



ACÓRDÃO Nº _____ - DJE: ___/ABRIL/2016.
5ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA.
APELAÇÃO CÍVEL – Nº. 2012.3.024817-7.
COMARCA: BELÉM/PA.
APELANTE: ESTADO DO PARÁ.
ADVOGADO(S): RENATA DE CASSIA CARDOSO DE MAGALHÃES – PROCURADORA DO ESTADO.
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ.
PROMOTOR(A)(S) DE JUSTIÇA: ERNESTINO ROOSEVELT SILVA PANTOJA.
PROCURADOR DE JUSTIÇA: ESTEVAM ALVES SAMPAIO FILHO.
REVISOR: Des. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO.
RELATOR: Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. REALIZAÇÃO DE EXAMES E TRATAMENTO. SUSPEITA DE HANSENÍASE. ADOLESCENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO PARÁ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA SUPERVENIENTE DE INTERESSE DE AGIR. TUTELA ANTECIPATÓRIA. PEDIDO COMPLEXO. POSSIBILIDADE DE REVERSÃO DA MEDIDA. INTERESSE DE AGIR PRESENTE. ART. 196 DA CF/88. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AS DISPOSIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS. INSUBSISTÊNCIA. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

I. O fato da fundação pública possuir personalidade jurídica própria ou da legislação infraconstitucional prever que execução de medidas de saúde compete ao município não afasta a legitimidade passiva do ente estatal, na medida em que se trata de direito social de cunho prestacional, preconizado pela Constituição Federal, sendo que o Estado foi alçado pela Carta Magna como um dos responsáveis solidários para tal prestação;

II. A concessão de tutela antecipatória não acarreta a perda superveniente do interesse de agir, vez que trata-se de demanda com pedido complexo, pleiteando várias obrigações estatais, e o reconhecimento do direito do Adolescente somente ocorre com a cognição exauriente. Além disso, sabendo que tutela antecipada pode ser reparada no caso de improcedência do pedido, há interesse do autor na manutenção da sentença que condenou o Estado na prestação efetiva do direito à saúde;

III. Ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de estipular medida concretas para efetivação do direito à saúde, mas sim fiscalizar a adequação ou idoneidade das políticas públicas e econômicas ao fim de concretização desse direito. Logo, a judicialização de pretensão de acesso a determinado tratamento médico não deve ser vista como atuação indevida do Poder Judiciário, eis que esta atuação se dá de forma fiscalizatória, analisando se as medidas adotadas pelo Estado atingem a concreção do direito social previsto na Carta Magna;

IV. O direito à saúde, enquanto garantia pública subjetiva, é perfeitamente tutelável em casos de omissões por parte do Poder Público;

V. Da mera alegação de que os recursos são escassos e as demandas são irrestritas não decorre, por si só, a legitimação da reserva do possível como elemento oponível às prestações sociais;

VI. Na espécie, os procedimentos clínico-hospitalares objetivados inserem-se perfeitamente na seara de atendimento médico de saúde básica, ou seja, incluem-se no contexto do mínimo existencial que deve ser assegurado a todos como forma de tornar efetivo o direito constitucional à saúde e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental previsto pelo constituinte;

VII. Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores que integram a 5ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará por unanimidade em CONHECER do recurso e lhe NEGAR PROVIMENTO, a fim de manter integralmente a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau que julgou procedente o pedido da ação civil pública e determinou que o Apelante continuasse a fornecer todos os procedimentos que se fizerem necessário para restabelecer a saúde do adolescente G.T. T da S., nos termos da fundamentação.

Turma Julgadora: Des. Constantino Augusto Guerreiro – Relator, Des. Luiz Gonzaga da Costa Neto – Revisor e Presidente e Juiz Convocado José Roberto Bezerra Junior.

Plenário 5ª Câmara Cível Isolada, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos quatorzes (14) dias do



mês de abril do ano de dois mil e quinze (2016).

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
Desembargador – Relator

RELATÓRIO

Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta pelo ESTADO DO PARÁ, nos autos da Ação Civil Pública (Processo nº. 0001282-65.2011.814.0301) proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, em razão do inconformismo com sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belém, que julgou procedente o pedido da inicial, determinando que o ora Apelante efetivasse todos os procedimentos médicos (internações, fornecimento de remédios e exames) em prol do restabelecimento da saúde do adolescente G.T.T. da S. (fls. 141/147).

