



**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO
DA VARA INFANCIA DE JUVENTUDE DA COMARCA DE PALMAS.**

"O Direito não tolera o arbítrio, tampouco há de aceitar as suas nefastas consequências, como as mazelas referidas do desperdício, da malversação, da corrupção, da ineficiência e da omissão do Estado administrador.

Com efeito, em relação ao Brasil, os dados mais recente sobre desperdício (Publicados em O Globo, Caderno de Economia, p. 29, da edição de quarta-feira, 04 out. 2006, que divulga o estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT) são ainda mais estarrecedores, pois dão conta de que "corrupção e ineficiência administrativa consomem um terço da arrecadação", ou seja: perde-se a astronômica de 234 bilhões de reais por ano, o equivalente a 123 bilhões de dólares norte-americanos, um desvio, em números relativos, de 32% da arrecadação de tributos no País.

É nesse quadro que assoma terrível e acabrunhante, a constatação da inanidade dos instrumentos jurídicos tradicionais para lograr, reduzir, a níveis admissíveis esse astronômico desperdício dos preciosos recursos aportados pela sociedade, que, se fosse eficientemente empregados, poderiam superar tanta carência e marginalidade, cumprindo a tarefa constitucional que se espera de um Estado-solidário. "Políticas Públicas/Possibilidades e limites, Carlos Ari Sundfeld e outros, Editora Fórum, p. 62, IMDA)"

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS, por meio das representantes legais que ao final subscrevem, titulares da 27^a e 19^a Promotorias de Justiça da Capital, valendo-se das disposições elencadas no art. 129, inciso III, da Constituição Federal; artigo 25, inciso IV, alínea "a", da Lei 8.625/93; artigos 4^o, 5^o, 19 e 21, todos da Lei 7.347/85; arts. 3^o, 83 e 90 da Lei Federal nº 8.078/90, e no ATO PGJ nº 085/2014, em ATUAÇÃO LITISCONSORCIAL ATIVA ORIGINÁRIA (art. 46, Inciso I, do Código de Processo Civil) com a **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS**, por intermédio do seu Núcleo Especializado de Defesa da Saúde – NUSA, criado pela Resolução nº. 109, de 14 de março de 2014, do Conselho Superior da Defensoria Pública, por intermédio do seu Coordenador e Órgão de Execução que esta subscreve, com espeque no art. 134 c/c art. 196, ambos da Constituição Federal e disposições similares da Lei Complementar Federal nº 80/94 e da Lei Complementar Estadual nº. 55/09, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 1^o, inciso IV, c/c art. 3^o e art. 5^o, inciso II, todos da Lei Federal nº

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



7.347/85, diante da competência inserta no artigo 93, inciso II da Lei 8.078/90, e, ainda, de acordo com os preceitos gerais estatuídos no Código de Processo Civil e no microsistema de tutela jurisdicional coletiva formado pela completa interação entre as Leis 7.347/85 e 8.078/90¹, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

em face ao **ESTADO DO TOCANTINS**, pessoa jurídica de direito público interno, representado por seu Governador, Marcelo de Carvalho Miranda, podendo ser encontrado na Sede do Governo, Palácio Araguaia, centro, na Capital do Estado (PALMAS-TO) e representado em juízo pela Procuradoria Geral do Estado do Tocantins, situada na Rua 104 S, R SE-11, Plano Sul, s/nº, lote 32, conj.03, Palmas –TO pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

DOS FATOS

No fim da tarde do dia xx/xx/xx, aportou na Defensoria Pública, a mãe da paciente xxxxx, informando que sua filha deu a luz na mesma data a um recém nascido com pouco mais de 650 g de peso, reclamando que seu neto precisava de leito de Unidade de Terapia Intensiva Neonatal, e todos os leitos do Hospital e Maternidade Dona Regina estavam lotados.

1 Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado **Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso**. (REsp 1098669/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010)

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



Imediatamente, o NUSA remeteu um expediente administrativo e saiu em diligência naquele nosocômio, onde foi identificado que na verdade 3 crianças estavam precisando de UTI Neonatal (declaração médica anexo).

O Núcleo também foi informado pela Dra. xxxxx - responsável pelo serviço de Obstetrícia do HMDR, que mais três crianças nasceriam naquela noite e que todas as gestantes eram de alto risco, e, certamente, esses recém nascidos necessitariam de leitos de UTI Neonatal (declaração médica anexo com o nome de cada paciente).

A Defensoria Pública contatou o Secretário de Saúde, Samuel Bonilha, e este informara que conseguiram apenas um leito em Araguaína (rede organizada).

Diante dessa informação, o NUSA constatou que IntensiCare dispunha de um leito dessa natureza.

A partir daí, o Secretário de Saúde, autorizou a remoção desses recém nascidos, um para Araguaína e o outro para o IntensiCare.

Nesse passo, na atual situação, para que a oferta do serviço seja regularizada para todos que dela necessitar, no dia de hoje, são necessários mais quatro leitos e UTI neonatal, de modo que não ocorra nenhuma desassistência e suas consequências.

Ocorre que não há mais leitos de UTI neonatal a disposição na rede organizada pelo Estado, como se pode comprovar das referidas declarações dos médicos responsáveis pela UI e pela UTI do Hospital Dona Regina.



Vale colacionar o nome das mães que deram a luz e que seus bebês necessitam de leitos de UTI neonatal: xxxx; xxxxx e xxxx (declaração anexa).

Em separado, colacionamos o nome de mais duas mães que não constam das declarações médicas colhidas no hospital na data de 0/0/1 mas que deram a luz e seus recém nascidos também necessitam de leitos de UTI conforme faz prova os prontuários anexos. São elas: xxxxx e xxxxxxxx.

Colacionamos ainda, o nome das mães que, no dia 0/0/2xx, estavam aguardando o parto: xxxxx; xxxx e xxxxx (declaração anexo).

Vale informar que às 14 horas da data de hoje (07/03/2015), em diligência no Hospital Dona Regina, a Defensoria Pública foi informada de que mais duas pacientes deram à luz a recém nascidos que já têm indicação de UTI. Quando a este dado, não foi possível colher prontuário ou declaração médica de modo a comprovar o alegado, porque os prontuários e os profissionais estavam no Bloco Cirúrgico.

O Ministério Público Estadual, por meio da 27ª Promotoria de Justiça da Saúde Pública da Capital - PJC, instaurou o Procedimento Preparatório de Inquérito Civil Público de nº 010/2014, objetivando averiguar a insuficiência de Leitos de Unidade de Terapia Intensiva Neonatal, e a demora no acesso dos recém nascidos internados nos hospitais da rede pública, de responsabilidade do Estado do Tocantins.

