EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA E REGISTRO PÚBLICO 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 27ª e 19ª 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 4º, 5º, 19 e 21, todos da Lei 7.347/85; arts. 3º, 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. 1º, inciso IV, c/c art. 3º e art. 5º, inciso II, todos da Lei Federal nº 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 microssistema 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

[1] Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado **Microssistema 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)

Em vistoria surpresa promovida no dia 26/02/2015 no Hospital Geral de Palmas – HGPP[2], realizada pela Defensoria Pública e o Ministério Público do Estado do Tocantins, foi identificada a demanda reprimida de 24 pacientes que aguardam atendimento da neurocirurgia (lista em anexo).

Na vistoria, constatou que alguns pacientes aguardam atendimento há mais de 3 meses, sendo que alguns casos que eram eletivos passaram a ser casos de urgência e emergência devido à demora para realização dos procedimentos.

A presente demanda diz respeito aos pacientes: ALMIR FRANCISCO DA CUNHA, ANTÔNIA GAMA DE OLIVEIRA, CLAUDIO SOUZA NUNES, DURVALICE ALVES DA CONCEIÇÃO, EDIMAR JOSÉ DA SILVA, ELMIRO PEREIRA POVOA, ERNANDE PEREIRA DA SILVA, EUNICE JORGE DE SOUZA, GEFERSON RIBEIRO, HAROLDO RODRIGUES AIRES, JOILDA DE OLIVEIRA, LEILSON MORAIS PIRES, LUIS DA SILVA FERREIRA, LUIZ VIEIRA ARAUJO, JOÃO MARCOS BORZAM, JOSÉ DA SILVA MASCARENHAS, LUCIVÂNIA PEREIRA SANTOS, LUSSIVÂNIA AMARAL OLIVEIRA, MARIA DOS SANTOS COUTO, MAILON SILVA, ROSÁRIA DIAS PEREIRA, SARA LUCIA S. SOARES, ZULENES MORAES LIMA e TANIA DE CASSIA DANIEL CUSTODIO.

Não bastasse, a demanda reprimida dos pacientes da neurocirurgia, também foi reconhecida no termo das declarações prestadas pelo Coordenador do Serviço da Neurocirurgia, Márcio Antônio de Sousa Figueiredo e pelo médico Médico Neurocirurgião, Sandro de Souza.

[2] http://globotv.globo.com/tv-anhanguera-to/bom-dia-tocantins/v/orgaos-fazem-vistoria-no-hgp-e-encontram-pacientes-em-estado-grave-a-espera-de-cirurgia/3997115/.

Consta do termo, em suma, que a demanda total de pacientes da neurocirurgia, de responsabilidade do Estado do Tocantins, encontra-se internada nos Hospitais de Araguaína, Gurupi e Palmas. Além desses pacientes, esta demanda pode ser identificada nos Ambulatórios do HGPP e do Centro de Especialidades do Município de Palmas – CECEP.

Os profissionais da neurocirurgia confirmaram que no HGPP, até o dia 02/03/2015, eram 24 pacientes internados que necessitam de procedimentos de neurocirurgia. Que nunca houve época em que o Estado do Tocantins conseguisse atender a demanda da neurocirurgia em tempo oportuno.

Esclareceram que quanto aos procedimentos de embolização, ainda não é possível realizá-los por falta de material.

No tocante aos aneurismas, tumores, e cirurgias de coluna, estas não estão sendo realizadas, por falta de Unidade de Terapia Intensiva de retaguarda, material adequado e pela falta de profissionais especializados correspondentes à demanda.

Atestaram que a ausência de procedimentos de neurocirurgia em tempo oportuno, aumenta o risco de morbidades e mortalidades, ou seja, agravamento do quadro clínico com risco de sequelas e mortes.

Pela 19ª Promotoria de Justiça da Capital, com atribuições na área da saúde, na defesa dos direitos individuais indisponíveis e individuais homogêneos, de crianças e adolescentes, idosos, deficientes e hipossuficientes, nos casos de urgência e emergência, vem aumentando o

número de pessoas que buscam a tutela de seus direitos relativos ao acesso com qualidade aos serviços de neurocirurgia, no âmbito do HGPP.

Apenas para ilustrar, trazemos os casos atendidos pela 19ª Promotoria: ZUZAMAR LOPES DA SILVA (fratura das vértebras T-7 e T8); JORDANA PEREIRA DUARTE (fratura de coluna); JHEUSAN LYONN MIRANDA SOUSA (fratura de coluna), entre outros.

A falta da organização da oferta regular do serviço de neurocirurgia, tem como consequência, além da busca pela tutela individual perante a Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia Privada, o descumprimento reiterado de ordens judiciais, em total desrespeito ao Poder Judiciário, sobrecarregando as Varas de Fazenda Pública, com ações individuais repetitivas.

Mais grave ainda, é o direito à integridade física e à vida estar sendo violado há anos pelo Estado, comprometendo a dignidade desses pacientes, sendo que muitos, evoluem ao óbito, como é o caso do paciente Antônio Amâncio da Silva, que deu entrada no HGPP em 25/06/2014, com quadro de aneurisma da orta toráxico abdominal, e por não receber atendimento, buscou a 19ª Promotoria de Justiça da Capital, a qual ingressou com ação judicial, visando a antecipação da tutela individual, cuja liminar foi concedida em 30/07/2014 e, por descumprimento da ordem, o paciente veio a falecer no dia 04/08/2014.

Outro caso idêntico foi da Senhora Cristiane Gomes Pimentel que faleceu no dia 19/10/2014, morte encefálica, por complicação no quadro clínico (aneurisma) em virtude da falta de material e profissional para a realização da cirurgia. A filha da Senhora Cristiane, Viviane Maxsuelly Gomes

Pessoa, procurou a Defensoria Pública para relatar o óbito e ajuizar demanda indenizatória em face do Estado. A Defensoria Pública orientou a Senhora Viviane procurar o Ministério Público para apuração de negligência criminosa (em anexo, termo de declaração da assistida na 1ª Promotoria de Justiça Criminal da Capital).

Desse modo, comprovado está o **risco de dano irreparável ou de difícil reparação**, desses pacientes, vez que continuam desassistidos, bem como do relevante fundamento da presente demanda.

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, abarcando 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, incumbindo-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 *ipis 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 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 Civis Públicas:

> ***Por outro lado, a ampliação da legitimação à ação 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, "l", 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, "l", 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 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 11.448/200 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:

> ***(...) <u>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</u>"*** *(*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 e da máxima amplitude[3] 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)***

3 Com inspiração no ***defining function***, ou ativismo judicial, atribui-se ao juiz possibilidades extraordinárias na condução do processo coletivo. Para a Prof.ª Ada Pelegrini "**<u>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</u>**.
Leia mais: http://jus.com.br/artigos/21790/breves-notas-sobre-os-principios-informativos-do-processo-coletivo-brasileiro/2#ixzz2iqw6McRg

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 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-sem 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 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 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 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 27/02/2002[4], 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.***

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).

[4] Disponível em http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/NOAS%2001%20de%202002.pdf.

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 ente humano, ante quaisquer entes, 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, consequentemente 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 da neurocirurgia internados no HGPP, com indicação de cirurgia, com risco de agravamento do quadro e risco de óbito, vez que o serviço instalado naquele nosocômio é incipiente para atender essa demanda. E ainda, da demanda reprimida dos pacientes da neurocirurgia, reconhecida no termo das declarações prestadas pelo Coordenador do Serviço da Neurocirurgia, Márcio Antônio de Sousa Figueiredo e pelo médico Médico Neurocirurgião, Sandro de Souza.

Vejamos os depoimentos na íntegra:

> *"Aos dois dias do mês de março do ano de dois mil e quinze, às 17h30min, no gabinete da 27ª Promotoria de Justiça da Capital, na presença da Promotora de Justiça Maria Roseli de Almeida Pery e do Defensor Público Arthur Luiz Pádua Marques, compareceram MÁRCIO ANTÔNIO DE SOUSA FIGUEIREDO, Coordenador do Serviço da Neurocirurgia e SANDRO DE SOUZA, médico neurocirurgião, do Hospital Geral Público de Palmas - HGPP. Declaram que o serviço de neurocirurgia prestado no Estado do Tocantins foi habilitado no ano de 2004, mas iniciou-se a realização das cirurgias eletivas no ano de 2008. Que a demanda total de pacientes da neurocirurgia de responsabilidade do Estado encontra-se internada nos Hospitais de Araguaína, Gurupi e Palmas. Além desses pacientes, esta demanda pode ser identificada nos Ambulatórios do HGPP e do Centro de Especialidades do Município de Palmas – CECEP. Não têm como precisar o número exato de pacientes dessa natureza, contudo, podem levantar essa demanda no prazo máximo de 15 dias. Esclarecem que será uma estimativa, vez que todos os dias os serviços de saúde recebem novos pacientes. Podem confirmar que no HGPP, até o dia de hoje, são 24 pacientes internados que necessitam de neurocirurgia eletiva, pois, os de urgência e emergência (risco imediato de morte) são realizados. Esclarecem que esses pacientes eletivos podem a qualquer momento agravar o quadro clínico e tornarem-se pacientes de urgência e emergência. Que nunca houve época em que o Estado conseguisse atender essa demanda em tempo oportuno. Quanto aos procedimentos de embolização, ainda não é possível realizá-los por falta de material. No tocante aos aneurismas, tumores, e cirurgias de coluna, estas não estão sendo realizadas, por falta de Unidade de Terapia Intensiva de retaguarda, material adequado e de profissionais especializados correspondentes à essa demanda, ou seja, com carga horária compatível ao número de pacientes. A ausência de procedimento de neurocirurgia em tempo oportuno, aumenta o risco de morbidades e mortalidades, ou seja, agravamento do quadro clínico com risco de sequelas e mortes. Comprovam o alegado por meio da escala de plantão do mês de março, que apresentam neste ato, cujos neurocirurgiões somente conseguem atender os casos de urgência e emergência e os casos de pacientes eletivos internados, não é possível atender por falta de carga horária. A carga horária*

dos plantões não atende as necessidades das cirurgias eletivas. Na realidade, existe falta médicos neurocirurgiões para fechar escala. Na totalidade, atualmente, são sete neurocirurgiões que realizam cirurgias e um que não realiza. Para sanar essa deficiência de recursos humanos é necessário contratar, no mínimo, mais quatro neurocirurgiões, somente para os pacientes eletivos do HGPP, ou estabelecer regras legais indenizatórias que permitam os neurocirurgiões trabalharem além da carga horária para qual foram contratados. O modelo que existia era ideal, pois, era o da meritocracia, ou seja, só recebia o que era produzido. Esclarece que não existe, em hipótese alguma, má vontade por parte dos neurocirurgiões. O que existe de fato, é um número insuficiente de profissionais para assistir os pacientes de forma adequada e segura, e que o dever de garantir saúde é do Estado. Acrescentam que a equipe de neurocirurgiões fechou acordo com o Estado, no sentido de priorizar as cargas horárias para a realização de cirurgias eletivas. Desse modo, os serviços ambulatoriais do Hospital restarão prejudicados. Nada mais tendo a constar, assinaram o presente termo às 18h50min."

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 da neurocirurgia, 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 Júnior[5]:

> *Na estrutura constitucional de acesso pleno à tutela jurisdicional inserem-se as medidas de urgência como remédio necessário e indispensável, sempre que, sem ela, 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 pacientes internados no HGPP, que necessitam urgentemente de cirurgia, pois são pacientes considerados "bomba-relógio" em virtude da gravidade do quadro clínico, podendo a qualquer momento virem a óbito. Tais documentos (relação da demanda reprimida do HGPP, termo de declaração do Coordenador do Serviço da Neurocirurgia, relação de demandas individuais da Defensoria Pública que aguardam o procedimento cirúrgico, relatos de casos de pacientes que vieram a óbito pela falta de

[5] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

cirurgia) preenchem o requisito da prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

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 pacientes da neurocirurgia do HGPP, 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 DEFERIMENTO, NO CASO, DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - 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.

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 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 2° 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 propria 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 omissão estatal relatada na presente ação não pode prosperar, devendo ser o requerido compelido a realizar todos os procedimentos cirúrgicos dos pacientes internados com risco de agravamento e óbito (lista anexa ao propac - atualmente 24 pacientes).

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 pacientes da neurocirurgia, internados no HGPP, em virtude da omissão do Estado, o risco de danos irreparáveis aos pacientes e familiares 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 obrigação de fazer:

1.1 Compelir o Estado do Tocantins, **imediatamente**, a **ESGOTAR TODOS OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS E FINANCEIROS, PARA VIABILIZAR A REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DA NEUROCIRURGIA AOS PACIENTES QUE SE ENCONTRAM INTERNADOS NO HGPP, COM RISCO DE AGRAVAMENTO DO QUADRO CLÍNICO E ÓBITO (tutela individual homogênea)**: ALMIR FRANCISCO DA CUNHA, ANTÔNIA GAMA DE OLIVEIRA, CLAUDIO SOUZA NUNES, DURVALICE ALVES DA CONCEIÇÃO, EDIMAR JOSÉ DA SILVA, ELMIRO PEREIRA POVOA, ERNANDE PEREIRA DA SILVA, EUNICE JORGE DE SOUZA, GEFERSON RIBEIRO, HAROLDO RODRIGUES AIRES, JOILDA DE OLIVEIRA, LEILSON MORAIS PIRES, LUIS DA SILVA FERREIRA, LUIZ VIEIRA ARAUJO, JOÃO MARCOS BORZAM, JOSÉ DA SILVA MASCARENHAS, LUCIVÂNIA PEREIRA SANTOS, LUSSIVÂNIA AMARAL OLIVEIRA, MARIA DOS SANTOS COUTO, MAILON SILVA, ROSÁRIA DIAS PEREIRA, SARA LUCIA S. SOARES, ZULENES MORAES LIMA e TANIA DE CASSIA DANIEL CUSTODIO.

1.1.1 Sendo inviável a realização de todos os procedimentos cirúrgicos pela rede pública dos pacientes elencados no item anterior, compelir o Estado do Tocantins a realizá-los na rede privada, em caráter complementar, conforme art. 197, CF e art. 4º, § 2º, da Lei Federal nº 8.080/90;

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 Chefe do Serviço de Neurocirurgia do HGPP (MÁRCIO ANTÔNIO DE SOUSA FIGUEIRED0).

1.3 Compelir o Estado do Tocantins a organizar a oferta dos serviços de neurocirurgia, de maneira a garantir o direito de acesso de todos os pacientes que necessitam de procedimentos neurológicos, nos termos das prescrições médicas, em tempo hábil, de maneira a evitar o agravamento do quadro clínico e óbitos (tutela difusa), 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, a relação nominal dos pacientes que necessitam de procedimentos neurológicos, de responsabilidade do Estado do Tocantins, devidamente regulada por meio do Sistema de Regulação Oficial do SUS, 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.

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, 04 de março de 2015.

MARIA ROSELI DE ALMEIDA PERY
Promotora de Justiça

ARTHUR LUIZ PÁDUA MARQUES
Defensor Público

CERES GONZAGA DE REZENDE CAMINHA
Promotora de Justiça