia de acesso a todos os níveis de complexidade.

É possível divisar que a universalidade de acesso não garante todo e qualquer tratamento no âmbito do Sistema Único de Saúde, até porque existem limites orçamentários a serem observados, conforme doutrina de Amartya Sen:

> O fato de que cada consumidor deve fazer suas escolhas não significa que não existam limites orçamentários, mas simplesmente que a escolha deve ser feita internamente ao limite orçamentário ao qual cada indivíduo deve adequar-se. Aquilo que vale para a economia elementar vale também para a decisão política e social de alta complexidade.[37]

Sobre o tema, Ingo Sarlet afirma:

> A dependência, da realização de direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos pura retórica ou mera ideologia. Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de - qual toque de Midas - gerar recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.[38]

É evidente que o Poder Judiciário não 'cria dinheiro', sendo certo que a implementação das prestações de saúde exigem recursos públicos e, nesse quadro, é necessário compreender que não é todo procedimento ou tratamento que deve ser bancado pelos cofres públicos. Em relação à saúde a experiência mostra que 'a implementação dos direitos sociais, mas na verdade atribuem direitos individuais, fazendo com que verbas públicas sejam aplicadas como verdadeiros planos de saúde privados'[39].

---

direitos humanos.

35 Mestre em direito pela USP e doutor em direito pela Universidade de Londres, é professor de direito na Universidade de Warwick (Reino Unido). Foi assessor sênior de pesquisa do relator especial da ONU para o direito à saúde (2006).

36 http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2012200709.htm.

37Identitá e Violenza, Roma, Laterza, 2006. p. 07-08.

38 A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 327.

39 Direito à Saúde e os Tribunais, Fernando Facury Scaff - file:///C:/Users/tjmt/Downloads/1.4%20SCAFF.%20O%20

Sobre o tema, trecho da dissertação elaborada pelo Professor Doutor Daniel Wei Liang Wang[40] e defendida junto a Universidade de São Paulo:

> No caso da saúde, essas escolhas são especialmente difíceis, uma vez que se lida com saúde e vidas humanas, o que faz com que muitas das escolhas de alocação de recursos nesta área possam ser enquadrados no conceito de 'escolhas trágicas'. Muitas vezes os juízes não percebem estar diante do que Cass Sunstein chamou de '*health-health trade-offs*', ou seja, não se dão conta de que quando proferem uma decisão obrigando o Estado a gastar recursos escassos para fornecer um bem ou serviço de saúde objetivando proteger o direito de um paciente, eles estão possivelmente, ao mesmo tempo, restringindo o direito à saúde de outros pacientes para os quais o Estado não terá recursos suficientes. E os juízes tomam decisões de tamanha responsabilidade sem que para isso sejam capazes de fazer análises imprescindíveis para se gerir uma política pública de saúde. (Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. Orientador Professor Doutor Virgílio Afonso da Silva. Universidade de São Paulo, p. 13)

Aliado a isso, em sua dissertação ele também constata que os juízes brasileiros, ao decidirem acerca da saúde pública, em regra: (i) consideram o direito à saúde apenas como um direito individual; (ii) não observam as consequências econômicas e distributivas de suas decisões; (iii) raramente consideram a escassez de recursos e os custos dos direitos; (iv) ignoram recomendações científicas que contra-indicam o tratamento; (v) não levam em consideração as políticas públicas existentes; (vi) ignoram a existência de custos de oportunidade, pois se enxerga apenas quem tem um direito concretizado com a escolha alocativa feita por uma decisão judicial, desconsiderando aquilo que se deixou de ganhar em termos de efetivação de direito por um uso alternativo desses mesmos recursos; (vii) não promovem um diálogo com a administração pública responsável pela implementação de políticas públicas.