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



O Procedimento levantou informações acerca da organização desse serviço, e a Secretaria de Estado da Saúde, através do OFÍCIO/SESAU/GABSEC Nº 4241/2014, relatou as dificuldades de se garantir, por meio da rede própria, todos os leitos de UTI Neonatal que o Estado necessita para atender sua demanda.

Em audiência realizada na 27ª PJC, restou comprovado esta insuficiência, conforme consta do Termo de Audiência de nº 054/2014, conforme segue:

“(...) compareceram os representantes da Secretaria Estadual de Saúde: SINARA MAYENA BARROS CABRAL SILINGOWSCHI – Coordenadora de Regulação e NATÁLIA RIOS COELHO – Supervisora da Média e Alta Complexidade, neste ato representando a Diretora-Geral de Atenção e Promoção à Saúde, Morgana Martins dos Santos. Declarada aberta a audiência, a Promotora de Justiça passou a tratar do objeto do presente procedimento investigatório que consiste em **averiguar a insuficiência de leitos de Unidade de Terapia Intensiva Neonatal e a demora no acesso dos recém – nascidos internados nos hospitais da rede pública, de responsabilidade do Estado**. A Supervisora da Média e Alta Complexidade apresentou, neste ato, as informações requisitadas pela Promotoria de Justiça, por meio do Ofício nº 4647/2014/GABSEC/SESAU(cópia). Acrescentou informando que, nos termos da Portaria GM nº 930/2012, existem parâmetros populacionais para a necessidade de leito da população regional. Com base nesses parâmetros, existe no Tocantins um déficit de 02 leitos de UTI Neonatal. O estudo realizado pela Coordenação de Atenção Especializada/Área Técnica da Rede Cegonha subsidiou a Secretaria de Estado da Saúde – SESAU para tomar as providências contidas nas informações prestadas, relativas aos projetos de ampliação desses leitos que estão em andamento. Os leitos contratualizados com o Hospital Cristo Rei e Intensicare, são custeados apenas com recurso Estadual, pelo fato de que o Ministério não os habilitaram, em razão de não se enquadrarem nos critérios da referida Portaria, com relação ao número de leitos existentes. Os únicos leitos complementares pelo Ministério da Saúde são os do Hospital Dom Orione. Os hospitais da rede pública do Estado possuem protocolos clínicos, construídos conjuntamente com as áreas técnicas responsáveis por esta assistência e foram aprovados no ano passado, na Comissão Intergestores Bipartite. Há de se consignar que nem todos os médicos obedecem esses protocolos e, eventualmente, a prescrição é reclassificada pelo médico regulador, com relação aos leitos sob gestão do setor de regulação. Atualmente, do total de quarenta leitos de UTI Neonatal próprios e credenciados, vinte são regulados, a saber: Hospital e Maternidade Dona Regina (10), Intensicare (05) e Hospital Cristo Rei (05). Vinte leitos ainda não são regulados, ofertados por meio do Hospital Dom Orione, com sede em Araguaína. Esclarece que, a super lotação dos leitos de UTI Neonatal ofertados pela rede

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



pública e privada se dá pelo déficit de leitos da Unidade de Cuidados Intermediários – UCI Neonatal. Na prática, existem muitas situações em que o recém-nascido de UCI ocupam leitos de UTI. Na sequência, a Coordenadora de Regulação informou que o tempo de espera dos recém-nascidos graves e regulados que necessitam de UTI Neonatal varia desde a liberação imediata até 18 dias, sendo que a média do tempo de espera é de 3 dias. A falta de garantia de acesso, em tempo hábil, de recém-nascidos que necessitam de assistência, em leito de UTI Neonatal, contraria a necessidade prescrita. Esclareceu que todos os servidores do setor de regulação/central de leitos trabalham sobre pressão por parte da família dos pacientes, médicos prescritores, defensores públicos, promotores de justiça, magistrados, políticos e mídia. Entende que, para solução imediata do problema instalado, a única maneira de garantir o acesso dos recém nascidos que necessitam de leito de UTI em tempo hábil, é por meio da regulação dos Leitos do Hospital e Maternidade Dom Orione. O Setor ainda não conseguiu regular esses leitos pelo fato do Hospital não alimentar o SIStema de Regulação, mesmo sendo obrigado, pois os leitos complementares devem ser geridos pelo Setor Público (...).

Consta também deste Procedimento, que o Setor de Atendimento ao Cidadão do Ministério Público Estadual, recebe, reclamações de falta de Leito de UTI Neonatal.

A 19ª Promotoria de Justiça da Capital, também tem recebido reclamações acerca da falta de leito de UTI neonatal, até mesmo atendimento telefônico, diligenciado perante a Secretaria de Estado da Saúde, para que o Gestor garanta o acesso desses recém nascidos.

Desse modo, resta comprovado, até pelas declarações colhidas na data de 06/03/2014, que a oferta de Leitos de UTI Neonatal pelo Estado do Tocantins é insuficiente, fato que coloca em risco a integridade física e a vida dos neonatos que necessitam desse tipo de assistência.

Desse modo, comprovado está o **risco de dano irreparável ou de difícil reparação**, desses recém nascidos, filhos das mães supra mencionadas, vez que continuam desassistidos, bem como do relevante fundamento da presente demanda.

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A legitimação do Ministério Público para pugnar judicialmente pelos direitos coletivos e difusos decorre do art. 127, *caput* da Constituição da República, o qual dispõe competir ao *Parquet* a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Também o art. 129, incisos II e III, da Constituição da República, estabelece o dever do Ministério Público de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, inclusive com uso de inquérito civil e de ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos.

O art. 127 da Constituição Federal estabelece a competência do Ministério Público para promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis por meio da ação civil pública, na forma do art. 129 da Carta Magna e do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, abrangendo quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, *não havendo taxatividade de objeto* para a defesa judicial de tais interesses.

Sustenta-se, ainda, tal legitimidade em sede infraconstitucional nos seguintes artigos da Lei 7.347/85, os quais regulamentam as ações civis públicas por ofensa aos direitos assegurados ao cidadão, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular de serviço público essencial ao exercício dos direitos fundamentais prestacionais:



Art. 1º, IV (outros interesses difusos e coletivos);

Art. 11 (ação para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer);

Art. 12 (possibilidade de concessão de liminar).

DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA DEFENSORIA PÚBLICA

Preambularmente, antes de adentrar no ponto nodal da questão posta em juízo, incumbe destacar que conforme amplamente noticiado pelos veículos de comunicação local, o Estado do Tocantins está protagonizando um dos mais recentes dramas na área de saúde pública do Brasil, em razão de proporcionar de forma reiterada e habitual à indisponibilidade de fármacos e insumos essenciais, o que impossibilita que os cidadãos tocantinenses tenham o seu direito à saúde garantido e efetivado pelo Poder Público, tal como determina a Constituição Federal em seu art. 196.