Nas razões da apelação (fls. 153/161), o Estado do Pará sustenta, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva ad causam, considerando, primeiramente, que o adolescente estava sendo tratado pela Fundação Santa Casa de Misericórdia do Pará, a qual possui autonomia administrativa e financeira, nos termos da Lei Complementar nº. 003/90. Secundariamente, aduz também sua ilegitimidade passiva sob o argumento de que, nos termos do art. 18 da Lei Federal nº. 8.080/90, a responsabilidade pela execução e gestão dos serviços de saúde pertence ao Município. Ainda em preliminar, o ente estatal defende a falta superveniente de interesse de agir, haja vista que os exames pretendidos já foram fornecidos ao adolescente interessado, de modo que teria ocorrido a perda do objeto da ação.

No mérito do apelo, aduz que a Constituição Federal, ao prevê o direito social à saúde (art. 196), não desconsiderou a competência dos entes federados, sendo que a Lei Federal nº. 8.080/90, em seu art. 9º, prescreve atribuições a serem exercidas por cada esfera de governo, autorizando, assim, a União, os Estados e Municípios a definirem suas respectivas políticas públicas de saúde. Ademais, argumenta que o disposto no art. 196 da CF/88, não pode conduzir a uma interpretação da existência de um direito subjetivo ao tratamento individualizado, porquanto restaria violado o princípio da universalidade do acesso à saúde. Por fim, alega que prestação do direito à saúde deve ser confrontado com a reserva do possível, haja vista a escassez de recursos. O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 171/184), pugna pelo conhecimento e desprovemento do apelo, mantendo-se integralmente a sentença do juízo a quo.

Nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça se manifesta no sentido de ser conhecido e improvido o apelo (fls. 190/194).

É o relatório.

Remetam-se os autos à revisão.

Belém/PA, 18 de fevereiro de 2016.

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
Desembargador-Relator

VOTO

Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. REALIZAÇÃO DE EXAMES E TRATAMENTO. SUSPEITA DE HANSENÍASE. ADOLESCENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO PARÁ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA SUPERVENIENTE DE INTERESSE DE AGIR. TUTELA ANTECIPATÓRIA. PEDIDO COMPLEXO. POSSIBILIDADE DE REVERSÃO DA MEDIDA. INTERESSE DE AGIR PRESENTE. ART. 196 DA CF/88. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AS DISPOSIÇÕES



INFRACONSTITUCIONAIS. INSUBSISTÊNCIA. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

I. O fato da fundação pública possuir personalidade jurídica própria ou da legislação infraconstitucional prever que execução de medidas de saúde compete ao município não afasta a legitimidade passiva do ente estatal, na medida em que se trata de direito social de cunho prestacional, preconizado pela Constituição Federal, sendo que o Estado foi alçado pela Carta Magna como um dos responsáveis solidários para tal prestação;

II. A concessão de tutela antecipatória não acarreta a perda superveniente do interesse de agir, vez que trata-se de demanda com pedido complexo, pleiteando várias obrigações estatais, e o reconhecimento do direito do Adolescente somente ocorre com a cognição exauriente. Além disso, sabendo que tutela antecipada pode ser reparada no caso de improcedência do pedido, há interesse do autor na manutenção da sentença que condenou o Estado na prestação efetiva do direito à saúde;

III. Ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de estipular medidas concretas para efetivação do direito à saúde, mas sim fiscalizar a adequação ou idoneidade das políticas públicas e econômicas ao fim de concretização desse direito. Logo, a judicialização de pretensão de acesso a determinado tratamento médico não deve ser vista como atuação indevida do Poder Judiciário, eis que esta atuação se dá de forma fiscalizatória, analisando se as medidas adotadas pelo Estado atingem a concreção do direito social previsto na Carta Magna;

IV. O direito à saúde, enquanto garantia pública subjetiva, é perfeitamente tutelável em casos de omissões por parte do Poder Público;

V. Da mera alegação de que os recursos são escassos e as demandas são irrestritas não decorre, por si só, a legitimação da reserva do possível como elemento oponível às prestações sociais;

VI. Na espécie, os procedimentos clínico-hospitalares objetivados inserem-se perfeitamente na seara de atendimento médico de saúde básica, ou seja, incluem-se no contexto do mínimo existencial que deve ser assegurado a todos como forma de tornar efetivo o direito constitucional à saúde e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental previsto pelo constituinte;

VII. Apelação conhecida e desprovida.

Verifica-se, do juízo de admissibilidade, o regular preenchimento dos requisitos intrínsecos e extrínsecos, pelo que conheço da Apelação.

I. Preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Pará.

De preliminar suscitada no apelo tem-se: ilegitimidade passiva do Estado do Pará, primeiro, porque a Fundação Santa Casa de Misericórdia do Pará possui personalidade jurídica própria, de modo que caberia a esta entidade figurar no pólo passivo da demanda; e, segundo, porque a execução e gestão dos serviços de saúde são de responsabilidade do ente municipal, conforme prescreve a Lei nº. 8.080/90.

A discussão sobre a ilegitimidade passiva ad causam se instala ao ensejo da personalidade jurídica da Fundação Santa Casa de Misericórdia do Pará, nosocômio onde o adolescente interessado fazia o tratamento médico, já que a Lei Complementar estadual nº. 003/90 conferiu à referida fundação de assistência autonomia administrativa e financeira.

De se ver que a Fundação Santa Casa de Misericórdia é efetivamente dotada de autonomia administrativa e financeira, conforme prescreve o art. 2º da referida lei complementar (fls.92/960), possuindo personalidade jurídica própria. Todavia, conforme estabelece o art. 23, dos atos de disposições constitucionais transitórias da Constituição Estadual, a referida entidade fundacional tem natureza pública e está vinculada à Secretaria de Estado de Saúde Pública, conforme prevê o art. 1º da própria Lei Complementar que autorizou a criação da fundação pública.

Verdadeiramente, o fato da fundação pública possuir personalidade jurídica própria não afasta a legitimidade do ente estatal, na medida em que se trata de dever prestacional preconizado pela Constituição Federal, sendo o Estado um dos garantes constitucionais.

De tudo isso, o que se tem por certo, é que a legitimidade do Estado do Pará para figurar no pólo passivo da demanda deriva diretamente da Constituição Federal que, em seu art. 196, estipula o direito à saúde como dever prestacional dos entes federados, isto é, da União, dos Estados e dos Municípios.

Há, na seara do direito à saúde, responsabilidade solidária dos entes federados, ainda que estes detenham fundações ou autarquias com personalidade jurídica própria cujo objetivo seja a implementação de serviços médico-hospitalares. Portanto, todos os entes federados são responsáveis pelo referido direito social, de natureza prestacional, do qual nenhum dos entes poderá se esquivar.

Inclusive o Supremo Tribunal Federal tem julgados nesse mesmo sentido, conforme o arresto a seguir:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. ÚLCERA DE PERNA. SESSÕES DE OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. PLANO DE SAÚDE – CUSTEIO. ANÁLISE DA MOLDURA FÁTICA DELINEADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 26.3.2010. Divergir do



entendimento do Tribunal a quo acerca da procedência do pedido para que o Instituto de Previdência do Estado custeie as sessões de oxigenoterapia hiperbárica de que necessita o ora agravado - ante a necessidade do tratamento médico para úlcera de perna, porquanto indispensáveis à sua vida e saúde -, demandaria a análise da moldura fática delineada nos autos. A ofensa acaso existente, seria meramente reflexa ou indireta, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, a, da Lei Maior. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a saúde é direito de todos. É dever do Estado prestar assistência à saúde, conforme art. 196 da Constituição Federal, podendo o requerente pleitear de qualquer um dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.

(AI 842740 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 30-04-2014 PUBLIC 02-05-2014)

Desta feita, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Pará, sob qualquer ângulo da argumentação.

II. Preliminar de falta de interesse de agir.

Alega-se, também em preliminar, falta superveniente de interesse de agir, posto que os exames médicos objeto do pedido da ação foram efetivamente prestados ao adolescente em sede de tutela antecipatória (fls. 127/129), ensejando, desse modo, a suposta perda do objeto.

Entende-se, contrariamente ao alegado, que as condições da ação ainda permanecem identificadas no caso concreto. O interesse de agir da demanda está presente no caso concreto. Isso porque, o pedido formulado na inicial é complexo, consistindo na realização de procedimento de biópsia no nervo, para o tratamento do adolescente G. T. T. da S., bem como realização de todos os procedimentos (internações, remédios e exames), que se fizerem necessários para salvaguardar a vida do adolescente.

Como se vê, o pedido formulado pelo órgão ministerial é composto por várias prestações médico-hospitalares distintas, todas no sentido de prover a saúde do paciente, sendo, por isso mesmo, um pedido complexo que se concretiza através vários atos.

Noutro ponto, a concessão dos efeitos da tutela antecipada possibilita a execução provisória conforme a sistemática do art. 475-O, do CPC, sob conta e responsabilidade do exequente, cabendo, inclusive, no caso de reforma da decisão de cognição sumária, a reparação dos danos eventualmente causados pela execução provisória. Desta forma, o exaurimento da cognição, materializado na sentença e no eventual acórdão da apelação dotado sempre de efeito substitutivo, será indispensável para determinação da sucumbência e, conseqüentemente, se há necessidade de reparação do Estado.

Ou seja, até pela ótica da reversibilidade, a ação continua tendo interesse de agir, na medida em que útil a determinar a existência ou não da obrigação estatal de prestação médico-hospitalar, bem como pela possibilidade de reparação do ente em caso de sentença de improcedência.

Logo, resta presente o interesse de agir, de sorte que rejeito a preliminar de carência da ação.

III. Mérito

Quanto ao mérito, questiona o Apelante a aplicação ampliada do art. 196 da Constituição Federal, diante da suposta necessidade de respeito às atribuições infraconstitucionais estabelecidas aos entes federados, bem como sustenta que o direito à saúde não constitui direito público subjetivo exercível de forma individualizada, mas sim obedecendo ao postulado da universalidade. No fim, invoca a tese de reserva do possível que denota a impossibilidade de realização de tratamento médico individual por parte do Estado.

Na visão do recorrente, a interpretação ampla dada ao art. 196 da Constituição da República, a fim de assegurar toda e qualquer pretensão ancorada no direito à saúde acabaria por exceder os limites da obrigação estatal, inviabilizando o próprio caráter universal desse direito, sendo ilegítimo, assim, pensar-se que o referido dispositivo seria norma constitucional de eficácia plena, mas sim limitada, eis que dependeria de políticas públicas definidas pelo legislador infraconstitucional.

A argumentação do Apelante, em certa medida, deve ser considerada, pois nenhum direito insculpido na Carta Constitucional do Brasil possui a qualificação de absoluto. A concretização do direito à saúde, preestabelecido na norma do art. 196, dependerá sempre da efetivação de medida idôneas a realiza-lo de modo universal e igualitário.

Entretanto, não se pode dizer que o art. 196 da CF/88, inobstante prescreva a forma de promoção do direito à saúde através de políticas públicas implementadas segundo ações de governo estaria dispondo norma programática, isto é, de caráter meramente prescritivo de ação estatal diferida; mais do que isso, o disposto no texto constitucional encerra norma de direito fundamental com eficácia direta nas relações entre Estado e cidadãos, a revelar verdadeiro mandamento constitucional cujo destinatário é o Poder Público em todas as suas esferas de atuação. Por isso mesmo, há que se ter em conta que o referido art. 196 possui alta densidade normativa, porquanto impõe ao Estado um dever prestacional positivo, qual seja, realizar eficazmente o direito à saúde.



Obviamente, compete ao Poder Público definir, no campo da saúde, as políticas públicas que concretizarão, em máxima medida, o direito social mencionado. Se o constituinte impôs um dever ao Estado para realização de determinado direito social, deverá o Poder Público concretizá-lo de forma mais ampla e efetiva e, no caso do direito à saúde, de forma universal e igualitária. E é nesse ponto crítico que se legitima a atuação do Poder Judiciário.

Ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de estipular medida concretas para efetivação do direito à saúde, mas sim fiscalizar a adequação ou idoneidade das políticas públicas e econômicas ao fim de concretização desse direito, ou seja, verificar se as medidas adotadas pelo poder público realizam de forma efetiva, universal e igualitária o direito fundamental inserido na Constituição Federal. Se a compreensão for negativa, restará o Judiciário apto a intervir para assegurar o ideal constitucional.

Sobre o tema, consigna-se as lições do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (in Curso de Direito Constitucional, 10 ed. Saraiva, São Paulo, 2015, p. 667): É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sócias e econômicas na área da saúde, é de sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

Logo, a judicialização de pretensão de acesso a determinado tratamento médico não deve ser vista como atuação indevida do Poder Judiciário, eis que esta atuação se dá de forma fiscalizatória, analisando se as medidas adotadas pelo Estado atingem a concreção do direito à saúde.

