



ACÓRDÃO N°
PROCESSO N° 0002896-59.2017.8.14.0000
1° TURMA DE DIREITO PÚBLICO
AGRAVO DE INSTRUMENTO
COMARCA DE BELÉM
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE BELÉM
Procurador: Dr. José Alberto Soares Vasconcelos – OAB/PA 5.888
AGRAVADO: MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
Promotor: Dra. Maria do Socorro Pamplona Lobato
INTERESSADO: ABRIGO INFANTIL EUCLIDES COELHO FILHO
Procurador de Justiça: Dra. Tereza Cristina de Lima
RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFISSIONAL DA ÁREA DE SAÚDE EM ABRIGO MUNICIPAL. MEDIDA SATISFATIVA. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA NÃO SE MOSTRA COMO ÓBICE. PRECEDENTES DO STJ. REQUISITOS DO ART. 300, DO CPC.

- 1- Decisão que defere o pedido de tutela de urgência, liminarmente, e determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo ao AINF n° 012012510000922-5 até o julgamento da ação;
- 2- A concessão de tutela de urgência em caráter liminar, nos termos do art. 300, § 2º, do CPC, está adstrita à comprovação da probabilidade do direito e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo;
- 3- Possibilidade de concessão de medida de urgência contra o Poder Público em casos envolvendo risco à saúde e à vida, bens juridicamente tutelados na própria Constituição da República;
- 4- É consolidado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a falta de previsão orçamentária não impede a concessão de provimento judicial que objetiva dar efetividade aos direitos fundamentais;
- 5- A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes;
- 6- Recurso conhecido, porém desprovido.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer do agravo de instrumento, porém negar provimento, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 07 de dezembro de 2018. Relatora Exma. Sra. Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro. Julgamento presidido pelo Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura, tendo como segundo julgador o Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura e como terceira julgadora, a Exma. Desa. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora

RELATÓRIO



A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Trata-se de Agravo de Instrumento (fls. 2/11) com pedido de efeito suspensivo interposto pelo ESTADO DO PARÁ contra decisão (fls. 161/166), proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Infância e Juventude de Belém que, nos autos da Ação Civil Pública, Processo nº 0767678-38.2016.8.14.0301, deferiu o pedido liminar, determinando que o Município de Belém disponibilize um profissional da área de saúde, já lotado na Secretaria Municipal de Saúde, ou contratado mediante processo seletivo simplificado ou outra forma lícita para investidura urgente, para exercer, rotineiramente, as atividades de médico ou enfermeiro junto às crianças acolhidas no Abrigo Infantil Euclides Coelho Filho, que precisem de recuperação das patologias clínicas típicas da infância, ainda dispor de condições técnicas para articular com as unidades de saúde a dispensação de medicamentos de que precisem, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais) até o limite de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em suas razões, o agravante destaca a satisfatividade da liminar e a necessária observância da Lei nº 9.494/97. Alega a inexistência de previsão orçamentária e a invasão da competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Requer o conhecimento do agravo e a concessão de efeito suspensivo. Ao fim, o provimento do recurso para anular a decisão guerreada.

Junta documentos às fls. 12-177.

Coube-me o feito, por distribuição (fl. 178).

Indeferi o pedido de efeito suspensivo (fls. 185 e verso).

Contrarrazões (fls. 192/198).

O Ministério Público, nesta instância, manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 200/202 e verso).

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso e passo à análise da matéria devolvida.

O cerne do agravo de instrumento é a análise do acerto ou não do decisum monocrático que, nos autos de ação civil pública, determinou que o Município de Belém disponibilize um profissional da área de saúde, já lotado na Secretaria Municipal de Saúde, ou contratado mediante processo seletivo simplificado ou outra forma lícita para investidura urgente, para exercer, rotineiramente, as atividades de médico ou enfermeiro junto às crianças acolhidas no Abrigo Infantil Euclides Coelho Filho, que precisem de recuperação das patologias clínicas típicas da infância, ainda dispor de condições técnicas para articular com as unidades de saúde a dispensação de medicamentos de que precisem, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais) até o limite de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

A tutela de urgência pode ser concedida, quando observados os requisitos para tanto, quais sejam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. O deferimento liminar do pedido é amparado no § 2º, do referido ordenamento.