A despeito disso, insta salientar, que os assistidos da Defensoria Pública e seus familiares, enfatizam que os problemas relatados vêm colocando a vida dos pacientes em risco, pois, a falta de assistência médica e farmacêutica adequada revela-se de enorme potencialidade lesiva a saúde daqueles, além de colocarem-lhes em enorme dificuldade financeira.

Isso porque, embora hipossuficientes, muitas vezes tem que recorrerem à rede privada como forma de salvaguardarem a vida de seus entes queridos, que poderiam e deveriam encontrar-se assistidos pelo Estado do Tocantins e que acabam sendo ignorados e colocados ao bel prazer pelo ente público em alusão, em típico caso de afronta aos direitos humanos e aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.



Tal situação, por si só, já denota a relevância da matéria posta em juízo, dado o seu caráter eminentemente social e a sua repercussão geral, evidenciando o acerto da Defensoria Pública no manejo da ação civil pública.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar das funções da Defensoria Pública, com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº. 80/2014, refere:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (alterações em negrito).

A redação trata-se de fiel reprodução do art. 1º da LC nº. 80/1994, com redação dada pela LC nº. 132/2009.

Essa modificação traz para a Constituição Federal elementos estruturantes e conceituais à definição do papel e missão da Defensoria Pública, como seu atrelamento ao Estado Democrático de Direito, sua vocação para solução extrajudicial dos litígios de forma prioritária, para a promoção dos direitos humanos e para a defesa individual ou coletiva.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a significativa importância jurídico-constitucional e político-social da Defensoria Pública, com destaque expresso a que, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas



carentes e necessitadas (ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.9.2008).

Com efeito, resta claro que a alteração do dispositivo constitucional em tela suprimiu quaisquer dúvidas no que tange a legitimidade para propositura de ação civil pública por defensores públicos atinentes a interesses coletivos, individuais homogêneos, ou difusos.

Nesse sentido, diante da promulgação da referida Emenda Constitucional, a Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, manifestou pela perda superveniente do objeto nos autos da ADI nº 3943, que questiona a inconstitucionalidade da Lei nº 7.347/85, artigo 5º, inciso II com a redação atualizada pela Lei nº 11.448/2007, que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados para a propositura da ação civil pública, haja vista o que preceitua os artigos 5º, inciso LXXIV e 134, ambos da Constituição Federal.

Desse modo, a função constitucional conferida à Defensoria Pública, consuma-se nas atribuições elencadas na Lei Complementar Federal nº. 80/94 e na Lei Complementar Estadual nº 55/2009, sendo uma delas o ajuizamento de ação civil pública para tutela de direitos coletivos em sentido amplo que resulte na defesa de grupo de pessoas hipossuficientes, art. 4º, VII. Vejamos *ipsis literis*:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

O legislador utilizou desta técnica legislativa justamente para não inviabilizar a força do princípio do acesso à justiça e da igualdade. Isso porque, caso ele não admitisse a atuação da Defensoria Pública em favor de um determinado grupo de hipossuficientes pelo fato de que outros não hipossuficientes se aproveitariam da demanda, configuraria restrição ao acesso à justiça de forma coletiva e estabeleceria uma desigualdade vergonhosa entre os cidadãos brasileiros.

A Defensoria Pública do Estado do Tocantins realiza uma triagem rigorosa da renda dos seus assistidos e concede atendimento quando realmente se trata de pessoa hipossuficiente. A confirmar esta alegação, segue anexo Procedimento Administrativo sobre o caso em tela, onde se comprova que a presente demanda pode beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

A tutela do direito difuso em comento pode sim beneficiar pessoas que são hipossuficientes como as que não se enquadra nesse perfil, tendo em vista que a característica do direito difuso é a indeterminação dos titulares.

Negar a tutela jurisdicional, pela via coletiva, representa comportamento contraditório do Poder Judiciário, pois evitaria o abarrotamento de processos judiciais discutindo a mesma causa repetitivamente, correndo riscos de decisões conflitantes.



Com efeito, ademais de o texto constitucional não restringir, de modo algum a atuação da Defensoria Pública, ao revés, é possível dele se extrair diretamente a legitimidade da Instituição para o exercício da ação civil pública, eis que não há como garantir o acesso pleno e efetivo à justiça (promessa expressa da Magna Carta) sem disponibilizar instrumentos reais de tutela das coletividades hipossuficientes, seja sob o aspecto econômico, seja sob o aspecto organizacional.

O STJ e demais tribunais pátrios possuem firme entendimento de que a Defensoria Pública tem legitimidade ativa *ad causam* para propor Ação Civil Pública objetivando a defesa dos interesses individuais homogêneos de consumidores. Nesse sentido:

EMENTA – STJ - PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. ART. 5º, INCISO II, DA LEI N. 7.347/85 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.448/2007). DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 557, § 2º, CPC.
1. A Defensoria Pública tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de defender interesses individuais homogêneos de consumidores lesados em virtude de relações firmadas com as instituições financeiras. STJ.AgRg no REsp 1000421 / SC.AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2007/0253626-4.Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123).4ª TURMA.Julgamento: 24/05/2011.DJe 01/06/2011.

Ad referendum, colaciona-se, ainda, parte do parecer proferido pela eminente Professora da USP, Ada Pelegrini Grinover, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (em sede de ADI), no que tange à legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ações Cíveis Públicas:

Por outro lado, a ampliação da legitimação à ação

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



civil pública representa poderoso instrumento de acesso à justiça, sendo louvável que a iniciativa das demandas que objetivam tutelar interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos seja ampliada ao maior número possível de legitimados, a fim de que os chamados direitos fundamentais de terceira geração – os direitos de solidariedade – recebam efetiva e adequada tutela. Conforme bem observou Boaventura de Souza Santos, daí surge "a necessidade de a Defensoria Pública, cada vez mais, desprender-se de um modelo marcadamente individualista de atuação".

Consigne-se, por oportuno, que o STF ainda não apreciou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP contra o inciso II do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, com alteração da Lei. 11.448/2007, que legitimou a Defensoria Pública a propor a ação civil pública.

Vale destacar, a decisão de ordem da Ministra Carmem Lúcia em sede de reclamação oriunda da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul em que a Ministra cassou decisão do TJRS com fundamentos justamente no fato de a matéria estar pendente de análise pelo Pleno da Corte Suprema, devendo ser respeitado o princípio da reserva do plenário, mantendo, assim, a legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de Ação Civil Pública. Vejamos parte da decisão:

"Não apreciou ainda este Supremo Tribunal a constitucionalidade da Lei n. 11.448/2007, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943, pelo que a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (órgão fracionário) não a poderia afastar sem a observância do princípio da reserva de plenário (Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal), pois, enquanto não declarada inconstitucional, a lei vigente produz efeitos até que



outra a modifique ou revogue (art. 2º do Decreto-Lei n. 4.657/1942)."