O contexto constitucional que sobreleva o direito à saúde impossibilita uma resposta estatal negativa no que diz respeito ao regular fornecimento de tratamento médico básico, mesmo que tal resposta se dê com base em supostas políticas sociais e econômicas tomadas pelo Administrador e estabelecidas por legislação infraconstitucional, posto que, se tais medidas não conseguem garantir os serviços médicos básicos, tais como, realização de exames de biópsia, é justamente porque não cumprem a ordem constitucional.

Nesse sentido, refere-se a seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM REDE PARTICULAR. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NA FALTA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. GARANTIA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada. 2. O direito à saúde, como consectário da dignidade da pessoa humana, deve perpassar todo o ordenamento jurídico pátrio, como fonte e objetivo a ser alcançado através de políticas públicas capazes de atender a todos, em suas necessidades básicas, cabendo, portanto, ao Estado, oferecer os meios necessários para a sua garantia. 3. Um vez reconhecido, pelas instâncias ordinárias, o direito a tratamento médico-hospitalar na rede pública de saúde, o resultado prático da decisão deve ser assegurado, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC, com a possibilidade de internação na rede particular de saúde, subsidiariamente, na hipótese de lhe ser negada a assistência por falta de vagas na rede hospitalar do SUS. Recurso especial provido.

(REsp 1409527/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 18/10/2013)

Por outro lado, improcede o argumento de que o direito à saúde não configura direito público subjetivo, impossibilitando sua invocação em situações concretas e individuais. Na verdade, da interpretação teleológica do art. 196 da Constituição Federal extrai-se a compreensão tanto de existência de um direito individual quanto de existência de um direito de caráter coletivo.

É plenamente afiançável a interpretação no sentido de que o direito à saúde se institui em duas dimensões. A primeira se revela como um dever estatal perante a generalidade das pessoas para a promoção de políticas sociais e econômicas direcionadas a uma prestação social. Em segundo lugar, também se vislumbra o direito público subjetivo inerente a qualquer pessoa de ser-lhe garantido o direito a saúde em situações de defeito ou omissão na prestação.

Portanto, quando o art. 196, da Constituição da República dispõe: A saúde é direito de todos e dever do Estado, revela duas obrigações estatais, quais sejam, proporcionar políticas de saúde eficazes dirigidas a toda coletividade, bem como assegurar que toda pessoa possa ter acesso aos tratamentos básicos, sem que a utilização desse direito seja obstada em decorrência de omissões do Poder Público.

Nesse contexto, tem-se como plenamente legítima a pretensão que visa obter do Estado a efetiva prestação de medidas assecuratórias do direito à saúde, mormente quando as já adotadas são insuficientes a atender as demandas individuais básicas, como ocorre no caso concreto.

Comtemplando a existência da dimensão subjetiva dos direitos sociais, categoria na qual se inclui o direito à saúde, Leonardo de Farias Duarte ensina (in Obstáculos Econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, Renovar, Rio de Janeiro, 2011, p.65):

quando se fala em direitos fundamentais como direitos subjetivos, tem-se em mira a concepção de que o titular de um direito fundamental tem a possibilidade de exigir diante do Judiciário a realização de seus interesses juridicamente protegidos ou tutelados perante o destinatário ou obrigado.



Sendo assim, o direito à saúde, enquanto garantia pública subjetiva, é perfeitamente tutelável em casos de omissões por parte do Poder Público. Deste modo, inexistente a alegada impossibilidade de conjugação de tutela individual do direito à saúde com a característica intrínseca da universalidade de acesso a tal direito, proclamada pela norma constitucional. Na verdade, em última medida, a universalidade reforça a ideia de garantia do direito, porquanto institui regra que obriga o Estado a proporcionar a todos que necessitem o referido direito, inclusive nos casos que tenha sido indevidamente negado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, considerando a essencialidade dos direitos sociais para a construção de uma cultura de valorização da dignidade da pessoa humana, também já afirmou que o direito à saúde é sim direito público subjetivo, capaz de compelir o Estado a prestações em demandas individuais, conforme demonstra o julgado do então Ministro Luiz Fux:

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

(...)

O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art. 6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar os conteúdos daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade,



porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.(...) Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p.1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui lex imperfecta, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (...)

(REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314)

Com relação ao contraponto da prestação do direito à saúde e da limitação material consubstanciada na reserva do possível, é de se ver que, longe de ser mera retórica jurídica, a reserva do possível deve ser compreendida como genuína condição fática para a efetivação dos direitos, porquanto todos os direitos, sejam de liberdade ou sociais, possuem custos. Afora o nível catastrófico dado ao discurso pelas Procuradorias, a reserva do possível traduz-se, na realidade, na máxima categórica de que existem as necessidades infinitas, mas os recursos materiais serão sempre finitos.