Essa constatação é plenamente aplicável ao presente caso, pois apesar de reconhecer que estamos diante de 'escolhas de Sofia'[41] não podemos perder de vista as gravíssimas consequências econômicas e sociais de nossas decisões. A crítica desenvolvida pelo Professor Doutor Daniel Wei Liang Wang é válida, pois de fato alguns juízes continuam tratando à saúde como um direito meramente individual, sem se preocuparem com as consequências econômicas e distributivas de suas decisões e, pior, não promovendo um diálogo com a administração pública.

Direito%20a%20Saude%20e%20os%20Tribunais.pdf..

40 Citamos o Professor Doutor Daniel Wei Liang Wang porque ele é um dos maiores especialistas em judicialização da saúde, tendo obtido o título de doutorado pela Universidade de São Paulo e pós-doutorado pela London School of Economics and Political Sciences (Escola de Economia e Ciência Política de Londres), onde atualmente leciona direitos humanos.

41 William Styron, Geração Editorial. A expressão 'escolha de Sofia' significa se ver forçado a optar entre duas alternativas igualmente insuportáveis.

5. A EFETIVAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS DO JUIZ.

Como consequência do acesso a via judiciária e da possibilidade de pleitear o direito social à saúde o juiz deve, caso procedente o pedido, dar efetividade ao pronunciamento judicial[42], seja ele por decisão ou por sentença. Essa efetividade deve ser analisada em duas perspectivas: (i) tutela provisória de urgência; (ii) sentença que reconhece a procedência da prestação de fazer.

O Código de Processo Civil disciplina a tutela provisória, a qual pode fundamentar-se em urgência ou evidência[43]. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental[44].

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero[45]:

> A técnica processual tanto pode levar à prestação da tutela satisfativa como à prestação da tutela cautelar. É nesse sentido que o legislador refere que a tutela provisória de urgência pode ser satisfativa (antecipada) ou cautelar (art. 294, parágrafo único).

A tutela provisória tem por finalidade a distribuição isonômica do tempo no processo, com preservação do princípio da igualdade, conforme prevê o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal e artigo 7º do Código de Processo Civil[46].

De acordo com o artigo 300 do Código de Processo Civil a tutela de urgência de natureza antecipada será deferida, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A tutela provisória de urgência de natureza antecipada demanda, portanto, a conjugação de elementos que evidenciem a probabilidade do direito, acrescido do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil. Seu deferimento pode se dar liminarmente, sem oitiva da parte adversa, ou após justificação prévia[47].

No que se refere à probabilidade do direito, ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero[48]:

> A probabilidade do direito que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória.

Em nossa opinião, é necessário que o juiz efetive a cognição horizontal dos fatos

42 Código de Processo Civil – Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
43 Artigo 294.
44 Parágrafo único do artigo 294.
45 Novo Curso de Processo Civil, v. 2, editora RT, p. 197.
46 Novo Curso de Processo Civil, v. 2, editora RT, p. 198.
47 § 2º do artigo 300.
48 Novo Curso de Processo Civil, v. 2, editora RT, p. 203.

apresentados pela parte autora; e avalie sua compatibilidade com as provas e argumentação jurídica, formando um juízo de probabilidade. A probabilidade do direito se funda, portanto, na conjugação dos fatos, provas e argumentação jurídica.

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo consiste no *periculum in mora*, qual seja o perigo da demora, conforme doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero[49]:

> Há perigo na demora porque, se a tutela tardar, o ilícito pode ocorrer e, continuar ocorrendo, ocorrer novamente ou pode o dano ser irreparável, de difícil reparação ou não encontrar adequado ressarcimento. Daí que 'perigo de dano' e 'risco ao resultado útil do processo' devem ser lidos como 'perigo na demora' para caracterização da urgência – essa leitura permitirá uma adequada compreensão da técnica processual à luz da tutela dos direitos.

A efetivação dessa tutela deve observar o previsto no artigo 297, parágrafo único, do Código de Processo Civil:

> Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.
>
> Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

O pronunciamento judicial tem como característica o seu caráter injuncional, de forma que sua efetivação, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior, 'não se faz por meio do sistema comum condenatório, mas através de ordem (comando) judicial a ser imediatamente atacada, sob pena de configurar uma intolerável violação à dignidade da Justiça'[50].