Reforçando a nossa tese, veja o inteiro teor de recente decisão (dezembro de 2014) da Reclamação nº. 17744-DF , Relatora Ministra Rosa Weber, que cassou a decisão que reconheceu a ilegitimidade da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública na defesa de direitos difusos:

Vistos etc. Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, fundada no art. 102, I, "I", da Constituição Federal, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado nos autos da Apelação Cível 0001160-59.2010.8.12.0015, em virtude de suposta afronta à Súmula Vinculante nº 10. Sustenta que a decisão reclamada, ao declarar a ilegitimidade da Defensoria Pública para proposição de ação civil pública na defesa de direitos previstos na Lei nº 7.210/1984 a todos os internos da cadeia pública da comarca de Miranda/MS, teria afastado, com base nos arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal, a aplicação do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação da Lei nº 11.448/2007, sem a observância da cláusula de reserva de plenário. Defende a necessidade de provimento liminar para suspender a decisão reclamada, ao argumento de que "(...) apesar de absolutamente nula por força do artigo 97 da Constituição Federal, ainda se encontra produzindo efeitos e, portanto, a população carcerária do município de Miranda-MS continua verdadeiramente desassistida". Por fim, pugna pela procedência da reclamação para que seja cassada a decisão que julgou a Apelação Cível nº 0001160-59.2010.8.12.0015, a fim de que outra seja proferida ou, subsidiariamente, seja encaminhado o processo ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça para que decida sobre a constitucionalidade do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985. É o relatório. Decido. A reclamação prevista nos arts. 102, I, "I", e 103-A, § 3º, da Constituição da República é cabível nas hipóteses de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, de desobediência à súmula vinculante ou de descumprimento de decisão desta Corte com efeito vinculante. O objeto desta reclamação diz com o alegado descumprimento pela Corte Estadual do enunciado da Súmula vinculante nº 10, que dispõe: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” Colaciono, à adequada compreensão da controvérsia, trecho das razões do voto condutor do acórdão objurgado: “() a Defensoria Pública, tal qual apontou a sentença recorrida, é instituição que foi concebida com destinação específica e, evidentemente, não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses difusos, imprecisos e abstratos. Reza o art. 134 da Constituição Federal que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. E este artigo trata da obrigação do Estado de prestar a “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Assim sendo, não obstante a alteração legislativa trazida pela Lei nº 11.448 de 15/01/2007 tenha modificado o teor do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, incluindo a Defensoria Pública entre os legitimados para o ajuizamento de ações civis públicas, ao Defensor Público compete, por destinação constitucional, a orientação jurídica, judicial e extrajudicial e promover a defesa das pessoas necessitadas, em todos os graus de jurisdição, não lhe cabendo promover ação em nome próprio na defesa de interesses difusos, imprecisos e abstratos ou pessoas incertas. A atribuição de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” é atribuição institucional do Ministério Público, a teor do art. 127 da Constituição Federal. A Lei Complr n.º 80, de 12/01/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, além de prescrever normas gerais para sua organização nos Estados, define em seus artigos 1º e 4º as respectivas funções institucionais, verbis: () Assim, cabe à Defensoria Pública, única e exclusivamente, promover a defesa dos interesses individuais disponíveis ou indisponíveis em nome do próprio titular do direito. O tema em exame, vale lembrar, já foi objeto de ação ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), em 16.08.2007 - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3943) no Supremo Tribunal Federal -, contestando a constitucionalidade da lei que legitima a Defensoria Pública a propor ação civil pública (que pende de julgamento, mas que está bem encaminhada, com parecer do Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Barros e Silva, pela declaração de inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 11.448/2007, por contrariar o disposto no art. 5º, LXXIV, e art. 134, caput, da Constituição da República, que determinam que a Defensoria Pública tem atribuição para



prestar assistência jurídica integral e gratuita somente às pessoas que comprovarem insuficiência de recursos). Outrossim, mesmo em se reputando constitucional o artigo 5º, inciso II, da LACP, como, aliás, o fez a sentença, necessária sua interpretação com adição de sentido, limitando-se a possibilidade de a Defensoria Pública ajuizar ações civis públicas na defesa de direitos transindividuais exclusivamente em benefício de pessoas necessitadas, que comprovem carência de recursos, em consonância com os artigos 134, 5º, inciso LXXIV, da Magna Carta. Isso sob pena, como já devidamente demonstrado, de a atuação dessa instituição extravasar manifestamente suas finalidades constitucionais. (...)” (destaquei) Da leitura da decisão reclamada, resta claro que a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, com base em fundamentos extraídos da Constituição Federal, afastou, em parte, a aplicação do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85, com redação da Lei nº 11.448/2007. Com efeito, entendeu aquela Corte que a Defensoria Pública não teria legitimidade para propor ação civil pública em “defesa de interesses difusos, imprecisos e abstratos, ao fundamento de que os arts. 5º, LXXIV, e 134, caput, da Constituição da República autorizam a assistência jurídica integral e gratuita somente às pessoas que comprovem insuficiência de recursos. Desse modo, ao impor, com base na Constituição Federal, limites à atuação da Defensoria Pública para propor a ação civil pública, o acórdão reclamado contrariou o enunciado da súmula vinculante nº 10. No mesmo sentido, destaco trecho da decisão proferida na Rcl 11.381, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia: “ 2. A decisão impugnada tem o teor seguinte: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA. ILEGITIMIDADE. 1. Não tem a Defensoria Pública legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses difusos, imprecisos e abstratos. 2. Ao Defensor Público compete a orientação jurídica, judicial e extrajudicial e promover a defesa das pessoas necessitadas, em todos os graus de jurisdição, mas não lhe cabe promover ação em nome próprio na defesa de interesses difusos, imprecisos e abstratos ou pessoas incertas. 3. O art. 201, inc. V, do ECA confere ao Ministério Público, expressa e especificamente, a legitimidade para promover o inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos relativos à infância e à adolescência. Recurso conhecido e, de ofício foi decretada a extinção do processo sem exame do mérito” (doc. 6, fl. 5, grifos nossos). (...) O que se põe em foco na presente reclamação é se, ao declarar a ilegitimidade ativa da defensoria pública para propor ação civil pública, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teria descumprido a Súmula



Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte". 8. A Lei n. 11.448/2007 alterou o art. 5º da Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a defensoria pública: "Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública" (grifos nossos). Reconheceu-se, assim, expressamente a legitimidade ativa da defensoria pública para propor ação civil pública. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não poderia afastar essa legitimidade por órgão fracionário, pois tanto seria declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 11.448/2007. A 7ª Câmara Cível daquele Tribunal decidiu afastar a norma legal sem observância ao princípio da reserva de plenário disposto no art. 97 da Constituição da República e na Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal." Oportuno destacar que esta Suprema Corte ainda não se manifestou acerca da constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007 nos autos da ADI 3.943. Assim, não poderia o Tribunal de origem dispensar a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao seu plenário ou órgão especial. Ante o exposto, forte no art. 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão reclamada e determinar que outra seja proferida, em obediência à Súmula Vinculante 10/STF, restando prejudicado o exame do pedido liminar. Publique-se. Brasília, 03 de dezembro de 2014. Ministra Rosa Weber, Relatora (STF - Rcl: 17744 DF, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/12/2014, Data de Publicação: DJe-248 DIVULG 16/12/2014 PUBLIC 17/12/2014).