No entanto, da mera alegação de que os recursos são escassos e as demandas são irrestritas não decorre, por si só, a legitimação da reserva do possível como elemento oponível às prestações sociais. É preciso mais que isso. A escassez de recursos evidencia a existência de um antecedente processo de escolhas pelo Administrador, no qual determinará quais os campos que deverá empregar os recursos e, em que quantidade estes recursos serão empregados, pois, como já foi dito, todos os direitos, seja qual for sua natureza, social, política ou civil, tem um custo, de modo que improcede a afirmação de que os direitos sociais custam mais aos cofres estatais que os outros direitos. Esse processo de escolha de alocação de recurso não subjaz inteiramente na discricionariedade do Poder Público, a Constituição Federal elenca em rol de prioridades que devem ser admitidas e constituídas diretamente pelo Administrador, e é justamente nesse rol de prioridades previsto constitucionalmente que se insere o direito à saúde.

Com efeito, o Estado deve alocar recursos capazes de suprir e, conseqüentemente, garantir minimamente o direito à saúde a todos os cidadãos. Daí decorre a lógica do mínimo existencial que, se devidamente atendido, consolida o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, os direitos sociais quando assegurados na sua conformação básica, efetivando um mínimo existencial a todos os titulares dessa categoria de direito, acaba por efetivar a dignidade da pessoa humana, valor fundamental previsto no art. 1º, inc. III, da Constituição da República.

É esta a compreensão formulada por Ana Paula de Barcellos (in A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana, 2 ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p. 272): é correto afirmar que, nos termos constitucionais, garantir condições materiais essenciais à dignidade humana



(o mínimo existencial) é a prioridade do Estado brasileiro. Essa prioridade constitucional haverá de refletir na forma como são gastos os recursos públicos, que deverão ser canalizados prioritariamente para a prestação dos serviços e/ou a entrega de bens necessários a produzir, no mundo dos fatos, a assertiva referida: garantir condições materiais essenciais à dignidade humana.

Na espécie dos autos, verifica-se que o pedido da ação tinha como objetivo garantir que o adolescente G. T. T da S. fosse submetido a procedimento de biópsia no nervo para posterior diagnóstico sobre a hanseníase e, havendo necessidade, fosse realizado outros procedimentos médico-hospitalares correspondentes.

Vê-se, assim, que os procedimentos clínico-hospitalares objetivados inserem-se perfeitamente na seara de atendimento médico de saúde básica, ou seja, incluem-se no contexto do mínimo existencial que deve ser assegurado a todos como forma de tornar efetivo o direito constitucional à saúde. Ora, se a atuação do Estado na área da saúde pública não garante ao menos a realização de exames e tratamentos de baixa complexidade é porque não concretizam o mandamento constitucional, cabendo, por derradeiro, a intervenção do Poder Judiciário.

Vale aqui citar novamente a doutrina de Ana Paula de Barcellos (in A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana, 2 ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p. 304): A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido.

Igualmente, tem-se, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça vários precedentes afirmando a ilegitimidade de políticas públicas no âmbito da saúde pública quando estas não proporcionam o mínimo existencial ao cidadão, senão vejamos os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido.

(REsp 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012)

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.



1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009)

Dessa forma, a tutela efetiva do direito à saúde in casu se procede pela determinação do Poder Judiciário ao Poder Público no sentido de que este assegure ao adolescente interessado a assistência à saúde dentro dos programas públicos nesta área, com a realização de exames para diagnósticos, bem como de possíveis tratamentos em caso de necessidade. Tais providências não consolidam outra coisa que não o mínimo existencial indispensável para dignidade da pessoa humana, sendo que a inobservância, por omissão ou deficiência, da norma constitucional que assegura o referido direito social deve ser rigorosamente rechaçada. ASSIM, pelos fundamentos acima expostos, CONHEÇO da Apelação Cível e LHE NEGO PROVIMENTO, a fim de manter integralmente a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau que julgou procedente o pedido da ação civil pública e determinou que o Apelante continuasse a fornecer todos os procedimentos que se fizerem necessário para restabelecer a saúde do adolescente G.T. T da S., nos termos da fundamentação. É como voto.

Belém/PA, 14 de abril de 2016.

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
Desembargador – Relator