Por sua vez, a sentença que reconhece a procedência da prestação de fazer o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, nos termos do artigo 497 do Código de Processo Civil:

> Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Nesse aspecto, o artigo 536 estabelece:

> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

49 Novo Curso de Processo Civil, v. 2, editora RT, p. 199.
50 Curso de Direito Processual Civil, v. I, p. 703, 57ª edição, editora Forense.

Em síntese, seja na efetivação da tutela provisória de urgência ou no cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de fazer, o juiz poderá, inclusive de ofício, dar efetividade ao pronunciamento judicial, mediante a adoção de medidas necessárias à sua satisfação, uma vez que conforme ressaltado por Marinoni, Arenhart e Mitidiero no Brasil vige a 'atipicidade da técnica processual executiva'[51].

Trata-se, como se vê, da tutela prestada pela adoção de mecanismos processuais adequados ao caso concreto, ou seja, pelo resultado prático equivalente, delineado nos artigos 497 e 536 da legislação processual civil. Essas medidas não violam a regra da congruência entre o pedido e a sentença, conforme disciplina dos artigos 490 e 492, pois é permitida a prestação diversa daquele objeto da demanda, com o fim de proteger o bem da vida perseguido em juízo.

O objetivo da tutela com a adoção de mecanismos processuais adequados, também denominada como resultado prático equivalente, é propiciar que a parte possa 'obter o mesmo resultado perseguido com a obrigação originária'[52]. O juiz tendo como norte os 'fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência'[53] deve propiciar a obtenção do resultado equivalente àquele que seria alcançado, caso a parte adversa tivesse cumprido espontaneamente a obrigação.

Sobre o tema:

> Não é por acaso que primeiro o legislador fala em adequação técnica executiva para a tutela do direito: se apenas técnicas adequadas podem servir para tutela dos direitos, então é imprescindível a consideração da situação concreta de urgência ou de evidência para que possa promover uma efetiva tutela do direito mediante a técnica antecipatória. Em um sistema atípico de técnica executiva, os postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito devem estruturar argumentativamente o emprego da técnica executiva a fim de que o poder judicial de escolha da técnica posa ser intersubjetivamente controlável (arts. 8º e 297, CPC).[54]

Em relação a esse tema, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial n. 1.069.810/RS, sob o rito do recurso repetitivo, asseverou:

> Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

O relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, considerou, com fundamento no Recurso Especial n. 840.912/RS relatado pelo então Ministro Teori Zavascki, que 'o direito

51 Novo Curso de Processo Civil, v. 2, editora RT, p. 486.
52 Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, ed. RT, 2ª edição, p. 590.
53 Artigo 8º do Código de Processo Civil.
54 Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, ed. RT, 2ª edição, p. 380.

fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo.'

De início, concordamos com a posição fixada no mencionado recurso especial em relação à efetivação da decisão ou sentença via bloqueio de recursos públicos, com o fim de prestar diretamente o acesso ao medicamento ou ao tratamento objeto do pronunciamento judicial.

Consideramos que a efetivação da decisão demanda a adoção do bloqueio de verba pública, pois nos parece a única medida com força suficiente para promover a dignidade da pessoa humana. Essa medida é proporcional e razoável ao fim buscado, aliado ao fato de que atende a legalidade, resguarda a publicidade e garante eficiência na tutela do direito.

5.1 A adoção de medidas inadequadas para efetivar o pronunciamento judicial.

5.1.1 A fixação de astreintes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a fixação de astreintes para o descumprimento de decisão judicial, em especial nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento médico:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. ASTREINTES FIXADAS EM R$ 5.000,00. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem não destoa da jurisprudência do STJ, segundo a qual é cabível a cominação de multa contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer. No caso em tela, a apreciação dos critérios previstos no art. 461 do CPC para a fixação de seu valor demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte. Excepcionam-se apenas as hipóteses de valor irrisório ou exorbitante. 2. Na hipótese, o montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), não se mostra excessivo, a ensejar a sua revisão por esta Corte Superior, especialmente por se tratar de hipótese de fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde. 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AREsp 542200/PE Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0163358-9 – Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – Primeira Turma – j. 12.5.2015)

Entendemos, entretanto, que a fixação de astreintes, conforme artigo 536, § 1º, do Código de Processo Civil, tem pouca ou nenhuma efetividade, de forma que a decisão ou sentença deve se efetivar por meio do bloqueio de recursos públicos.

A fixação de astreinte não irá proporcionar a resolução eficaz do problema, aliado ao fato de que irá atingir o escasso recurso público com sua posterior transferência para o particular, nos termos do § 2º do artigo 537. A parte, de qualquer forma, irá continuar sem acesso ao

medicamento ou tratamento.

É certo, conforme afirmado alhures, que o bloqueio de recursos públicos possui força suficiente para garantir a efetividade do pronunciamento judicial, dando resolução ao problema, com menor impacto financeiro a Fazenda Pública.

5.1.2 A prisão civil.

Ao tratar da prisão civil, Marinoni, Arenhart e Mitidiero[55] entendem pelo seu cabimento no caso de descumprimento de decisão judicial:

> A prisão civil, ordenada pelo próprio órgão jurisdicional da causa, somente tem cabimento no caso em que outra modalidade de efetivação das decisões não se mostrar adequada e o cumprimento da ordem não existir a disponibilização de patrimônio. Assim, deve o juiz demonstrar na sua decisão que, para o caso concreto, não existe nenhuma outra técnica processual capaz de dar efetividade à tutela jurisdicional, além de demonstrar que o uso da prisão não importará na restrição da liberdade de quem não observou a ordem apenas por não possuir patrimônio (...) Dentro dessas coordenadas, a prisão civil estará garantindo a efetividade do direito à tutela jurisdicional sem violar o direito daquele que, por não possuir patrimônio, não pode ser obrigado a cumprir a ordem judicial, nem muito menos punido por não tê-la observado.

E afirmam que 'a prisão civil pode ser utilizada para impor um não fazer ou mesmo para impor um fazer infungível, que não implique em disposição de dinheiro e seja imprescindível à efetiva proteção de um direito'.[56]

Nesse ponto, discordamos com esse raciocínio, uma vez que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é claro ao somente admitir a prisão civil no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia[57]:

> LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina[58] aduz:

> Quando a Constituição Federal veda a prisão civil por dívidas (art. 5º, LXVII), abarca não apenas a possibilidade de prisão como meio de 'satisfação' da dívida, mas, também, o emprego da prisão como meio coercitivo para a realização de tal prestação, pois também neste caso a prisão civil estaria ocorrendo *por causa da dívida*.

Também tem sido adotado, como forma de burlar o regime delineado para a prisão civil, a determinação da prisão em flagrante pelo suposto crime de desobediência.

55 Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, ed. RT, 2ª edição, p. 667.
56 Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, ed. RT, 2ª edição, p. 666.
57 Em relação a prisão civil do depositário infiel o Supremo Tribunal Federal afastou sua aplicação, conforme súmula vinculante n. 25 (É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.).
58 Novo Código de Processo Civil Comentado. 4ª edição, ed. RT, p. 898.

Nesse caso, não se desconhece o fato de que o descumprimento da ordem judicial pode ensejar a responsabilização pelo crime de desobediência, conforme § 3º do artigo 536 do Código de Processo Civil. Esse crime, entretanto, tem como preceito secundário pena de detenção de quinze dias a seis meses, e multa, nos termos do artigo 330 do Código Penal e por ser de menor potencial ofensivo não se sujeita, em regra, a prisão em flagrante.

Concluímos pela absoluta ilegalidade da ordem de 'prisão civil', salvo no caso da hipótese constitucionalmente prevista.

5.1.3 O afastamento do agente público.

Tem sido recorrente a ordem de afastamento, em regra de Secretário de Estado de Saúde ou do seu equivalente no âmbito federal ou municipal, em decorrência do descumprimento de ordem judicial, posição com a qual discordamos.

Essa medida tem pouca ou nenhuma eficácia, além do que enseja indevida intromissão na escolha política do chefe do Poder Executivo. Trata-se de medida com único fundamento de constranger o governo, sem respaldo na legislação processual civil, configurando ato manifestamente ilegal.

É evidente que não se nega a possibilidade de responsabilização civil, criminal e administrativa pelo descumprimento da decisão, tema que será abordado no próximo tópico, porém a determinação para afastamento do agente público não é proporcional e razoável para o fim de garantir a efetividade do pronunciamento judicial.

Isso porque, mesmo que o afastamento se efetive, em nada alterará o quadro de descumprimento do pronunciamento judicial, sem resultado prático para o processo, configurando-se como medida desproporcional, sem razoabilidade ou amparo legal. Em síntese, o pronunciamento judicial continuará sem o devido cumprimento.

6. CONSEQUÊNCIAS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL.

Conforme demonstrado, o descumprimento do pronunciamento judicial que determina o fornecimento de medicamento ou de tratamento enseja o bloqueio de verba pública. É necessário, entretanto, que haja a punição ao ente público e seu agente em caso de descumprimento da ordem judicial.

De início lembramos que o artigo 6º do Código de Processo Civil, determina que 'todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.' Essa cooperação intersubjetiva consiste em organizar o processo

como uma comunidade de trabalho, visando à obtenção de proveito mútuo[59] das partes para com o órgão jurisdicional e deste para com as partes.

Vislumbramos cinco possibilidades de punição em decorrência do descumprimento do pronunciamento judicial, quais sejam:

- medidas contra o ente público: (i) multa por litigância de má-fé, nos termos do § 2º do artigo 77; (ii) multa por litigância de má-fé e indenização da parte pelo eventual prejuízo, conforme artigo 81;

- medidas contra o agente público: (i) responsabilização pelo crime de desobediência; (ii) configuração de ato de improbidade administrativa;

- medida de caráter político: (i) intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal ou dos Estados nos municípios.

É obrigação da parte ou de todo aquele que de alguma forma coopera no processo cumprir com exatidão os pronunciamentos judiciais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços a sua efetivação, nos termos do inciso IV do artigo 77 do código. A violação desse dispositivo pode se dar em duas vertentes: (i) quando a parte não cumpre com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final; (ii) quando a parte cria embaraços à efetivação das decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final.

Caso a parte, ante sua conduta omissiva, não cumpra com exatidão a ordem judicial, de natureza provisória ou final, nos termos do inciso IV do artigo 77 do Código de Processo Civil, resta configurado ato atentatório a dignidade da Justiça e enseja, entre outras medidas, a aplicação de multa de até 20% do valor da causa, graduada de acordo com a gravidade da conduta, nos termos do § 2º.

Caso a parte, com conduta comissiva, crie embaraços a efetivação da ordem judicial ela se encontra sujeita a disciplina do inciso IV do artigo 80, com incidência da multa de 1% a 10% do valor atualizado da causa, aliado a indenização da parte adversa pelo eventual prejuízo, conforme artigo 81.

A par dessas medidas contra o ente, o agente público deve ser intimado pessoalmente para dar cumprimento ao pronunciamento judicial e caso não o faça deve sofrer a devida representação no Ministério Público pela ocorrência, em tese, do crime de desobediência. Estamos diante, portanto, da responsabilidade pessoal do agente pelo descumprimento da ordem judicial.

O agente público responsável pelo descumprimento também deve ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa, conforme tipicidade do inciso II do artigo 11 da Lei n.

59 Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, ed. RT, 2ª edição, p. 152.

8.429/92:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
>
> (...)
>
> II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Com efeito, o agente público é obrigado, nos termos do artigo 4º da Lei n. 8.429/92, a 'velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos'. É inadmissível que o agente público descumpra o pronunciamento judicial ao qual está vinculado pelos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, sujeitando o ente público as sanções de litigância de má-fé, multa e indenização, aliado ao fato de que sua conduta pode ensejar dano de difícil, incerta ou impossível reparação em desfavor do cidadão.

O agente público deve, diante de um pronunciamento judicial, tomar todas as providências para sua imediata efetivação, evitando qualquer conduta que possa causar prejuízo no ente ao qual está vinculado ou mesmo ao cidadão. Eventual conduta omissiva ou comissiva com o fim de não dar efetividade ao pronunciamento judicial; deve ensejar a devida apuração pelo ato de improbidade administrativa.

Em relação a intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal a mesma se torna possível para prover a execução de ordem ou decisão judicial, conforme autoriza o inciso VI do artigo 34 da Constituição Federal, sendo que os Estados podem intervir nos municípios com o fim de prover ordem ou decisão judicial, nos termos do inciso IV do artigo 35:

> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
>
> (...)
>
> VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
>
> Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:
>
> (...)
>
> IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

A intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal com o fim de prover ordem ou decisão judicial, demanda requisição do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça

ou Tribunal Superior Eleitoral, conforme a matéria tratada.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de lavra do Ministro Og Fernandes, determinou a intervenção em caso de descumprimento de ordem judicial:

> Vislumbra-se caso específico de intervenção federal por atentado à independência do Judiciário, pois os outros Poderes constituídos têm o dever de tomar atitude para "prover a execução de [...] ordem ou decisão judicial", quando a efetividade do pronunciamento judicial depender de atos executórios a cargo de algum deles. A inércia imotivada ou por critérios de conveniência ou oportunidade equivale à anulação, ainda que parcial, da função típica do Judiciário de "dizer o direito", importando em um indesejável e crescente enfraquecimento de um dos Poderes da República. Transformam-se a coercibilidade e o comando inerentes aos provimentos judiciais em simples aconselhamento destituído de eficácia. Em um plano maior, verifica-se lesão a um dos princípios federativos: a independência e harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 2º da CF/88). É a negação do próprio Estado de Direito. (IF 110/PR Intervenção Federal 2011/0155511-6 – Corte Especial – j. 3.6.2015)

As medidas de punição, em qualquer de suas modalidades, visam: (i) preservar a dignidade da Justiça, evitando o desprezo – *contempt of court* – para com o Poder Judiciário; (ii) assegurar o imediato cumprimento do pronunciamento judicial que, sem dúvida, é esperado pelo cidadão que aciona o sistema de Justiça; (iii) a punição do ente e do agente público responsável pelo descumprimento do pronunciamento judicial.

7. CONSIDERAÇÕES.

A atuação jurisdicional, em especial quando se trata do direito à saúde pública, nos coloca diante de 'escolhas de Sofia'[60]. E foi pensando nessa angústia que o Comitê Executivo Estadual de Saúde propôs a normatização da matéria, estabelecendo parâmetros mínimos com o fim de enfrentar a judicialização da saúde pública.

Nesse sentido, a Agência de Apoio Judicial – AAJ irá atuar em 04 vertentes: (i) consultivamente; (ii) como elo de diálogo interinstitucional; (iii) com a finalidade de acompanhar e contribuir para a efetividade das decisões judiciais; (iv) transparência e resguardo do dinheiro público.

A normativa delineada na Agência de Apoio Judicial – AAJ têm como objetivo

60 William Styron, Geração Editorial. A expressão 'escolha de Sofia' significa se ver forçado a optar entre duas alternativas igualmente insuportáveis.

enfrentar a judicialização da saúde e contribuir para um melhor tratamento da matéria. Aliado a isso, também tem como objetivo servir de apoio ao magistrado em suas decisões, com o fornecimento de parâmetros mínimos para sua atuação.

Mato Grosso – Agosto de 2017.

Comitê Executivo Estadual de Saúde

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE MATO GROSSO