Dessa forma, enquanto não declarada inconstitucional, a lei vigente produz efeitos até que outra a modifique ou revogue (art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), o que torna patente a legitimidade da Defensoria Pública do Estado do Tocantins para intentar esta Ação Civil Pública, observando que o direito objeto da presente demanda guarda total pertinência temática com os fins para os quais a Defensoria Pública foi instituída: a Tutela de pessoas carentes (docs. anexos).



Neste contexto, no que diz respeito ao objeto da presente ação, a atuação da Defensoria Pública busca assegurar o acesso ao direito constitucional à saúde pública, conforme estabelece o art. 196 da Constituição Federal/1988.

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas quanto à legitimidade da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, para a propositura da presente demanda, pois a sua atuação conforme a brilhante lição do Ministro do STF, Celso de Mello, representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Em vias de arremate, sob a legitimidade ativa da Defensoria Pública, o pertinente ensinamento do Ministro Herman Benjamin:

(...) toda a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos há sempre de ser compreendida da maneira que lhes seja mais proveitosa e melhor possa viabilizar, na perspectiva dos resultados práticos, a prestação jurisdicional e a ratio essendi da norma de fundo e processual" (REsp 1.145.083/MG, julgado em 27.9.2011, DJe de **4.9.2012**).

Entrementes a isso, ainda que, no caso concreto, seja inviável/impossível a comprovação, de forma individual, da hipossuficiência de todos os beneficiários, porque, não obstante possam existir dentre os beneficiários da medida que se busca judicialmente, cidadãos não hipossuficientes, mesmo que porventura, a decisão também irradiará efeitos aqueles que se encontram na condição de hipossuficientes, é a Defensoria Pública legitimada a propor a Ação Civil Pública, em razão de vigorar no processo coletivo os princípios do máximo benefício, da máxima efetividade

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



e da máxima amplitude² e sob pena de, na via transversa, detonar o princípio da isonomia. Nesse sentido, recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins:

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA – ACESSO DE PACIENTES E FAMILIARES ÀS INFORMAÇÕES MÉDICAS DETALHADAS E PRONTUÁRIOS MÉDICOS – ART. 134 CF, LEI 7.347/85 E LEI ORGÂNICA DA DEFENSORIA PÚBLICA. Do disposto no artigo 134 da Constituição Federal e nas leis nº 7.347/85 (art. 5º, II, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07) e Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a LC nº 132/09) conclui-se que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública não apenas na defesa dos necessitados/hipossuficientes, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, na forma da lei, de modo a garantir, primordialmente, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, temos também o direito à saúde, estabelecido como direito fundamental, inserido no art. 6º da CF e assegurado pelo art. 196, sendo responsabilidade do Estado garanti-lo. A alegação de que a presente ação pode alcançar também aqueles não necessitados é um contrassenso. A eventual procedência da demanda não pode afastar o efetivo benefício às pessoas realmente necessitadas pelo simples fato de também poder beneficiar aqueles que não se enquadram na definição de hipossuficientes. Ademais, é de conhecimento público que a grande maioria dos pacientes do SUS são pessoas necessitadas que carecem de

2

Com inspiração no *defining function*, ou ativismo judicial, atribui-se ao juiz possibilidades extraordinárias na condução do processo coletivo. Para a Prof.^a Ada Pellegrini “O processo, que se inicia por impulso da parte, segue sua caminhada por impulso oficial”. Esse princípio, que permite que o procedimento seja levado para frente até seu final, rege, de igual maneira, o processo individual e o coletivo. Mas a soma de poderes atribuídos ao juiz é questão intimamente ligada ao modo pelo qual se exerce o princípio do impulso oficial. Embora o aumento dos poderes do juiz seja, atualmente, visto como ponto alto do processo individual, a soma de poderes atribuídos ao juiz do processo coletivo é incomensuravelmente maior. Trata-se da *defining function* do juiz, de que fala o direito norte-americano para as *class actions*.

Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/21790/breves-notas-sobre-os-principios-informativos-do-processo-coletivo-brasileiro/2#ixzz2iqw6McRg>

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



assistência. Recurso provido para reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública para atuar no pólo ativo da presente demanda (Apelação nº 0005299-43.2014.827.0000, 3ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Relator: Desembargador Eurípedes Lamounier, Julgado em 10/12/2014).

PRETENSÃO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS ATRAVÉS DA IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER À PARTE RÉ PARA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA

Os direitos fundamentais assegurados ao Cidadão contam com a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o qual impõe a **consideração de especial peso às normas de proteção aos direitos fundamentais quando ponderadas em relação as demais normas do sistema constitucional**. Ou seja, em havendo tencionamento entre princípios constitucionais, tratando-se de questão afetada a direitos fundamentais, impõe-se a prevalência das normas assecuratórias destes.

Robert Alexy examina a importância dos princípios como marco da teoria normativa-material dos direitos fundamentais, sendo chaves para a questão dos limites e possibilidades da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais, eis que os casos complexos de colisão de direitos também encontrariam equacionamento através da tecnologia de solução de tensão de princípios.

A determinação da *relação de precedência condicionada* entre as normas assecuratórias dos direitos fundamentais, consiste no exame das condições fáticas sobre as quais se estabelecerá *quando um princípio deve preferir a outro*. Encerra sempre uma decisão fundada em valores, dirigida ao exame das condições de preponderância, consumando-se com a

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



construção da norma para o caso concreto. A grande questão é a definição das condições fáticas determinantes para que este ou aquele princípio deva preponderar sobre o outro princípio. Ou seja, **definição de circunstâncias fáticas que autorizam que, por exemplo, a defesa do direito à vida (mínimo existencial) deve preponderar impondo retração de princípios orçamentários (reserva do possível) e normas administrativas, relativas à discricionariedade dos gestores na escolhas das ações executivas.**

Na área dos direitos fundamentais o artigo 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana), agrega aos mandados de otimização vinculados aos direitos prestacionais do artigo 6º (direitos fundamentais) sociais, inclusive o direito à saúde com maior detalhamento no artigo 196 a 200 da Constituição Federal. Especial carga de preponderância, servindo como **fundamento para a preponderância das normas assecuratórias dos direitos fundamentais sociais**, mesmo que com restrição a princípios instrumentais como aqueles afetos à gestão orçamentária, à especialização de funções entre os poderes constituídos, etc., sendo certo **que a decisão concretizadora deve explicitar os métodos para o estabelecimento da preponderância os quais possibilitam o conhecimento e controle da decisão.**

A concretização judicial do direito fundamental à saúde importa no reconhecimento do dever de prestação adequada do serviço público correlato, demandando do Poder Judiciário, intervenção precisa e segura na delimitação deste dever Estatal.

Nos termos do artigo 11º da Lei 7.347/85, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer” o Juiz “determinará o

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária”.

Assim, considerando o programa normativo dos dispositivos acima referidos e o campo normativo descrito, extrai-se a norma jurídica fundamentadora da pretensão ora veiculada pelo Ministério Público e Defensoria Pública, qual seja, a obrigação do Requerido de ofertar serviços complementares, através da rede privada, aos pacientes da neurologia do HGP, com risco de agravamento do quadro e óbito, constantes dessa ação.

DO DIREITO

A Constituição Federal estabelece a competência quanto aos cuidados da saúde, sendo esta comum entre os entes federativos, *verbis*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências;

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Sem ênfases no original.

A Lei nº 8.080/90, por sua vez, disciplina a organização, direção e gestão do Sistema Único de Saúde, nos seguintes moldes:

Art. 9º - A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (grifo acrescido).

Depreende-se, destarte, que o Sistema Único de Saúde ramifica-se, sem, contudo, perder sua unicidade, de modo que de qualquer de seus gestores podem/devem ser exigidas as “ações e serviços” necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde pública.

Ao dispor sobre a Política de Alta Complexidade/Custo no SUS, a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS/SUS n. 01/2002, editada pela Portaria GM/373, de 27/02/2002³, e resultante de negociação dos gestores da saúde em todos os níveis federativos, contando com as contribuições do Conselho de Secretários Estaduais de Saúde e Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, no item 23.1, fixa a responsabilidade solidária da União e dos Estados-membros, por intermédio, respectivamente, do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais de Saúde, para a garantia de acesso da população aos procedimentos de alta complexidade, verbis:

23.1. A garantia de acesso aos procedimentos de alta complexidade é de responsabilidade solidária entre o Ministério da Saúde e as Secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal.

³ Disponível em <http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/NOAS%2001%20de%202002.pdf>.

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



Com a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, a saúde passou a ser um direito fundamental da população (artigo 6º CF).

Agiu com acuro o legislador constituinte ao considerar a saúde como um direito fundamental do ser humano.

A partir de então, ao Estado Brasileiro foi imposta a garantia desse direito “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para a promoção, proteção e recuperação” da saúde (artigo 196 CF). E ainda, “dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle” dessas ações e serviços, considerados de relevância pública (artigo 197 CF).

Esse cuidado deu-se em razão de que, idealizando a construção de uma Constituição Cidadã, os constituintes almejavam garantir a toda pessoa o bem-estar que todos necessitam gozar.

E sendo a Constituição considerada, efetivamente, uma Constituição Cidadã, defendeu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios constitucionais (artigo 1º CF).

Fundamentadamente, a dignidade da pessoa humana é a prerrogativa inerente ao ser humano, que a distingue e personifica, tornando a pessoa humana destinatária de toda ação que emana da Lei e do Poder Público.



Inexiste qualquer sombra de dúvida que o direito à saúde deve ser tratado pelo Estado como prioridade ante as demais ações de responsabilidade do ente público.

Tratando-se de um direito que está estritamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez priorizado, resulta, principalmente, no direito de viver, esse, sobremaneira, considerado inviolável (artigo 5º CF).

Negar esse direito fundamental é a mais grave omissão do Poder Público frente ao dever de garanti-lo, haja vista que alçados à condição do maior bem a ser tutelado pelo Estado, ou seja, o direito à saúde e, conseqüentemente o direito de viver.

Imperioso destacar, que no tocante ao direito ora demandado, estamos a tratar **da assistência que deve ser prestada pelo Estado**, em sendo necessário, **de forma complementar (rede privada)** aos pacientes recém nascidos internados no Hospital e Maternidade Dona Regina e demais Hospitais da Rede Pública do Estado, com indicação de assistência em Leitos de Unidade de Terapia Intensiva Neonatal, com risco de agravamento do quadro clínico e risco de óbito, vez que o serviço instalado no HMDR e demais Hospitais que integram a Rede é incipiente para atender essa demanda.

A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde, em caráter complementar (art. 197, CF e art. 4º, § 2º, da Lei Federal nº 8.080/90).



Importante frisar-se a este Juízo que a presente pretensão não fere direta ou indiretamente o poder discricionário do administrador público, ou seja, não macula a permissão legal daquele em praticar o ato administrativo conforme sua conveniência e oportunidade, pretende que as prioridades a serem estabelecidas pela Gestão Pública tomem por base os princípios da República Federativa do Brasil.

Pretende, também, o respeito ao princípio constitucional da igualdade no tratamento que vem sendo ofertado aos pacientes recém nascido que necessitam de assistência em Leitos de Unidade de Terapia Intensiva Neonatal, em tempo oportuno, de maneira a evitar-se o dano.

DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - DA MEDIDA LIMINAR *INAUDITA* ALTERA PARTE

A antecipação do provimento final, ainda que parcial, exige que tenha havido demonstração de prova inequívoca que leve ao convencimento da verossimilhança da alegação e, ainda, um dos seguintes requisitos: a) demonstração da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) abuso de direito de defesa ou c) manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, do Código de Processo Civil).

Sobre a importância desse instituto, a lição de Humberto Theodoro Júnior⁴:

Na estrutura constitucional de acesso pleno à tutela jurisdicional inserem-se as medidas de urgência como remédio necessário e indispensável, sempre que, sem ela,

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



o resultado do processo reste imperfeito e ineficiente. Trata-se, na verdade, de parte da garantia constitucional do devido processo legal. É, pois, arbitrariedade tanto o deferimento de antecipação de tutela fora dos parâmetros legais, como sua não concessão quando presentes os requisitos prescritos pelo art. 273 e seus parágrafos.

Passa-se agora, ao preenchimento dos requisitos legais para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

No caso dos autos, os documentos comprovam a omissão estatal com os recém nascidos internados no Hospital e Maternidade Dona Regina, que necessitam, urgentemente, de assistência em Leitos de UTI Neonatal, pois são pacientes considerados graves, podendo a qualquer momento virem a óbito. Os documentos anexos a inicial comprovam a necessidade da tutela de urgência.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação se caracteriza pela situação relatada e comprovada, ou seja, a cada minuto agravam-se as condições dos recém nascidos, apesar do ordenamento jurídico garantir o direito desses pacientes recuperarem a saúde de maneira integral e igualitária.

No tocante à concessão de antecipação de tutela contra o Poder Público, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a sua aplicabilidade, inclusive com a utilização astreintes. Vejamos:

TUTELA ANTECIPATÓRIA - POSSIBILIDADE, EM REGRA, DE SUA OUTORGA CONTRA O PODER PÚBLICO, RESSALVADAS AS LIMITAÇÕES PREVISTAS NO ART. 1º DA LEI Nº 9.494/97 - VEROSSIMILHANÇA DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL - OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DO "PERICULUM IN MORA" - ATENDIMENTO, NA ESPÉCIE, DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS (CPC, ART. 273, INCISOS I E II) - CONSEQÜENTE

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



DEFERIMENTO, NO CASO, DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - DECISÃO REFERENDADA EM MAIOR EXTENSÃO - TUTELA ANTECIPATÓRIA INTEGRALMENTE DEFERIDA. POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE OUTORGA, CONTRA O PODER PÚBLICO, DE TUTELA ANTECIPATÓRIA. - O ordenamento positivo brasileiro não impede, em regra, a outorga de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional contra o Poder Público, uma vez atendidos os pressupostos legais fixados no art. 273, I e II do CPC, na redação dada pela Lei nº 8.952/94, ressalvadas, no entanto, as situações de pré-exclusão referidas, taxativamente, no art. 1º da Lei nº 9.494/97, cuja validade constitucional foi integralmente confirmada, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 4/DF, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO. Existência, no caso, de decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, em favor do menor impúbere, o direito em seu nome vindicado. Ocorrência, ainda, de situação configuradora de "periculum in mora" (preservação das necessidades vitais básicas do menor em referência). LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito. Doutrina. Jurisprudência. (RE 495740 TAR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-07 PP-01452 RTJ VOL-00214- PP-00526 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 186-193 RSJADV out., 2009, p. 56-59)

No caso em tela, é plenamente cabível a antecipação de tutela sem audiência prévia com o Poder Público ou se a oitiva deste porquanto não incide nenhuma vedação elencada no artigo 1º da Lei 9.494/97, tendo em vista que são pacientes que necessitam de UTI Neonatal e caso não seja ofertado, podem evoluir para quadro de morbidade ou mortalidade.



Isso para o caso do pedido liminar formulado no item 1.1 dos pedidos finais, onde resta comprovado o risco de agravamento e morte, pois trata-se de pacientes internados que não podem esperar (tutela do direito individual homogêneo destes pacientes).

Como se trata de uma tutela de urgência, imperioso o seu deferimento liminar *inaudita altera pars*, mitigando a previsão legal de oitiva do Poder Público, conforme estabelece o art. 2º da Lei 8.437/92:

"No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas".

A jurisprudência tem firmado entendimento pela relativização do referido dispositivo nos casos em que se faz presente a tutela imediata e inadiável à dignidade da pessoa humana:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 2º DA LEI 8.437/1992. CONCESSÃO DE LIMINAR SEM A OITIVA DO PODER PÚBLICO. NULIDADE INEXISTENTE. PAS DE NULLITÉS SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. 1. A jurisprudência do STJ entende que a obrigatoriedade de manifestação da autoridade pública, prevista no art. 2º da Lei 8.437/1992, antes da concessão da liminar não é absoluta, podendo ser mitigada à luz do caso concreto, notadamente quando a medida não atinge bens ou interesses da entidade em questão. 2. Inviável o reconhecimento da nulidade na hipótese, em razão da ausência de prejuízo, uma vez que houve manifestação da autoridade pública (por mais de uma vez) sobre os fatos narrados na inicial. Aplicação do princípio pas de nullités sans grief. 3. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento. 4. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea "c" do permissivo

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



constitucional.5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 290.086/ES, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 28/08/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - NECESSIDADE PRÉVIA OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA - RELATIVIZAÇÃO - PERIGO DA DEMORA - AUSÊNCIA DE NULIDADE. A aplicação do princípio da legalidade e, pois, dos limites impostos pela referida lei à concessão de medidas liminares contra o poder público, deve ser analisada de forma relativa sempre que, a par da prova inequívoca, aliada à plausibilidade do direito alegado, houver perigo de dano irreversível para o requerente caso a medida não seja deferida de imediato.

(Agravo de Instrumento Cv 1.0687.12.003628-4/001, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/11/2012, publicação da súmula em 30/11/2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO LIMINAR. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA TRATAMENTO DE DESINTOXICAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SEM A OITIVA DO ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. SATISFAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E À INTEGRIDADE FÍSICA. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA CONFIGURADOS. PRECEDENTES DO STJ E DO TJGO. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS. PREQUESTIONAMENTO. 1. A necessidade de prévia oitiva do órgão público municipal para a concessão de liminares em mandados de segurança coletivos e ações civis públicas, preconizada pelo artigo 2º da Lei 8.437/92, deve ser relativizada, admitindo exceções, como nos casos em que existente a possibilidade de graves danos a direitos de maior relevância, decorrentes da demora na prestação jurisdicional, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. 2. Não se mostra ilegal ou teratológica a decisão interlocutória proferida pelo magistrado de primeiro grau que determina ao município promover a internação de cidadão drogado, arcando com todo o tratamento necessário à recuperação do paciente. 3. Caso o recorrente, no agravo regimental, não traga argumento novo suficiente para acarretar a modificação da decisão monocrática, o desprovimento do recurso é medida que se impõe. 4. Além de ao Poder Judiciário não ter sido atribuída a função de órgão consultivo, não existe a necessidade de prequestionamento quando a matéria já foi devidamente analisada. 5. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 156249-02.2013.8.09.0000, Rel. DR(A). SANDRA REGINA



TEODORO REIS, 4A CAMARA CIVEL, julgado em 08/08/2013, DJe 1367 de 19/08/2013).

Para garantia da efetividade da prestação jurisdicional. o art. 11 da Lei nº. 7.347/85, c/c art. 84, CDC e art. 461, §4º, CPC, prevê a aplicabilidade de multa diária, que tem finalidade coercitiva ao adimplemento da obrigação. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MULTA DIÁRIA (ASTREINTE). CABIMENTO. TUTELA ADEQUADA E EFETIVA DOS INTERESSES DIFUSOS. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS. (...) A finalidade precípua da Ação Civil Pública é obter a tutela adequada e efetiva dos interesses metaindividuais, devendo ser assegurada, na medida do possível, a preservação e a reparação do bem lesado.8. Um dos instrumentos legais para induzir o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer é a fixação de astreintes na sentença (art. 461 do CPC, art. 84 do CDC e art. 11 da Lei 7.347/1985).9. O Poder Judiciário está autorizado a fixar astreintes para assegurar o cumprimento de sua própria decisão, sem prejuízo da atuação dos órgãos administrativos competentes no exercício do poder de polícia ambiental, razão pela qual não há falar em indevida ingerência judicial nas funções da Administração Pública.10. Diferem, substancial e finalisticamente, a multa coercitiva judicial (astreintes) e a multa administrativa, bem como outras medidas que possam ser utilizadas pelo Administrador no exercício de seu poder de polícia. Primeiro, porque as astreintes não apresentam natureza punitiva (= índole retrospectiva), mas tão-só persuasiva (= índole prospectiva); segundo, porque visam a garantir a autoridade e a eficácia da própria decisão judicial, em nada afetando ou empobrecendo os poderes inerentes à Administração Pública. 11. Os valores correspondentes à astreinte, por óbvio, somente poderão ser executados se a Petrobras deixar de atender às obrigações impostas na sentença.12. Recurso Especial provido.(REsp 947.555/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 27/04/2011)

Restam demonstrados todos os requisitos legais para a concessão liminar *inaudita altera pars* de antecipação de tutela, com cominação de astreintes em caso de descumprimento, uma vez que a

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



omissão estatal relatada na presente ação não pode prosperar, devendo ser o requerido compelido a ofertar, imediatamente, Leitos de Unidade de Terapia Intensiva Neonatal, para todos os neonatos tratados nesta ação, identificados nos documentos anexados.

Por outro lado, de modo a deixar evidente nossa responsabilidade com a gestão e com a efetividade de eventual deferimento da tutela difusa, para este caso, postulamos que a liminar seja apreciada após informações prestadas pela SESAU no ato da audiência de conciliação a ser designada (item . 1.2 e 1.4 dos pedidos finais).

DOS PEDIDOS

PELO EXPOSTO, restando evidente a violação aos direitos e interesses dos recém nascidos internados no Hospital e Maternidade Dona Regina, em virtude da omissão do Estado, o risco de danos irreparáveis e a relevância do fundamento da demanda, a Defensoria Pública e o Ministério Público requerem:

1. A concessão de liminar *inaudita altera pars* da antecipação de tutela, na forma da legislação vigente, para fins de determinar as seguintes obrigações de fazer:

1.1 Compelir o Estado do Tocantins, **imediatamente**, a **ESGOTAR TODOS OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS E FINANCEIROS, PARA VIABILIZAR O ACESSO EM LEITOS DE UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA NEONATAL, DOS RECÉM NASCIDOS INTERNADOS NO HOSPITAL E MATERNIDADE DONA REGINA, COM RISCO DE AGRAVAMENTO DO QUADRO CLÍNICO E ÓBITO (tutela individual**

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



homogênea): Recém nascidos das mães:

XX

1.1.1 Sendo inviável a garantia do acesso em Leitos de UTI Neonatal na Rede Hospitalar do Estado, dos recém nascidos internados no Hospital e Maternidade Dona Regina, compelir o Estado do Tocantins a garantir o acesso por meio da rede privada, em caráter complementar, conforme art. 197, CF e art. 4º, § 2º, da Lei Federal nº 8.080/90;

1.1.2 Determinar que o ESTADO DO TOCANTINS, por seus agentes, se abstenham de transferir neonatos que atualmente ocupem os leitos de UTI neonatal existentes na rede, sem a devida prescrição médica (**tutela inibitória do ilícito**);

1.2 Após a apreciação e deferimento do pedido constante do item 1.1, visando a garantir maior segurança a Vossa Excelência, quanto à formação do Juízo de valor, no que tange o pedido constante do item 1.3 (tutela difusa), a designação de audiência preliminar de conciliação, e desde já, requeremos o depoimento pessoal do Secretário de Estado da Saúde (SAMUEL BRAGA BONILHA) e do Diretor Técnico do Hospital e Maternidade Dona Regina (FÁBIO ROBERTO RUIZ DE MORAES).

1.3 Compelir o Estado do Tocantins a organizar a oferta dos serviços de Unidade de Terapia Intensiva Neonatal, de maneira a garantir o direito de acesso de todos os recém nascidos que necessitam de assistência dessa natureza, nos termos das prescrições médicas, em tempo hábil, de maneira a evitar o agravamento do quadro clínico e óbitos (tutela difusa),

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br



diretamente ou de maneira complementar (rede privada, dentro ou fora do Estado).

1.4 Compelir o Estado do Tocantins a apresentar em Juízo, na oportunidade da audiência conciliatória, as solicitações médicas ao setor de Regulação do Estado de Leitos de UTI Neonatal, constando a data do pedido e do acesso, bem como a relação nominal dos óbitos ocorridos enquanto os recém nascidos aguardavam a vaga, do último ano a fim de viabilizar o cumprimento do pedido constante do item **1.3**.

1.5 Cominar ao Estado do Tocantins multa diária equivalente a R\$ 500,00 (quinhentos reais) e ao Senhor Governador do Estado, multa diária pessoal valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), no caso de descumprimento dos prazos estabelecidos por este Juízo, revertendo os valores cobrados a esse título ao Fundo Estadual de Saúde.

2. a citação do requerido, na pessoa de seu representante legal, o Senhor Procurador-Geral do Estado, bem como a citação pessoal do Senhor Governador do Estado, para fins de responsabilização pessoal, a fim de apresentar contestação a presente ação, no prazo que lhe faculta a lei, cientificando-lhe que a ausência de defesa implicará revelia e reputar-se-ão como verdadeiros os fatos articulados nesta inicial.

3. após a produção da mais ampla prova, no mérito, seja julgada procedente a presente ação para efeito de tornar definitivos os pedidos constantes do item 1.

4. Visando a preservação do dinheiro público destinado à saúde e evitando que eventual decisão judicial seja utilizada para compra com



sobrepreço e até mesmo desnecessária, que seja determinado ao Estado do Tocantins a devida prestação de contas, juntando aos autos documentos que comprovem se o tratamento foi realizado na rede pública ou na rede privada, comprovando ainda a forma de contratação do serviço (se por licitação, dispensa, ou Regulamentação de despesa "RD") e o valor gasto para cumprimento do decisor;

Dá-se à causa o valor de R\$ 788,00 (setecentos e oitenta e oito reais), para efeitos meramente fiscais.

Nestes Termos, pedem Deferimento.

Palmas, 07 de março de 2015.

FABRÍCIO BARROS AKITAYA
Defensor Público do Plantão

MARIA ROSELI DE ALMEIDA PERY
Promotora de Justiça

ARTHUR LUIZ PÁDUA MARQUES
Defensor Público

LUCIANA OLIANE BRAGA
Defensora Pública

CERES GONZAGA DE REZENDE CAMINHA
Promotora de Justiça

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Quadra 502 Sul, Avenida Joaquim Teotônio Segurado, Plano Diretor Sul, CEP 77.021-654, Palmas – TO. Fone: (63)3218-6757 e-mail: nusa@defensoria.to.gov.br