Vejamos:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

De acordo com o eminente processualista Humberto Theodoro Junior, a concessão de medidas liminares ocorrerá quando preenchidos os requisitos legais:

Os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois:

I – Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do periculum in mora, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

II- A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda a segurança, ou seja, o fumus boni iuris (in Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 14ª ed., Forense, pág. 367).

No mesmo sentido, sustenta NELSON NERY JUNIOR:

Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (periculum in mora), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução (in Código de Processo Civil Comentado, RT, 3ª ed., p.910).

Da satisfatividade da medida liminar concedida

O agravante alega que a medida liminar concedida é dotada de cunho satisfativo e implica na imediata liberação de verba pelo ente público, o que encontra vedação no art. 2º-B, da Lei nº 9.494/97, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, dispondo, in verbis:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

(...)

Art. 2º - B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

Entendo que a referida norma não se aplica ao presente caso. Em que pesem a supremacia do interesse público sobre o particular, bem como da necessidade de dotação orçamentária, entendo que essas questões, por si só, não afastam o cumprimento das obrigações constitucionais, dentre as quais, salvaguardar a vida de todo e qualquer ser humano, dando-lhe dignidade. Máxime por inexistirem provas robustas acerca do comprometimento de outros serviços da saúde pública, no caso.

Lado outro, entendo pela possibilidade de concessão de medida de urgência contra o Poder Público em casos envolvendo risco à saúde e à vida, bens juridicamente tutelados na própria Constituição da República conforme explanado alhures.

De acordo com o eminente processualista Humberto Theodoro Junior, a



concessão de medidas liminares ocorrerá quando preenchido os requisitos legais:

Os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois:

I – Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do periculum in mora, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

II- A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda a segurança, ou seja, o fumus boni iuris (in Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 14ª ed., Forense, pág. 367).

No mesmo sentido, sustenta NELSON NERY JUNIOR:

Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (periculum in mora), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução (in Código de Processo Civil Comentado, RT, 3ª ed., p.910).

É comprovada a imprescindibilidade da disponibilização de profissional de saúde no Abrigo Infantil Euclides Coelho Filho, para atendimento de crianças até 6 (seis) anos de idade, tendo em vista a evidente necessidade dos menores e a ausência dessa mão de obra especializada no quadro da instituição, que foi municipalizada.

A decisão agravada alberga o direito social à saúde, garantindo o bem maior que é a vida, o qual deve preponderar sobre os demais direitos assegurados no texto constitucional. Entre os dois valores em jogo, quais sejam, o direito à saúde e à vida e o direito do ente público de bem gerir as verbas públicas, sob qualquer ótica, deve prevalecer o primeiro.

Da inexistência de previsão orçamentária

O Município agravante sustenta a inexistência de previsão orçamentária para realização das medidas determinadas que invadem a competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Não prosperam as alegações do agravante. Explico.

Em que pese ser dever dos entes estatais garantir que os direitos fundamentais sejam preservados, quando se defrontam com essa situação, indicam que a disponibilidade de recursos deve ser observada, sob o manto de que sua obrigação está adstrita a seus limites orçamentários.

O sustento do ente público na teoria do possível, entretanto, confronta a obrigação do poder público de garantir o mínimo existencial, que se refere ao básico da vida humana, consistindo em direito fundamental e essencial, previsto na Constituição Federal, de forma que sua obtenção independe da existência de lei, pois é considerado inerente aos seres humanos. É, portanto, dever do Estado, no sentido lato, garantir que os direitos fundamentais sejam aplicados de maneira eficaz.

Ressalto que, mesmo na escassez ou até na inexistência de recursos, o poder público não pode nem deve se escusar do dever de dar assistência aos cidadãos. Nesse sentido, destaco trecho de julgado do STJ: É consolidado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a falta de previsão orçamentária não impede a concessão de provimento judicial que objetiva dar efetividade aos direitos fundamentais.



Nesse contexto, àquele que se vir prejudicado em seu direito do mínimo existencial é permitido bater às portas do Judiciário a fim de ver seu direito fundamental garantido, a despeito do princípio da reserva do possível e sem que isso importe em violação pelo Poder Judiciário ao Princípio da Separação dos Poderes, ou à prerrogativa de discricionariedade da Administração, porquanto configurada, no caso, a omissão do Estado, lato sensu.

Nesse sentido colaciono julgado do TJBA:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO VOLUNTÁRIO. AGRAVO RETIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES REJEITADAS. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. TRANSFERÊNCIA DE PACIENTE PARA UNIDADE HOSPITALAR. URGÊNCIA DEMONSTRADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. MULTA. AGRAVO NÃO CONHECIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO.

A sentença recorrida está em harmonia com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, firmada no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública, em defesa de interesses individuais indisponíveis, como, no caso, do direito à saúde.

A jurisprudência consolidada entende que é solidária a obrigação dos entes da Federação, em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, mormente a realização de tratamento médico em paciente hipossuficiente. Portanto, o usuário dos serviços de saúde, no caso concreto, possui o direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais, o seu cumprimento.

Reconheça-se, ainda, a competência do Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da Administração Pública, não configurando-se violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro.

Acentua-se, quanto aos limites orçamentários, aos quais está vinculada a Recorrente, que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais.

Quanto à aplicação da multa, tem-se que as astreintes são inibitórias e coercitivas, cabíveis contra a Administração Pública visando, não ao seu pagamento, mas, sim, ao cumprimento da determinação judicial, inclusive, com amparo legal nas obrigações de fazer, ex vi do art. 461, §4º, do CPC. (TJBA - Classe: Apelação nº 0001921-52.2014.8.05.0110, Relator(a): Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 18/12/2015)

Digo, ainda, que a decisão agravada não exige a contratação de servidores e o fornecimento de medicamentos, bens e serviços, como alega o agravante, mas sim a disponibilização de profissional de saúde, seja médico ou enfermeiro, para dar assistência às crianças do abrigo em questão, dando como alternativa a contratação, por meios legais, de servidor, para os fins colimados.

De acordo com o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, prerrogativa inerente ao direito à saúde, como direito social e fundamental.

Segundo Marmelstein (in MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 284), os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, funcionando como um sistema de valores a legitimar todo o ordenamento, e uma dimensão subjetiva, como fonte de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder



Judiciário.

Os direitos fundamentais são investidos de normatividade potencializada, já que estão no ponto mais alto do ordenamento e têm a capacidade de produzir efeitos mesmo que não estejam regulamentados pelo legislador infraconstitucional, o que enseja sua concretização ainda que na ausência de lei. Desse modo, cabe a todo ente federado o dever de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, não podendo violá-los ou permitir que o façam. Ao contrário, devem dar condições para que todos usufruam, através de políticas públicas, serviços e ações.

Esse direito pode ser judicialmente exigido, reivindicado na via judicial, tendo em vista que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme artigo 5º, XXXV, da Constituição da República. Daí, então, surge a possibilidade do Poder Judiciário garantir o direito à saúde em que pese os demais Poderes Públicos, legislando ou executando, sejam omissos.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MEDICAMENTO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FÁRMACO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. 1. Preliminar de desrespeito ao princípio da colegialidade afastada, porquanto o art. 557, caput, do Código de Processo Civil de 1973 autorizava o relator a julgar monocraticamente o recurso especial, nas hipóteses ali descritas, comando previsto agora no art. 932 do CPC/2015, c/c o art. 255, I, II e III, do RISTJ. 2. O Estado (as três esferas de Governo) tem o dever de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, os direitos à dignidade humana, à vida e à saúde, conforme inteligência dos arts. 1º, 5º, caput, 6º, 196 e 198, I, da Constituição da República. 3. A ausência de previsão do medicamento em protocolos clínicos de diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, porquanto não se pode admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais do cidadão. 4. Hipótese em que o Tribunal de origem evidenciou a necessidade e adequação do fármaco pleiteado para o tratamento da patologia da paciente, acentuando que o produto, apesar de não incorporado à lista do SUS, já se encontra registrado na ANVISA. 5. A inversão do julgado demandaria a análise do conjunto fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 6. A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes. 7. Agravo interno a que se nega provimento (STJ - AgInt no REsp: 1553112 CE 2015/0220452-8, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 16/02/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/03/2017)

Não há o que se falar, portanto, em ofensa à esfera do Poder Executivo, muito menos do Legislativo, ante à imperiosa necessidade de atuação do Judiciário para garantir direitos fundamentais porventura negligenciados, mormente no caso em espeque, em que a possível contratação e servidor eventual ou temporário pelo Executivo não demanda nova legislação. Desse modo, é certa a existência de suporte legal para a obrigação imposta ao Município de Belém, cujo descumprimento pode, inclusive, gerar sanção de caráter pecuniário.

Pelo exposto, conheço do agravo de instrumento, porém nego provimento, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

É o voto.



Belém, 07 de dezembro de 2018.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora