

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS**

DOUGLAS FERNANDES ALCANTARA

**FAZENDA PÚBLICA E EXECUÇÃO JUDICIAL:
impasses entre efetividade e limitações do juízo ante as demandas de
intervenções cirúrgicas de natureza urgente**

MACEIÓ – AL
2022

DOUGLAS FERNANDES ALCANTARA

**FAZENDA PÚBLICA E EXECUÇÃO JUDICIAL:
impasses entre efetividade e limitações do juízo ante as demandas de
intervenções cirúrgicas de natureza urgente**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

A347f Alcantara, Douglas Fernandes.
Fazenda pública e execução judicial : impasses entre efetividade e limitações do juízo ante as demandas de intervenções cirúrgicas de natureza urgente / Douglas Fernandes Alcantara. – 2022.
71 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 64-71.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização. 3. Procedimentos cirúrgicos urgentes. 4. Princípio da efetividade do processo. 5. Medidas executivas típicas. 6. Medidas executivas atípicas. I. Título.

CDU: 37.952

Folha de aprovação

DOUGLAS FERNANDES ALCANTARA

**FAZENDA PÚBLICA E EXECUÇÃO JUDICIAL:
impasses entre efetividade e limitações do juízo ante as demandas de
intervencções cirúrgicas de natureza urgente**

Monografia de conclusão de curso,
apresentada à Faculdade de Direito de
Alagoas (FDA/UFAL) como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (orientador)

Banca examinadora:

MANOEL
CAVALCANTE DE LIMA
NETO:38999692434

Assinado de forma digital por
MANOEL CAVALCANTE DE LIMA
NETO:38999692434
Dados: 2022.12.14 12:49:39
-03'00'

(titulação, nome completo, instituição) (examinador externo)

(titulação, nome completo, instituição) (examinador interno)

(titulação, nome completo, instituição) (examinador interno)

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é um marco do fim de uma das etapas da minha trajetória estudantil, por isso a sua relevância; simboliza o final de um percurso árduo, com desafios pessoais e acadêmicos, razões pelas quais aproveito a oportunidade para agradecer a aqueles que contribuíram direta e indiretamente nessa batalha.

A princípio, agradeço a Deus por me ajudar a chegar até esse momento e me dar um suporte emocional nos momentos mais difíceis.

Agradeço aos meus familiares, principalmente aos meus pais, Marta e Valmir, por sempre acreditarem nos meus sonhos, ainda que distantes da nossa realidade social, mas ainda assim, sempre exaustivamente se esforçaram para me proporcionar as melhores condições de estudo e estadia.

Agradeço a minha amiga/irmã Eduarda Silva por sempre ter me motivado, sonhado junto comigo e, principalmente, acreditado, desde primeira vez que eu disse que queria ingressar no curso de Direito.

Agradeço ao meu amigo, J. Noberto Castello Branco, por ter dividido cotidianamente o peso e as vitórias da luta pelo conhecimento jurídico durante esses cinco anos.

Por derradeiro, agradeço ao meu orientador, Dr. Alberto Jorge, pela disponibilidade para me orientar neste estudo, bem como pela competência, inspiração e incentivo profissional.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho monográfico é analisar as restrições e possibilidades dispostas ao Poder Judiciário frente ao fenômeno da judicialização de procedimentos cirúrgicos urgentes em face da Administração Pública, refletindo acerca das circunstâncias e parâmetros técnicos que devem ser observados em cada um destes casos. Demais, a pesquisa visa identificar os motivos que ocasionam o não cumprimento voluntário da tutela judicial respectiva a esses feitos pela Fazenda Pública, bem como as ferramentas e critérios dispostos aos Magistrados para alcançar a execução judicial efetiva, a luz do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, explanando as medidas coercitivas, indutivas, mandamentais e sub-rogatórias aplicáveis. Por derradeiro, é retratado as alternativas para conferir a satisfação efetiva das demandas em apreço em face dos entes públicos, a fim de dirimir toda problemática que envolve a judicialização dessas pretensões. Utiliza-se da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, embasada em leis, doutrinas, publicações jurídicas, artigos científicos, e precedentes judiciais.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Procedimentos cirúrgicos urgentes. Efetividade judicial. Medidas executivas típicas e atípicas.

ABSTRACT

The objective of this monographic work is to analyze the restrictions and possibilities available to the Judiciary in the face of the phenomenon of judicialization of urgent surgical procedures in the face of the Public Administration, reflecting on the circumstances and technical parameters that must be observed in each of these cases. Furthermore, the research aims to identify the reasons that cause the voluntary non-compliance with the respective judicial protection to those made by the Public Treasury, as well as the tools and criteria available to the Magistrates to achieve effective judicial execution, in the light of article 139, IV, of the Civil Procedure Code of 2015, explaining the applicable coercive, inductive, mandatory and subrogatory measures. Finally, the alternatives are portrayed to check the effective satisfaction of the demands in question in the face of public entities, in order to resolve all the problems that involve the judicialization of these claims. It uses the technique of bibliographic and documentary research, based on laws, doctrines, legal publications, scientific articles, and judicial precedents.

Keywords: Right to health. Judicialization. Urgent surgical procedures. Judicial effectiveness. Typical and atypical executive measures.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DPE/BA	Defensoria Pública do Estado da Bahia
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
NATJUS	Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
SESA	Secretaria Estadual da Saúde
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL	13
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NATUREZA DA SAÚDE	13
2.2 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	14
2.3 A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS POLÍTICAS DE SAÚDE.....	21
2.4 A ASSISTÊNCIA À SAÚDE: OS EMBATES PARA IMPLEMENTAÇÃO NAS ESFERAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS	24
3 O CENÁRIO DA TUTELA JURÍDICA DE PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS CONSIDERADOS URGENTES	29
3.1 CRITÉRIOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS PELO PODER JUDICIÁRIO NA APRECIÇÃO DE DEMANDAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	29
3.2 O PANORAMA DA TUTELA JURÍDICA DE CIRURGIAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E A (DES)NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO IMEDIATA DESSES PROCEDIMENTOS	35
3.3 O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL E A EXECUÇÃO JUDICIAL SATISFATIVA ANTE A NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO INSTANTÂNEA	39
4 EXECUÇÃO JUDICIAL DIREITA E INDIRETA: POSSIBILIDADES E LIMITES PARA EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS CONCESSIVAS DE PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS URGENTES EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	43
4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXECUÇÃO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	45
4.2 A DIFICULDADE DO ENTE PÚBLICO EM CUMPRIR VOLUNTARIAMENTE AS DECISÕES JUDICIAIS QUE RECONHECEM O DIREITO A ASSISTÊNCIA À SAÚDE E SEUS DESDOBRAMENTOS LEGAIS.....	46
4.2.1 A possibilidade de tipificação do crime de Desobediência em relação a agentes públicos pelo descumprimento de decisões judiciais	49

4.3 TUTELA JURISDICIONAL CARENTE DE SATISFAÇÃO URGENTE: LIMITAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS DISPOSTAS AO JUÍZO PARA GARANTIR A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS ORDENADOS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	51
4.3.1 A possibilidade de aplicação de ferramentas executórias atípicas	54
4.3.1.1 O uso do sequestro de verbas públicas para o custeio dos tratamentos perseguidos.....	56
4.4 CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO DA FALTA DE CONCRETIZAÇÃO DE SOLICITAÇÕES DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS	58
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

É notório que a consumação dos direitos sociais pode ser muito mais complexa do que os direitos individuais e políticos. Com efeito, como geralmente dependem de ações positivas estatais, sua implementação percorre pelos entraves entre escolhas políticas e alocação de recursos, a luz dos limites do possível¹.

É nessa perspectiva que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao direito à saúde a natureza de direito social e eleva seu caráter vital para preservação da dignidade humana, do bem-estar e da própria existência do indivíduo. Aduziu, para além, que a Administração Pública exerce papel fundamental como garante da manutenção de políticas públicas voltadas à saúde, seja de forma preventiva, para evitar a proliferação de doenças, bem como a evolução das enfermidades, ou fomentando a implementação de tratamentos voltados à recuperação dos pacientes enfermos.

No entanto, apesar dessa positivação e da tentativa de organização da Saúde Pública brasileira, com a regulação do SUS através da lei nº 8.080 de 1990², este âmbito é demarcado pela ineficiência ou ausência das políticas públicas voltadas ao seu asseguramento, em virtude da omissão do Poder Executivo em fomentar com eficácia o respectivo direito garantido constitucionalmente, seja pela ausência de tratamento necessários a manutenção a vida ou pela falta de assistência médica célere que atendam a demanda da ampla comunidade, decorrendo, assim, na perseguição da tutela judicial da saúde, transformando, em consonância, o Judiciário em uma espécie de “segunda instância da Administração Pública”, consoante denota Sheyla Suruagy³.

Nesse diapasão, Sarlet e Figueiredo, ressaltando a problemática advinda com essas demandas judiciais, denotam que

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020. p. 527.

² BRASIL. Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 11 de jul. de 2022.

³ VALE, Sheyla Suruagy Amaral Galvão. **A adequada construção dos precedentes judiciais e o problema da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde**. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 81.

[...] A judicialização crescente das mais diversas demandas, notadamente no que diz a concretização do direito (fundamental social) à saúde, vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial ao Estado-Juiz, que frequentemente é provocado a se manifestar sobre questões antes menos comuns, como a alocação de recursos públicos, o controle das ações da administração na esfera dos direitos fundamentais sociais, até mesmo a garantia da proteção de direito e deveres, que são fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares⁴.

Por esse segmento, em análise ao mérito e as circunstâncias destas demandas judiciais, é salutar destacar que o tempo é crucial para quem está enfrentando uma urgência médica, isto é, “a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata”⁵. Nestes casos, o indivíduo se vê em um cenário de fragilidade, principalmente os que vivem em situação de hipossuficiência financeira, incapazes de arcar com o custeio do serviço em unidades hospitalares privadas; necessitando, pois, da realização do tratamento imediatamente. Para isso, dentre outros motivos, quando recebe negativa do âmbito administrativo ou é submetido ao enfrentamento de filas temporais vultuosas do SUS, socorre-se ao Poder Judiciário em busca da preservação da sua saúde e da sua vida.

Contudo, é de conhecimento comum a morosidade das tramitações processuais no Brasil, o que contrapõe a necessidade destacada de atendimento célere, como nos casos de realização de intervenções cirúrgicas urgentes, bem como em atender o corolário do princípio constitucional da efetividade. A respeito desse segmento, Didier Jr. ensina que “os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos”⁶, ou seja, na temática abordada, não basta que o Juízo reconheça o direito do jurisdicionado ser submetido a intervenção tutelada, ela deve ser devidamente executada em tempo viável, conforme a necessidade da demanda.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 11 jun. 2022.

⁵ Conceito denotado na resolução CFM nº 1.451/95. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1995/1451_1995.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2022.

⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 65.

A estratégia de demandar a urgência procedimental em juízo, no entanto, consoante destaca o Conselho Nacional de Justiça⁷, pode nem sempre ser bem-sucedida, uma vez que o tempo de resposta até mesmo de uma liminar, pode chegar fora do prazo necessário.

Por esse raciocínio, na tentativa de executar a ordem judicial tempestivamente, surge a problemática dos impasses enfrentados, na prática, pelo Juízo para efetivação das respectivas ordens jurisdicionais, porquanto, muitas vezes, se depara com a postura relutante do Estado em realizar o procedimento cirúrgico voluntariamente, mesmo diante da urgência do caso concreto⁸.

Nessa linha, os Magistrados denotam prazo apto ao cumprimento da tutela judicial e no caso negativa do ente público em cumprir voluntariamente a determinação judicial, recai ao Juízo a adoção de medidas de execução, com escopo no art. 139, IV, do Código de Processo Civil (CPC)⁹, para coagir o demandado a satisfazê-la.

A determinação de medidas executivas, todavia, não possui fundo legal ilimitado. O bloqueio de contas bancárias da Fazenda Pública no valor do tratamento perseguido, a título exemplificativo, ainda que seja a medida mais eficaz, tem tecidas críticas doutrinárias ao ser tratado como uma opção típica, justamente porque afeta diretamente o erário público e se chocam com outras normativas fundamentais¹⁰, embora as instâncias judiciais superiores venham entendendo sob a possibilidade de dentro de determinados parâmetros, da sua concessão.

Diante desses contextos, a presente pesquisa propõe analisar quais são os óbices para realização dos procedimentos cirúrgicos ajuizados em tempo hábil, os motivos do recorrente não cumprimento voluntário da respectiva tutela judicial pelo

⁷ Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde**: ações para acesso à saúde pública de qualidade. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Brasília: CNJ, 2021. p. 74.

⁸ OLIVEIRA, Fábio Luiz Sant'Ana. **Direito à saúde**: instrumentos de tutela específica no direito processual brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62273/direito-a-saude-instrumentos-de-tutela-especifica-no-direito-processual-brasileiro>>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

⁹ BRASIL, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2022.

¹⁰ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e execução**. Salvador. Juspodivm. 2020. p. 131.

ente público, bem como os entraves legais encontrados pelo jurisdicionado ao buscar a execução judicial do respectivo direito declarado.

Demais, também será objeto da análise as medidas cabíveis, típicas e atípicas, adotadas pelos Magistrados para garantir efetividade na realização de procedimentos cirúrgicos guerreados contra a Fazenda Pública, entrelaçado com a apreciação de precedentes judiciais das instâncias superiores aplicáveis à problemática estudada.

Desenvolverá o presente estudo por intermédio de consultas a pesquisas secundárias, ou seja, à estudos já realizados a respeito do tema ou relacionados. Intenciona-se contribuir para um maior conhecimento e aproximação das determinações e contradições que envolvem todo o cenário do protocolamento até a execução das judicializações dos procedimentos cirúrgicos em face da Fazenda Pública, a partir de uma análise crítica da realidade, verificando a efetividade do objeto, sem a pretensão de esgotar a discussão sobre o tema.

Utiliza-se do método exploratório-qualitativo para o desenvolvimento da pesquisa, verificando no levantamento da bibliografia relacionada, com o objeto de estudo do presente trabalho em livros, artigos científicos, revistas, periódicos, bem como a legislação e jurisprudência correlatas.

2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Neste capítulo serão abordadas as circunstâncias conceituais, legais e procedimentais que permeiam o direito à assistência à saúde, ressaltando o seu caráter fundamental para a manutenção humana em face, contudo, das limitações públicas para sua implementação.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NATUREZA DA SAÚDE

Algo tão primordial para a manutenção do corpo humano, a saúde se faz como algo necessário de ser promovido e protegido no âmbito da dignidade da pessoa humana. Contudo, diversas problemáticas contornam esse segmento.

A primeira já surge da própria falta de consenso do que seria saúde. Na tentativa de definir este objeto fundamental, diversas concepções foram formadas, dentre outros campos, em elementos religiosos, científicos e jurídicos para sua formação; sendo que a maioria das definições eram voltadas às enfermidades em si.

Na perspectiva religiosa-mágica do Egito, a doença é o resultado de forças estrangeiras sobre a criatura por causa do pecado ou maldição. Na cultura xamã, os feiticeiros das tribos afastavam os espíritos malignos que possuíam humanos e causavam doenças¹¹.

No curso do século XX, com a ampliação da visibilidade dos direitos individuais e sociais, surgiu um movimento na perspectiva de um desenlace ideológico no conceito de saúde, tendo em vista que o aspecto da ausência de enfermidade passou a ser superado pelo bem-estar da pessoa humana.

Após a Segunda Guerra Mundial (1945), verificando a necessidade de instaurar organismos que estabelecessem relações pacíficas entre os países, centrados na promoção das políticas sociais, foi criada, para tanto, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), entidades as quais se preocuparam, dentre outros aspectos, em destacar o direito à saúde para a

¹¹ Comitê Técnico Asap. In: **Saúde e doença na história da evolução humana**. [S. l.], 2020. Disponível em: < <https://bit.ly/3VSqmVR>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

provimento da sociedade, implementando normativas nesse sentido, e a reconhecer a obrigação do Estado na sua promoção e proteção.

Nessa linha ideológica, a Organização Mundial de Saúde em 1948 instituiu que “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”¹². Tal conceito foi alvo de várias críticas, entre as quais porque a partir dessa concepção, é possível enxergar que nenhum ser humano será totalmente saudável ou totalmente doente. Ao longo de sua existência, viverá condições entre saúde e doença, de acordo com suas potencialidades, suas condições de vida e sua interação com elas¹³.

Mas tal conjectura configurou em provimento positivo na implementação de políticas públicas de saúde, uma vez que transcende a dicotomia entre corpo e espírito, natureza e sociedade, promoção e prevenção, entre outros aspectos. Além que denotou a saúde um status em que pode ser promovida, perseguida, cultivada e melhorada¹⁴.

Nesse sentido, Segre e Ferraz argumentam que a formação do conceito da saúde traslada de diversos fatores, porquanto reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural, não decorrendo em uma perspectiva una, uma vez que dependerá da época, lugar, classe social, valores individuais, concepções científicas, religiosas, filosóficas¹⁵, que influenciaram direta e indiretamente na sua definição.

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A princípio, Robert Alexy¹⁶ especifica que os direitos fundamentais sociais versam sobre desígnios que o indivíduo seria capaz de consumir no seu contexto particular, se dispusesse da capacidade econômica necessária, razões pelas quais

¹² MACHADO, Helen Rocha; ZANETTI, Elizabeth Macuco. O SUS e a privatização da saúde no Brasil. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 7, p. 399-409, 2022.

¹³ ABREU, Ana Rosa et. al. (Coord.). Saúde. Brasília : FNDE, s.d.

¹⁴ JUNIOR, Sá; DE MIRANDA, Luis Salvador. Desconstruindo a definição de saúde. **Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM)**, p. 15-16, 2004.

¹⁵ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de saúde pública**, v. 31, p. 538-542, 1997.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

esses direitos, no seu âmbito de direito a prestações em sentido estrito atrelado ao seus aspectos subjetivos, são mais repercutidos.

Aliás, é necessário destacar que os direitos fundamentais sociais podem ser denotados sob duas vertentes: subjetivos e objetivos. Carlos Alexandre Amorim Leite¹⁷ destaca que, pelo aspecto objetivo, cada direito social pode ser limitado por reservas legais ou por outros direitos conflitantes, conforme as especificações de cada caso; pelo âmbito subjetivo, o autor denota que um direito social pode ser invocado judicialmente, através de ação individual, contudo, isso não assegura em êxito da demanda, porquanto a capacidade financeira do ente contraposto pode impedir a efetivação dessa demanda, dentre outros fatores.

Todavia, não se pode indagar que são dois âmbitos fundamentais dissociados, conforme explica Gilmar Mendes¹⁸:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

É nesse enquadramento, portanto, que compõe os direitos fundamentais sociais, caracterizados pela positivação de direitos democráticos que desaguam na presença maciça do aspecto subjetivo, em virtude que confere aos seus titulares o direito de perseguir a devida execução de tal âmbito.

Para além, usufruindo do aspecto subjetivo, consoante expressam Silva, Macedo e Santos, os direitos sociais exigem do poder público “uma postura intervencionista e positiva, no sentido de corrigir distorções sociais, reparar dívidas

¹⁷ LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito Fundamental à Saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial**. Curitiba: Juruá, 2014.

¹⁸ MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Disponível em: <<https://bit.ly/3gyVGsHf>>. Acesso em: 21 ago 2022.

históricas, promover o pleno potencial da humanidade e atuar na defesa de direitos como a saúde, educação, lazer e meio ambiente equilibrado”¹⁹.

Contudo, Krell²⁰ alerta que os direitos sociais não são opostos ao Estado, uma vez que se trata de uma relação instrumental, entre meio e fim, onde o Estado será o detentor de implementar políticas sociais, através dos seus regimentos internos, capazes de propiciar o regozijo concreto destes direitos abrigados pela constituição, como saúde, educação, segurança, etc.

Diante desses aspectos, quanto ao direito à Saúde, nota-se, preliminarmente, que o seu reconhecimento como um direito social fundamental no Brasil ainda pode ser considerado recente, tendo em vista que antes da instauração da Constituição Federal de 1988, não havia sequer uma efetiva proteção formal à saúde no âmbito constitucional, uma vez que

“limitava-se, ou a normas esparsas, como a garantia de “socorros públicos” e a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência; ou a normas de distribuição de competências, legislativas e executivas; ou, ainda, a formas indiretas de proteção, quando a saúde integrava os direitos do trabalhador e as normas de assistência social”²¹.

Dentro desse universo, é notório que entre os direitos sociais, à saúde recebeu acolhimento peculiar do constituinte, porquanto a sua configuração em capítulo próprio demonstra o apreço e preocupação com esse bem jurídico²². Na verdade, a saúde recebeu especial atenção em virtude que está entrelaçado com outro bem jurídico de vital importância para a existência humana: o direito à vida.

Por esse ângulo, dentre os fundamentos que compõem a vida, é salutar destacar que a saúde, além de estar vinculada com a própria sobrevivência da

¹⁹ SILVA, D. L. A.; MACÊDO, D. M.; SANTOS, F. L. F.; **Direitos fundamentais sociais e a sua concretização infra-constitucional**. A superação da reserva do possível através do ativismo judicial. 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/3gvEW5s>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

²⁰ KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, nº 144, 1999. Disponível em: <<https://bit.ly/3eV8mte>>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **Revista Gestão e Controle**, 2013. Disponível em:< <https://bit.ly/3z95NuF>>. Acesso em: 15 ago 2022.

²² DE MOURA, Elisângela Santos. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/3skCwcn>>. Acesso em: 22 de out de 2022.

pessoa, também está intimamente ligada à dignidade humana, âmbito também protegido pela Carta Cidadã, de modo que apenas uma vida saudável será capaz de atender este segmento²³.

Nessa concepção, é cediço que o direito à saúde não se limita a tratamento em hospitais ou unidades de saúde, assim como não pode ser denotada como algo estático²⁴, uma vez que está abrigada numa sociedade em constantes mutações, onde as necessidades básicas sociais, que influenciam diretamente na qualidade de vida, findando no bem-estar do indivíduo, mudam conforme o cenário econômico, ambiental e educacional, por exemplo, em que a pessoa está inserida.

Outro fator intrínseco à saúde, trata-se da dignidade humana. Primeiramente, consoante ensina Alexandre de Moraes, na República Federativa do Brasil, embasada em Estado Democrático de Direito, esse princípio se apresenta como um de seus fundamentos, o qual delimita os interesses do Estado em respeito ao indivíduo de tal forma que só pode haver restrições das normas jurídicas aos direitos fundamentais, em situações excepcionais.²⁵

Sarlet²⁶ argumenta que a dignidade humana está fundada na qualidade única de cada indivíduo, o qual apresenta peculiaridades que devem ser abrigadas e referendadas pelo Estado e pela sociedade na construção de um ordenamento jurídico voltado a sua proteção contra atos desumanos e que lhe proporcione condições mínimas de existência para uma vida saudável, e ao mesmo tempo, indagar o seu papel individual e social ativo na manutenção da própria existência.

Essa conjectura demonstra a preocupação constitucional com às atividades imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, privando-os de expor as pessoas a condições desiguais e de assistência necessária à sua existência,

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista PGE, Porto Alegre**, v. 25, n. 56, p. 41-62, 2002.

²⁴ MARTA, Taís Nader; ROSTELATO, Telma Aparecida. Direito à saúde coletiva versus dever individual: qual é o limite da obrigação estatal?. **âmbito jurídico**. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-saude-coletiva-versus-dever-individual-qual-e-o-limite-da-obrigacao-estatal/#_ftn5>. Acesso em: 29 ago. 2022.

²⁵ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ressaltando, neste aspecto, atenção ao direito à saúde e a imprescindibilidade de políticas públicas que abriguem e promovam esse bem jurídico²⁷ com isonomia.

É nesse cenário que a Constituição Federal de 1988 conferiu o status de direito fundamental social à saúde no *caput* do artigo 6º²⁸. Nesse cenário, a Constituição insere e reconhece a saúde como um dos direitos de segunda geração, isto é, aqueles voltados a reduzir as desigualdades através de atuação positiva do Estado em prol das demandas sociais necessárias ao coletivo.

Outrossim, a referida Carta Magna enumera que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação²⁹, “cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197)”³⁰.

Ademais, acerca da implementação do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, Herberth Costa Figueiredo argumenta que “deve ser feita na totalidade em que o dispositivo o contempla, de maneira a concretizá-la em uma análise pragmática da realidade que cerca a postulação desse direito fundamental no Brasil diante da escassez de recursos orçamentários”³¹.

Uma das críticas, aliás, à possibilidade de intervenção judicial para a concretização desse dispositivo, está embasada no entendimento da doutrina acerca do caráter programático desta normativa. Nesse sentido, Barroso alude que “A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do

²⁷ CORRÊA, Luis Fernando Pretto; STURZA, Janaína Machado. Acesso ao direito fundamental à saúde frente a consolidação do princípio da dignidade humana: uma amostra sobre a demanda judicial no município de Ijuí/RS. **Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia**, 2017.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de setembro de 2022.

²⁹ Ibidem.

³⁰ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1581.

³¹ FIGUEIREDO, Herberth Costa. **Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 219.

artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas³².

Mendes e Branco, entendendo pela possibilidade de intervenção judicial na promoção de políticas públicas, ensinam que “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize”³³

Diante dessas posições, constata-se da leitura do referido dispositivo constitucional, que é notório a relevância da participação do Estado em todas as dimensões, citadas na parte final da norma, para uma cobertura efetiva da saúde. Mas tal fator não desampara a responsabilidade da comunidade para a concretização do instituto.

Vale retomar o fato que, anteriormente à constituição vigente, o sistema público servia apenas a um público restrito, tendo em vista que prestava atendimento somente aos trabalhadores vinculados à Previdência Social. Ao resto da população, restava perseguir a assistência no setor privado ou entidades filantrópicas³⁴.

Superando essa perspectiva, o art. 196 citado explicita a mudança no acesso da população ao sistema de saúde, o qual deixa de ser exclusivo dos abrangidos pela previdência social³⁵, graças à universalização da sua assistência a toda sociedade brasileira.

Em decorrência dessas normativas, destacando a primazia da Constituição de 1988 a saúde, foi instituído, através da lei 8.080/90 o Sistema Único de Saúde – SUS. Guiado pela a universalidade do acesso, a equidade e a integralidade de assistência, ele é considerado um dos sistemas mais modernos no mundo.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p. 22. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2022.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 661.

³⁴ Constituição Federal reconhece saúde como direito fundamental. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/textos/constituicao-federal-reconhece-saude-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 17 ago 2022.

³⁵ Direito à Saúde na Constituição Federal, SUS e gratuidade das vacinas. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/direito-a-saude-cf/>>. Acesso em: 17 ago 2022.

Todavia, a realidade da população brasileira, intrinsecamente a dos mais carentes, os quais estão em situação de vulnerabilidade e demonstram maior necessidade de prestações estatais positivas, revela que estas disposições constitucionais ainda parecem distantes de serem implementadas pelas autoridades competentes na forma positivada³⁶, sendo clamado a imprescindibilidade de fomentar o sistema político de saúde para atender as carências sociais da população.

O que desafia, para além, a gestão pública, entre outros fatores, são as novas necessidades que surgem a todo momento, seja diante, por exemplo, de uma nova patologia ou com a incorporação de novos medicamentos e tecnologia sofisticadas, sendo que o maior desafio é a disponibilização de prestação de serviços, visto que se trata de demanda que está em constante evolução, num cenário em que a tecnologia muda com frequência e o SUS, como se vê, é um órgão que está sendo construído a cada dia³⁷.

Nesse segmento, de forma equacionada, tão primordial quanto o direito à vida, o direito à saúde deve ser promovido pelo Poder Público, sendo o SUS uma importante ferramenta de provimento desse segmento, pois não basta só positivizar a saúde como um direito fundamental do indivíduo, fechado apenas a seu aspecto objetivo; o Estado deve adotar medidas públicas, em conjunto com a comunidade, para que esse direito seja amplamente concretizado.

Nessa linha, o Pretório Excelso no informativo nº 582/2010 expõe essa relação indissociável entre a saúde e a vida e denota que

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional³⁸.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 112-113.

³⁷ Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos. Disponível em: <<https://bit.ly/3gzh3dk>>. Acesso em: 17 de ago 2022.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 582 de 12 a 16 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2022.

Do exposto, percebe-se que o direito social à saúde se emaranha com o direito à vida e igualmente exige o devido asseguração estatal. Nesse sentido, aliando a relação aproximada entre estes dois âmbitos jurídicos e a escassez de recursos na área da saúde, os indivíduos mais cientes dos seus direitos e da possibilidade de exigir a sua devida prestação, buscam amparo legal para que suas necessidades de saúde sejam atendidas, demandando diversos tratamentos, como o fornecimento de fármacos e a realização de procedimentos cirúrgicos³⁹.

2.3 A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS POLÍTICAS DE SAÚDE

A ideia da reserva do possível começou a ser repercutida na Alemanha na década de 1960. Fernando Borges Mânica explica que o Tribunal Constitucional alemão apreciou ação proposta por estudantes que não conseguiram admissão em faculdades de medicina alemãs na referida década em razão da existência de limitação da quantidade de vagas. Neste caso, a Corte asseverou que a efetividade desse direito perseguido está restringida à reserva do possível, de tal forma que o sujeito não pode pugnar da sociedade aquilo que não há razoabilidade para lhe conferir⁴⁰.

Nessa linha, comentando este marco do princípio da reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que a Corte Alemã compreendeu que

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável⁴¹.

Nessa linha, com base no princípio da reserva do possível, os entes estatais só seriam obrigados a implementar políticas públicas quando houver recursos públicos para sua implementação, tendo em vista que a ausência de fundos seria

³⁹ SILVA, Leny Pereira. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Monografia (especialização em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Brasília, DF, 2011.

⁴⁰MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 2008.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Liv. Advogado, 2003. p. 265.

uma razão legítima para a omissão da Administração Pública, sendo que o Estado não poderia ser forçado a prestar ações positivas além da sua disponibilidade financeira⁴².

Em comentário ao princípio, Canotilho destaca que os direitos sociais exigem uma grande disposição financeira do Estado, sendo que o instituto da reserva do possível foi imposto para refletir a ideia de que direitos só podem figurar no mundo dos fatos, se houver disponibilidade no erário público para tanto⁴³.

Por outro lado, Souza e Oliveira alertam que a reserva do possível é um amparo instável para a eficácia dos direitos sociais, ao associar que as prestações positivas do Estado estariam restringidas aos seus recursos orçamentários possíveis e previstos⁴⁴.

Dentro dessas concepções, Fernando Facury Scaff comenta que o princípio em questão possui embasamento econômico, uma vez que surge da percepção de escassez de recursos, sejam públicos ou privados, diante de uma infinidade das carências para manutenção do ser humano, seja em perspectiva coletiva ou individual⁴⁵.

Por esses ângulos, as escolhas políticas que as autoridades fazem dentro do Estado se assemelham com as primazias que os indivíduos fazem no usufruto racional de seus bens, os quais devem considerar os limites financeiros de sua capacidade econômica⁴⁶.

Scaff denota ainda que a definição de reserva do possível está enlaçada com o instituto da progressividade na efetivação dos direitos sociais. Ilustra, nesse sentido, que estes direitos de natureza prestacional, não são fornecidos plenamente, de modo instantâneo, porquanto o ente estatal paulatinamente, no somatório de

⁴² FAZZA, Ana Luiza Lima. O Direito à Saúde e a Possibilidade do Controle Judicial Judicial Control of Health Public Policies. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** nº, v. 60, p. 17-60, 2016.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

⁴⁴ SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 2, p. 77-110, 2018.

⁴⁵ SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**. Disponível em: <<https://bit.ly/3CRSTIK>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

⁴⁶ Ibidem.

ações, se aproxima progressivamente de concretizar estes direitos de modo integral⁴⁷.

Nesse diapasão, Juliano Heiner⁴⁸ Comenta que é necessário se fazer uma leitura cautelosa dos direitos fundamentais, devendo considerar os custos das suas concretizações ao interpretar o texto da Constituição Federal, bem como observar a realidade deficitária de recursos públicos. Do contrário, acreditar que, a qualquer custo, o ente público possa amparar todas as necessidades sociais, remete a uma concepção de fé, no sentido de milagre bíblico⁴⁹.

Salienta Ana Paula de Barcellos⁵⁰ que as constituições modernas centralizam a promoção do bem-estar humano, sendo cediço, a princípio, a preservação mínima da dignidade, sendo os alvos prioritários dos gastos públicos. Neste caso, somente após o integral cumprimento das necessidades mínimas existenciais, é que se pode dialogar quais outros gastos o poder público poderá fazer com os recursos remanescentes. Sendo assim, ressalta a referida autora que, com estabelecimento de prioridades orçamentárias direcionadas a garantir o mínimo para a existência humana, é possível vislumbrar esse instituto com a reserva do possível.

Sob essa ótica, é salutar aludir, notadamente, que o Direito é limitado por natureza e, portanto, não deve pretender regular o inatingível. Nesse cenário, diante de textos legais incompatíveis com a realidade, os intérpretes tendem a negar o caráter vinculante da norma, desvirtuando, para isso, a força normativa da Constituição. Nestes casos, deve-se reportar o fato embasado na irrealidade normativa, não pela ausência de regulamentação, sendo que, é necessário se atentar ao fato que os dispositivos constitucionais consubstanciados devem ser integralmente cumpridos naquilo que for possível⁵¹.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ HEINEN, Juliano. **O custo do direito à saúde e a necessidade de de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: < <https://bit.ly/3D6uucq>>. Acesso em: 26 de agosto de 2022.

⁴⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Nesse cenário, Scaff explica as disposições de um sistema econômico, as se aplicam a manutenção das políticas de saúde:

Ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro. Assim, seguramente, mais verbas para o ensino fundamental pode implicar em menos verbas para o ensino superior; e a mesma disputa financeira pode ocorrer no custeio da saúde pública⁵².

É possível observar, das concepções expostas, que a gestão pública é dotada de escolhas, nem sempre fáceis, o que se potencializa na seara da saúde, pois lida com algo intrinsecamente fundamental para manutenção humana, seja no seu aspecto individual ou coletivo. Todavia, não se pode perder de vista a realidade brasileira, combatida com a má administração de recursos, refletindo na carência social em diversos setores, para além do âmbito em apreço, bem como às demais disposições constitucionais carentes de concretização.

2.4 A ASSISTÊNCIA À SAÚDE: OS EMBATES PARA IMPLEMENTAÇÃO NAS ESFERAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

A Administração Pública tem a obrigação, conforme denota a Constituição de 1988, de implementar o direito fundamental à saúde, devendo ser feito de maneira universal, através de políticas públicas. Todavia, devido à escassez de recursos, que limitam as suas ações em busca desse segmento, surge a possibilidade de intervenção judicial como uma ferramenta de implementação dessas políticas estatais.

Nesse cenário, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal preleciona que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo que a carência ou a má prestação de ações estatais direcionadas a promover os direitos sociais, como à saúde, indaga a possibilidade de intervenção judicial.

Nessa linha, é cediço que a efetivação do direito à saúde pode se concretizar, em tese, quando um indivíduo possui uma ordem judicial concedendo o tratamento pretendido. Por outro lado, é fato que essa determinação poderá ser efetivada com o

⁵² SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). A eficácia dos direitos sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 29.

abatimento de uma política pública destinada a concretizar a universalidade e a igualdade do acesso à saúde a coletividade, na forma da constituição⁵³.

Observando essas vertentes, Dallari ⁵⁴ aduz que a saúde no âmbito direito individual, explana a liberdade em seu sentido mais amplo, uma vez que os indivíduos devem ser livres para arbitrar o meio ambiente em que quer estar inserido e em momentos enfermos, recorrer o tratamento médico que desejar. Ainda sob a ótica individual, o direito à saúde também implica na liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento necessário. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada.

Contudo, referida autora denota que a concretização dessa liberdade no direito à saúde, no seu aspecto subjetivo, é refém do grau de desenvolvimento estatal, em âmbito social, econômica e cultural, porquanto, apenas nesse cenário, o indivíduo é livre para perseguir o integral bem-estar, em seus todas conjecturas e, caso doente, para procurar alguma forma estabelecida para tratamento⁵⁵.

Acerca deste aspecto, Sarlet assinala que o direito à saúde é, primariamente, um direito de cada pessoa, um direito vinculado à proteção da vida, da integridade e da dignidade de cada ser humano, individualmente avaliado. Para ele, “isso significa que, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde, inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá abandonar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e impostergável”⁵⁶.

Por conseguinte, abordando o âmbito social, Dallari expõe que o direito à saúde ressalta a igualdade, mas alerta que somente o Estado que tenha reconhecido seu direito ao desenvolvimento pode garantir medidas iguais de proteção e cuidado para restabelecer a saúde de toda sua população. Os limites

⁵³ BORGES, Danielle da Costa Leite; SCHUMACHER, Mercedes. O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde. **Cad. Ibero Am. Direito Sanit.** [Internet]. 20 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/66>. Acessado em: 31 de ago. de 2022.

⁵⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de saúde pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988.

⁵⁵ *ibidem*.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1935.

impostos ao comportamento humano são estabelecidos justamente para que todos possam usufruir dos benefícios da vida em sociedade. Nesse sentido, para manter todos saudáveis, ninguém pode impedir que outros busquem ou ataquem seu bem-estar, é com base nesses fundamentos que são estabelecidas as vacinações, por exemplo. Nessa perspectiva, é fundamental garantir que os cuidados de saúde sejam ofertados na mesma medida a todas as pessoas necessitadas⁵⁷.

Contudo, Borges e Schumacher denotam que sendo a saúde assegurada pelo ente estatal, nota-se que há uma supremacia dos interesses coletivos em face de direitos e interesses individuais. O intérprete, no estrito cumprimento do dever legal, deve perseguir a finalidade imposta pela normativa, sendo que “o desafio de quem aplica a lei é o de identificar e realizar o interesse público, seja ele equiparado a um legítimo direito individual, seja ele equiparado a um direito coletivo”⁵⁸.

Para além disso, seria errôneo entender o direito à saúde somente sob o aspecto coletivo, uma vez que do ponto de vista de cada um dos indivíduos, a saúde é um âmbito que denota cada um no seu aspecto e particularidades individuais, não sendo viável, dessa maneira, observar esse objeto apenas na sua importância no âmbito coletivo⁵⁹.

Pensar diferente é imaginar que o ser humano, em relação ao direito à saúde, é somente uma parte de um todo, e que basta uma política geral para que o direito seja preservado, como se os problemas de saúde não se manifestassem de maneira individualizada em cada pessoa; como se as particularidades dos indivíduos não os levassem a ter ou não determinados agravos à sua perfeita condição física e mental; como se as necessidades de todos fossem sempre as mesmas. É óbvio que não é assim⁶⁰.

⁵⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de saúde pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988.

⁵⁸ BORGES, Danielle da Costa Leite et al. O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 2, n. 2, p. 36-50, 2013. p.46.

⁵⁹ DE BRITO FILHO, José Claudio Monteiro; FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito Fundamental à Saúde e Tutela Individual**: Lendo esse Direito Constitucional à Luz do Liberalismo Igualitário. *Conpedi Law Review*, v. 1, n. 2, p. 274-290, 2016. p. 277.

⁶⁰ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A justiça como equidade de John Rawls, como uma teoria suficiente para justificar a concessão adequada dos direitos fundamentais sociais. *In*: DIAS, Jean Carlos e Gomes, Marculs Alan de Melo (org.). *Direito e desenvolvimento*. Rio de Janeiro/São Paulo:Forense/Método, p.41-42.

Por esse motivo, não obstante deva o Estado planejar e executar serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde das pessoas, concretamente cada pessoa estabelecerá com esse bem da vida, uma relação de caráter individual⁶¹.

Contudo, alerta Barcellos que “a limitação de recursos é um fato que não pode ser ignorado. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado”⁶².

Nesse sentido, Eduardo José da Fonseca Costa destaca que os entes estatais nem sempre deixam de implementar as políticas públicas por negligência, tendo em vista que em alguns casos, as restrições orçamentárias os conduzem a priorizar as mais urgentes em detrimento das menos urgentes. O que reforça, em decorrência das condenações judiciais, a desordem no plano financeiro e a redefinição das prestações prioritárias⁶³.

Demais, o reconhecimento da intervenção judicial no campo administrativo pode causar grande prejuízo a toda a coletividade, visto que há uma grande demanda de ações judiciais voltadas a perseguir algum direito fundamental em caráter individual, o que gera grande número de condenações e junto boa parte do orçamento, o qual será destinado à liquidação destas decisões judiciais. Em decorrência, impossibilita de o ente público condenado destinar esses mesmos recursos, ao contrário do que remete o princípio constitucional da universalidade do direito à saúde, a políticas públicas de saúde voltadas a toda comunidade⁶⁴.

Nesse sentido, o operador jurídico situado a resolver conflitos bilaterais, de interesses individuais, precisa ainda se atentar a demandas de interesse coletivo quando se tem no polo um ente público, uma vez que ao dispor de resolução de lide

⁶¹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. **Temas atuais de direito**, p. 66, 2013.

⁶² BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

⁶³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: **Revista de processo**. 2012.

⁶⁴ FAZZA, Ana Luiza Lima. O Direito à Saúde e a Possibilidade do Controle Judicial Judicial Control of Health Public Policies. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº**, v. 60, p. 17-60, 2016.

individual, estará afetando direta ou indiretamente no cenário administrativo da Fazenda Pública, isto é, atingirá toda a sociedade⁶⁵.

É preciso pensar que, portanto, o direito à saúde deve ser estimulado, mas levando em conta a necessidade de cautela na transposição recursos coletivos e escassos, para não somar mais deficiências ao sistema de saúde⁶⁶.

⁶⁵ FARIA, J. E. **O Judiciário e os direitos sociais**: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (org). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 94-112.

⁶⁶ SANTOS, E. C. B. **Judicialização do direito à saúde**: acesso ao tratamento de usuários com diabetes mellitus na cidade de Ribeirão Preto e região, de 2003 a 2013. 2014. 107 f. Tese (Doutorado) – Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

3 O CENÁRIO DA TUTELA JURÍDICA DE PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS CONSIDERADOS URGENTES

Primeiramente, é válido salientar que este estudo não possui o enfoque em analisar demandas contra entidades privadas, apenas contra a Fazenda Pública. Por conseguinte, nesse capítulo será discutido o cenário das demandas judiciais de saúde, em atenção aos casos de procedimentos cirúrgicos que exigem a prestação imediata, os critérios e ferramentas técnicas dispostas aos magistrados para apreciar estes feitos, assim como os impasses e exigências legais e administrativas para a transposição das decisões judiciais para o mundo dos fatos.

3.1 CRITÉRIOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS PELO PODER JUDICIÁRIO NA APRECIÇÃO DE DEMANDAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

O fenômeno da judicialização da saúde, consoante Luís Roberto Barroso ensina, decorre do caráter amplo e analítico da Constituição vigente e trata de problemáticas políticas, sociais ou morais de alta relevância, que seriam tratadas originalmente pelos poderes Legislativo e o Executivo, mas são exauridas pelo Poder Judiciário⁶⁷.

Nesse segmento, em um Estado Democrático, o judiciário assume o papel de interpretar a Constituição e a legislação infraconstitucional visando a preservação dos direitos e a manutenção da ordem jurídica. Nessa linha, diante de conceitos jurídicos indeterminados, é de competência dos agentes jurídicos interpretar a norma e atribuir um sentido a ela ou, em outros casos, efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais, conforme o caso concreto⁶⁸.

Com as devidas ressalvas, Barroso explica, de forma ampla, como se desenvolve o exercício judicial na apreciação dessas demandas:

A atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2018.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p. 21. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2022.

não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção⁶⁹.

Além desses aspectos técnicos-jurídicos, é salutar observar que as políticas públicas são lastreadas de complexidade, uma vez que elas carecem, a princípio, de eficiência nas medidas adotadas para sua implementação; bem como requerem conhecimento técnico aprofundado, a instalação de objetivos a serem alcançados e um sistema periódico de acompanhamento avaliativo em prol das suas manutenções.

Por conseguinte, quando essa problemática é direcionada ao judiciário, Marco Sabino alerta sobre que há uma precariedade de informações no que tange ao desenvolvimento escorregado de políticas públicas, indagadas nas petições iniciais direcionadas ao Judiciário, e aduz que

Muitas vezes sequer tais requerimentos levam em conta sua dimensão – seja por desconhecimento, seja por estratégia. E o juiz tem o dever legal de a eles se ater, uma completa incompatibilidade com a veste de gestor subsidiário de políticas públicas que, abjetamente, o magistrado termina por assumir⁷⁰.

Com efeito, se o magistrado responde a um pedido de forma inapropriada, incompleta ou de maneira mal fundamentada, a política pública ordenada também seguirá dessas mesmas características, não atingindo, conseqüentemente, o fim desejado. Não obstante, é válido ressaltar que o campo de ação do Juiz, no segmento processual, é limitado, uma vez que não poderá ir além daquilo requerido pela parte autora⁷¹.

Devido a essa complexidade, a ciência jurídica não se mostra autossuficiente para atender as questões relacionadas ao direito da saúde, uma vez que esse âmbito envolve fatos que ultrapassam os limites da relação jurídica processual. Por causa dessa deficiência cognitiva, essas demandas exigem um conhecimento

⁶⁹ *ibidem*, p. 22.

⁷⁰ SABINO, Marco Antonio da Costa. **Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2014.tde-11022015-134309. Acesso em: 16 de setembro de 2022. p. 137.

⁷¹ *Ibidem*, p. 137.

interdisciplinar dos magistrados⁷², além da necessidade de suporte técnico especializado nesse segmento.

Dentro dessas perspectivas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), observando a crescente problemática que envolve os litígios de saúde em todas essas dimensões abordadas, a fim de fornecer suporte a estas questões, em 2009 instaurou o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde, o qual é responsável por monitorar e propor resoluções as ações de saúde e possuía “a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos”⁷³.

O Supremo Tribunal Federal, com a mesma preocupação e no mesmo período temporal, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175, reforçou a má execução das políticas públicas pelo Gestão Pública e aferiu alguns critérios a serem observados pelos operadores jurídicos nos casos concretos que envolvem direito à saúde. Bucci e Duarte explicam alguns desses parâmetros:

a) o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. b) Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. c) é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. d) O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. e) Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. f) A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e

⁷² BELINETTI, Luiz Fernando; DE SOUZA, Artur César. Poder de vida ou morte na judicialização da saúde (macrofilosofia e a formação humanística interdisciplinar do magistrado). **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 7. n. 1. p. 101 – 119. Jan/Jul. 2021.

⁷³ Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e sociedade**: ações para acesso à saúde pública de qualidade. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília, DF. CNJ. p. 11. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoos/forum-dasaude-3/judicializacao-e-sociedade-acoos-para-acesso-a-saude-publica-de-qualidade/>. Acessado em: 07 de setembro de 2022.

recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da 'Medicina com base em evidências'⁷⁴.

Nesse sentido, as referidas autoras concluíram que, em geral, o Magistrado deverá priorizar o tratamento médico devidamente fornecido pelo SUS em contraposição a alternativa diversa pretendida pelo jurisdicionado, quando não for atestada a ineficácia ou a inadequação da política de saúde fornecida pela rede pública, mas salientam que isso não exclui a possibilidade de o Poder Judiciário ou até mesmo da Administração Pública, “decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso”⁷⁵.

Com efeito, nessa linha de persecução de parâmetros para as decisões judiciais de saúde, é relevante destacar que as iniciativas instauradas pelo Fórum da Saúde, foi com o intuito de buscar o fornecimento de assistência técnica e científica aos operadores jurídicos na apreciação dos litígios de saúde.

Nesse diapasão, do referido Fórum, decorreram a criação dos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS), os quais possuem exatamente este fim, isto é, “colaborar com os magistrados com informações técnicas sobre as questões que envolvem a saúde”⁷⁶, assim como com membros do Ministério Público e da Defensoria Pública Estadual e Federal, nas diligências preliminares e nas fases processuais, comunicando, dentre outros fatores, sobre a existência de política pública; e, caso positivo, se os documentos anexos ao processo, como receitas e laudos médicos, cumprem os requisitos exigidos; assim como deverá informar acerca da existência de evidências científicas, pois o SUS é guiado por esse

⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde**: a visão do poder executivo. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 69.

⁷⁵ Ibidem. p. 69.

⁷⁶ Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e sociedade**: ações para acesso à saúde pública de qualidade. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília, DF. CNJ. p. 11. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-dasaude-3/judicializacao-e-sociedade-aco-es-para-acesso-a-saude-publica-de-qualidade/>. Acessado em: 07 de setembro de 2022.

fundamento⁷⁷, “sendo este o ponto de equilíbrio entre a efetividade do direito à saúde e a chamada cláusula da reserva do possível”⁷⁸.

Ressalta-se que as notas técnicas fornecidas pelo Natjus não são perícias jurídicas e não possuem força vinculante decisiva ou normativa na demanda em análise. Pela sua natureza meramente consultiva, destinam-se exclusivamente a assistir os juízes que, no âmbito da garantia da independência, se exprimem pelo princípio do julgamento livremente fundamentado, no cumprimento dos seus deveres profissionais⁷⁹.

Por conseguinte, diante da análise de pedidos de tutela de urgência, o Conselho Nacional de Justiça recomenda uma consulta prévia ao Natjus, nos termos do Enunciado nº 18 da III Jornada de Direito de Saúde: “Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - Natjus e/ou consulta do banco de dados pertinente”⁸⁰.

Para além disso, os Juízes devem verificar, podendo utilizar o auxílio do Natjus, se o tratamento pretendido é carente de urgência na efetivação, principalmente nesses momentos de cognição sumária, ao analisar os pedidos de tutela de urgência, uma vez que a demora no fornecimento pode comprometer o objeto perseguido na ação.

Nesse cenário, nota-se que é imprescindível verificar o quadro clínico que se encontra o jurisdicionado, uma vez que, devidamente comprovado o seu direito, poderá guiar o magistrado na tomada de decisão de forma justa e necessária ao atendimento da demanda.

⁷⁷ HENRIQUE, Milene de Carvalho; MENDONÇA, Mara Regina Leite; BRAGA, Elizangela Andrade. Natjus e Desjudicialização da saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira Santos; LOPES, Luciana Tolêdo. **Coletânea direito à saúde**: boas práticas e diálogos institucionais. Brasília (DF): CONASS, 2018. p. 284.

⁷⁸ Justiça Federal de Minas Gerais. Ação Ordinária n. 7963183.2014.4.01.3800. Juiz de Direito Marcelo Dolzany da Costa. 16º Vara da Federal. DJ: 17.04.2015.

⁷⁹ HENRIQUE, Milene de Carvalho; MENDONÇA, Mara Regina Leite; BRAGA, Elizangela Andrade. Natjus e Desjudicialização da saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira Santos; LOPES, Luciana Tolêdo. **Coletânea direito à saúde**: boas práticas e diálogos institucionais. Brasília (DF): CONASS, 2018. p. 284.

⁸⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do conselho nacional de justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>>. Acesso em: 06 de outubro de 2022.

Sobre esses parâmetros, em atenção também a organização das políticas públicas fornecidas na forma comum, pela via administrativa, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), expeliu súmula ressaltando a necessidade, quando aplicável ao caso, de observância às filas de espera, muito comum nas ações de procedimentos cirúrgicos, exceto quando se demonstrar que há urgência da prestação. *In verbis*:

Súmula nº 100 - Nas ações em que se busca o deferimento judicial de prestações de saúde sujeitas à ordem de espera, somente se deferirá o pedido caso haja demonstração de que a urgência do caso impõe a respectiva realização antes do prazo apontado pelo Poder Público, administrativamente ou nos autos, para entrega administrativa da prestação⁸¹.

Ademais, outro critério observado pelos magistrados nas demandas de saúde, é se o tratamento médico pretendido possui natureza experimental, isto é, ainda em fase de testagem, sem segurança médica da sua eficácia no tratamento da patologia que acomete o paciente.

Walber de Moura, nessa perspectiva, denota que deve-se evitar a tutela jurisdicional de tratamento ainda em fase de teste, em observância a preservação do erário público, uma vez que os recursos públicos são escassos, o qual devem ser voltados a desenvolver políticas públicas da forma mais eficiente possível, evitando gastos em excesso ou, como no caso, dúvida acerca da eficácia de determinado tratamento perseguido judicialmente⁸².

Do exposto, nota-se que as ações judiciais que perseguem a realização de algum tratamento médico, demanda uma análise minuciosa dos magistrados em cada caso, uma vez que o acolhimento ou não dos pedidos do jurisdicionado, deve ser devidamente fundamentado nas deliberações judiciais que, por sua vez, devem ser embasadas em constatações evidenciadas pelos auxílios técnicos medicinais, além das provas acostadas aos autos processuais; sendo, portanto, imprescindível observar a razoabilidade da demanda em consonância com as limitações financeiras e administrativas dos entes públicos.

⁸¹ TRF4 edita novas súmulas sobre improbidade administrativa, direito à saúde e questões salariais. Disponível em: <<https://bit.ly/3f51F0q>>. Acesso em: 8 out. 2022.

⁸² AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 843.

3.2 O PANORAMA DA TUTELA JURÍDICA DE CIRURGIAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E A (DES)NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO IMEDIATA DESSES PROCEDIMENTOS

Observa-se que os estudos jurídicos do âmbito do direito à saúde, em sua maioria, se atêm a discutir a problemática da judicialização de medicamentos. Contudo, com a mesma importância, é necessário também analisar as demandas procedimentais, como as intervenções cirúrgicas, que até possuem algumas características similares à judicialização de medicamentos, como, por exemplo, a concentração de processos nas capitais e em grandes municípios⁸³ e a necessidade de assistência técnica ao magistrado para compreender a demanda e decidir de forma justa.

Se assemelha ainda na forma procedimental, quando requer que as iniciais das demandas de acesso à saúde sejam instruídas com relatório médico circunstanciado para subsidiar a análise técnica nas decisões judiciais, conforme abordado no enunciado nº 19 da III Jornada de Direito da Saúde⁸⁴. Por outro lado, difere, dentre outros aspectos, por se tratar de algo que não pode ser comprado, apenas custeado, tendo em vista que o jurisdicionado pretende a execução de um serviço, para além da ação tecnológica, já que carece de atividade humana.

Com base nessas indagações, é racionalmente visível que não cabe ao Magistrado aferir tratamento cirúrgico diferente daquilo prescrito pelos Médicos, uma vez que não possui o conhecimento técnico suficiente para tanto, e nem poderia, visto que a Lei nº 12.842/2013 fixa a competência exclusiva do Médico para prescrever o devido tratamento de saúde necessário ao seu paciente:

Art. 2 O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

⁸³ GOMES, Fernanda de Freitas Castro et al. Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 30, p. 31-43, 2014.

⁸⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados da i, ii e iii jornadas de direito da saúde do conselho nacional de justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>>. Acesso em: 06 de outubro de 2022.

Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para:

[...]

II – a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;

[...]

Art. 4º São atividades privativas do médico:

[...] II – indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios⁸⁵

Por conseguinte, com a garantia constitucional do direito à saúde, e a imprescindibilidade deste âmbito na manutenção da vida humana, tem-se pregado na jurisprudência brasileira a conjectura de “direito a tudo”⁸⁶, sendo que, no âmbito em estudo, trata-se de algo perigoso, uma vez que ao conceder qualquer tipo de tratamento apenas com base em receituário médico, por exemplo, põe em risco a devida observância às necessidades clínicas de cada paciente, assim como ataca a gestão pública a ter que custear qualquer tipo de tratamento na forma prescrita.

Sobre este fenômeno, comentando sob o ponto de vista da problemática da judicialização de medicamentos, alerta Octávio Luiz Motta Ferraz que

A jurisprudência do ‘direito a tudo’ tem impacto negativo importante na sustentabilidade do sistema público de saúde. Isso porque em nenhum país do mundo há recursos suficientes para se oferecer a toda a população todos os tratamentos que conseguem passar pelo crivo regulatório [...]. Existem atualmente milhares de medicamentos aprovados na Anvisa e em agências regulatórias pelo mundo afora, vários de empresas diferentes mas para a mesma patologia, com frequência com enorme variação de preço. Todo sistema de saúde precisa fazer escolhas sobre quais medicamentos e tratamento vai ou não ofertar dentro das inúmeras possibilidades com seu orçamento necessariamente limitado. Esse processo, chamado de incorporação, envolve análise da chamada custo-efetividade e do impacto orçamentário dos tratamentos disponíveis⁸⁷.

Nessa linha, comenta Barroso que o sistema intervencional do Judiciário começa a apresentar graves indícios que pode “morrer da cura”, uma vez que muitas das vezes são expelidas decisões extravagantes ou com contexto emocional, que

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. **Diário Oficial da União**, n. 132, 2013.

⁸⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, 2019. p. 13. doi: <<http://dx.doi.org/10.1590/23176172201934>>. Acesso em: 07 de setembro de 2022.

⁸⁷ Ibidem.

condenam a Fazenda Pública ao custeio de tratamentos desprovidos de razoabilidade, de caráter inacessível ou irrelevantes⁸⁸.

Em meio a essas circunstâncias, é válido destacar que a grande perseguição judicial de intervenções cirúrgicas decorre da burocracia e a baixa disponibilidade de Hospitais de Referências para a realização destes procedimentos, os quais não suportam a elevada demanda de tratamentos cirúrgicos através da rede pública de saúde, e conseqüentemente, a vultosa parcela da população brasileira que não possui condições financeiras para perseguição desses serviços na rede privada, recorre ao Poder Judiciário para que suas pretensões sejam atendidas com celeridade e gratuidade⁸⁹.

Nesse cenário, na busca por filtros ou critérios para embasar as deliberações judiciais acerca da temática, um dos fatores que muitas vezes é observado pelos magistrados, é a questão da urgência da disponibilização do tratamento pretendido pelo jurisdicionado, para o contingenciamento do quadro clínico reportado.

Por esse segmento, preliminarmente, é salutar destacar que o decurso do tempo é crucial para quem está enfrentando uma urgência médica, isto é, segundo definição do Conselho Federal de Medicina na resolução nº 1.451/95, “a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata”⁹⁰. Por outra face, apenas a título comparativo, temos o cenário das cirurgias eletivas, âmbito que se refere a procedimentos que podem ser adiados por um determinado período de tempo sem colocar em risco a vida do paciente⁹¹.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. 2009. Acesso em: 15 de set de 2022.

⁸⁹ ALMEIDA, Rodolfo Renan de Queiroz. A contratação de procedimentos cirúrgicos por dispensa de licitação para atendimento a sentenças judiciais. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 05, Ed. 08, Vol. 10, pp. 96-106. Agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/procedimentos-cirurgicos>>. Acesso em: 09 de setembro de 2022.

⁹⁰ Conceito denotado na resolução CFM nº 1.451/95. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1995/1451_1995.pdf. Acesso em: 06 de setembro de 2022.

⁹¹ Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e sociedade**: ações para acesso à saúde pública de qualidade. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília, DF. CNJ. p. 68. Disponível em: <<https://bit.ly/3gyv6Qe>>. Acesso em: 08 de setembro de 2022.

Por conseguinte, no plano dos procedimentos cirúrgicos, os casos de urgência se apresentam com condições de clínicas que requerem brevidade de atendimento, uma vez que podem até levar à morte se não forem realizados em tempo hábil⁹².

Nessa linha, Walber de Moura ressalta que quando se tem em questão um caso de urgência, que necessita da realização de tratamento médico com celeridade, devido ao risco iminente ao paciente, entrando em cena também o direito à vida, base dos demais direitos fundamentais, “não se pode permitir que sejam esvaídos mandamentos constitucionais considerados inexcedíveis em decorrência do princípio da reserva do possível”⁹³, em virtude do caráter essencial da realização da intervenção positiva do Estado para assegurar a integridade do paciente enfermo⁹⁴.

Com efeito, Arenhart ilustra a complexidade e relevância de atenção a demandas judiciais de tratamento cirúrgicos uma vez que, sendo procedente, poderá derivar várias problemáticas na gestão administrativa, a depender de cada caso:

Pense-se em uma demanda em que certa pessoa pretende uma cirurgia de emergência junto ao sistema público de saúde. Ao contrário do que se pode imaginar, este (aparentemente) inocente litígio não é apenas entre o seu direito à saúde (ou à vida) e o interesse à tutela do patrimônio público do Estado. Ele embute em seu seio graves questões de políticas públicas, de alocação de recursos públicos e, ultima ratio, de determinação do próprio interesse público. Com efeito, o juiz, ao decidir essa demanda, poderá estar, por exemplo, desalojando da prioridade de cirurgias do Poder Público outro paciente quiçá em estado ainda mais grave do que o autor. Poderá também estar retirando recursos – dinheiro, pessoal, tempo, etc. – de outra finalidade pública essencial. E, sem dúvida, estará sempre interferindo na gestão da política de saúde local, talvez sem sequer saber a dimensão de sua decisão⁹⁵.

Apesar desse cenário, demonstrando a necessidade de se atentar a todos os fatores que permeiam essas pretensões, os magistrados, geralmente, tem concedido as cirurgias demandadas baseados tão somente no receio de que, caso não seja realizada, possa ocorrer danos à saúde ou a morte do jurisdicionado, devido aos indícios constatados de riscos à integridade do paciente; guiados, em

⁹² Ibidem. p. 68.

⁹³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 842.

⁹⁴ Ibidem. p. 842.

⁹⁵ Arenhart SC. **Processos estruturais no direito brasileiro**: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. RPC. 2015; 1(2):211-229.

consonância, pela principiologia da precaução, amparando o indivíduo de suposta violação de seu direito à assistência à saúde⁹⁶.

3.3 O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL E A EXECUÇÃO JUDICIAL SATISFATIVA ANTE A NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO INSTANTÂNEA

As demandas de saúde são lastreadas de complexidades, uma vez que obviamente demandam do Poder Judiciário a capacidade de resolver questões sem o devido conhecimento técnico ou sem as ferramentas executórias necessárias para cumprir suas próprias decisões, por exemplo. Nessa perspectiva, é conhecido que cabe a esse poderio formar juízo de valor acerca dos direitos perseguidos, e possivelmente, reconhecê-los. Contudo, só essa percepção não seria legalmente suficiente, principalmente se tratando do sensível âmbito da saúde, onde para a consumação do devido processo legal e proteção à integridade humana questionada, é necessário a exteriorização em tempo hábil da decisão judicial para o mundo dos fatos.

É nesse segmento que nos deparamos com a exigência legal do cumprimento devido da tutela judicial. Para tanto, o artigo 4º do CPC enumera que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”⁹⁷.

Por esse ângulo, Humberto Theodoro sintetiza que o intérprete das regras processuais não pode ser esquecer de se voltar a atenção ao papel da jurisdição no âmbito da concretização do direito material, tendo em vista que este é o objeto final que perseguem os litígios e restaura a paz social, em busca da manutenção da ordem jurídica⁹⁸.

É nesse cenário que se discute a efetividade processual, um dos corolários devido processo legal. Trata-se de um princípio no qual exige que não basta o reconhecimento dos direitos, conforme denota Fredie Didier, eles devem ser

⁹⁶ SOARES, J. L. et al. Demanda por cirurgias mediadas pelo poder judiciário: considerações sobre o direito à saúde. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 35, n. 4, p. 898-910. 2011. p. 906.

⁹⁷ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Brasília, DF: Senado, 2015.

⁹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual Civil**. vol. I: teoria geral do direito processual civil. Rio de Janeiro. Forense. 2019.

efetivados, sob a máxima que “processo devido é processo efetivo”⁹⁹. No mesmo sentido, Chiovenda argumenta que “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”¹⁰⁰.

Para além, buscando formas de garantir a tutela judicial, José Roberto dos Santos Bedaque argumenta que é ilusório pensar que somente conferir a celeridade é suficiente para atingir o destino efetivo da decisão judicial. Não obstante, salienta que também não há como negar que há necessidade de diminuir a morosidade, mas isso não pode ser feito sem o mínimo de segurança, característica que também é necessária para o devido processo legal¹⁰¹. Por essa linha de raciocínio, acautela Zanferdini que “prazo razoável não significa necessariamente processo célere; refere-se, sim, à proteção jurisdicional temporalmente adequada”¹⁰².

Na tentativa de vislumbrar essas percepções na realidade e na problemática envolvente, podemos exemplificar um caso em que se persegue um tratamento cirúrgico devidamente comprovado a necessidade de urgência na sua efetivação, sendo, portanto, a celeridade da tramitação do processo requisito que deverá ser observado, porquanto é essencial para assegurar o devido fim pretendido. Contudo, é de conhecimento comum que o Poder Judiciário, combalido com a baixa infraestrutura e a pouca quantidade de servidores, sofre com uma grande demanda de execuções judiciais, para além das requisições que tramitam apenas na esfera administrativa, em que não se pode assegurar a devida celeridade necessária a todas as demandas.

É nesse embate em que, na hipótese destacada, poderá ocorrer a inobservância da efetividade do processo em meio as deficiências que ultrapassam até mesmo a competência do Poder Judiciário, uma vez que em matéria executiva, onde o executado é um ente público, as deliberações judiciais dialogam diretamente

⁹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. JusPodivm. 2017. p. 65.

¹⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. 1. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 67. Do original: “*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e próprio quello ch 'égli há diritto conse*”.

¹⁰¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros. 2007.

¹⁰² ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Prazo razoável – direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 22, p. 15.

e conjuntamente com a Administração Pública, porquanto dependem de forma direta ou indireta, assumindo voluntariamente o cumprimento da obrigação ou sendo compelida a agir, da sua participação para a satisfação da pretensão. E todo o tramite administrativo e as discussões impugnadas para resolução da obrigação, pode custar muito tempo e, conseqüentemente, na inefetividade da assistência.

Todavia, é válido ressaltar que o Judiciário lida com dificuldades para o exaurimento das decisões nas suas diversas áreas. No final de 2021, o Poder Judiciário somava 77 milhões de processos pendentes de baixa, sendo 53,3% desses referentes a fase executiva, isto é, mais da metade do acervo, segundo dados do CNJ extraídos do relatório Justiça em Números 2022¹⁰³.

Ademais, o CNJ apurou que, parte dos tribunais estaduais, principalmente nos grandes centros judiciais, onde há elevada demanda, a execução compõe mais de 60% do total de processos¹⁰⁴.

Nota-se, diante desses aspectos, que a morosidade na execução das ações judiciais não é restrita as demandas de saúde, mas o âmbito da judicialização de tratamentos médicos denota algumas vertentes e peculiaridades tais como serão abordadas no próximo capítulo.

Por conseguinte, ainda que não haja capacidade suficiente da Administração Pública de recursos para atender todas as demandas na forma ordenada, a necessidade de concretização destes feitos não pode ser ignorada. Nesse viés, parece visível, mas é relevante reforçar que o processo não acaba com a constatação jurisdicional do direito perseguido. A Efetividade processual, por essa perspectiva, exige que o processo seja exaurido do início ao fim, sendo reconhecido e executado.

A prestação jurisdicional efetiva passa a existir quando a ordem da sentença proferida pelo Juiz, a qual se baseia em normas materiais e processuais válidas, norteada com os princípios ali enunciados, pode ser efetivamente cumprida, isto é,

¹⁰³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em: 17 de setembro de 2022.

¹⁰⁴ Ibid.

quando aquele direito perseguido pelo jurisdicionado é reconhecido e conferido por meio de decisão judicial, não encontra nenhum obstáculo ao seu usufruto¹⁰⁵.

É salutar ressaltar, também, que a perseguição da execução judicial satisfativa, quanto se tem um tratamento médico em discussão, poderá perder sua validade por fatos alheios a vontade dos operadores judiciais, uma vez que o quadro clínico do jurisdicionado pode ser reformulado em busca de outro tratamento.

Entrementes, em meio todas as possíveis circunstâncias de cada caso, a problemática ganha contornos preocupantes ao jurisdicionado quando a enfermidade se agrava devido a morosidade administrativa do ente público em realizar o tratamento ordenado, o que decorre, em casos graves, em perda de algum membro do corpo ou em óbito do jurisdicionado, por exemplo.

Como se pode ver, a efetividade questionada em relação as demandas de saúde, estará quase sempre interligada ao lapso temporal transcorrido e as ferramentas utilizadas para atenuar esse âmbito. A busca pela execução judicial satisfativa carece ser analisada cabalmente pelos magistrados, bem como pelos agentes públicos (ex: secretários de saúde) que irão atuar no caso, para que adotem, em meio as circunstâncias que cercam, as melhores estratégias para concretização dos feitos, visando o devido amparo a integridade do jurisdicionado.

¹⁰⁵ CARVALHO, Juliano Agnus de Souza. **A efetividade do processo de execução no novo Código de Processo Civil**: avanços, inovações e críticas. [s.l: s.n.]. Disponível em: < <https://bit.ly/3DoOS9T> >. Acesso em: 8 out. 2022.

4 EXECUÇÃO JUDICIAL DIREITA E INDIRETA: POSSIBILIDADES E LIMITES PARA EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS CONCESSIVAS DE PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS URGENTES EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Humberto Theodoro aduz que o termo “cumprimento de sentença” utilizado no CPC de 2015, é de caráter genérico, tendo em vista que ao dispor acerca dos os títulos judiciais, elenca não só as sentenças em sentido estrito, mas também abarca as decisões interlocutórias que reconheçam a exigibilidade de obrigação e podem desempenhar os mesmos efeitos das sentenças no âmbito da execução forçada¹⁰⁶.

Por conseguinte, o Código de Processo Civil vigente denota no Art. 783¹⁰⁷ que o processo executivo realizado para cobrar um crédito, sempre será embasado em título de obrigação certa, líquida e exigível. Nessa linha, explica Didier que “o título executivo é o documento que certifica um ato jurídico normativo, que atribui a alguém um dever de prestar líquido, certo e exigível, a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva”¹⁰⁸, sendo, portanto, necessário: a existência da obrigação, a capacidade de determinação do objeto executado e a possibilidade legal de exigência.

Em relação a atividade do juiz do cumprimento de sentença, guiada pelas disposições denotadas pelo Código de Processo Civil e na Constituição Federal, é lhe incumbido a tarefa de perseguir o devido exaurimento da demanda, com a realização no mundo dos fatos da prestação judicial reconhecida e ordenada. Para esse fim, ele poderá, consoante denota o inciso IV, do art. 139 do CPC, “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniárias”¹⁰⁹

¹⁰⁶ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁰⁷ BRASIL, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2022.

¹⁰⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5, p. 260.

¹⁰⁹ BRASIL, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2022.

Nesse segmento, há de se destacar dois dos instrumentos dispostos à conferir a devida execução do seu comando judicial, segundo ensina Marcus Vinicius R. Gonçalves:

Tanto na execução tradicional quanto na imediata, a sanção executiva pode fazer uso de dois instrumentos: a sub-rogação e a coerção. Pelo primeiro, o Estado-juiz substitui o devedor no cumprimento da obrigação. O Estado, sem nenhuma participação do devedor, satisfaz o direito, no seu lugar. Por exemplo: se ele não paga, o Estado toma seus bens, e os vende em hasta pública, pagando com o produto do credor. [...] O segundo instrumento utilizado na execução é a coerção, única forma eficaz para tentar obter a execução específica das obrigações de cunho personalíssimo. O Estado não substituirá o devedor no cumprimento da obrigação, mas imporá multas ou fará uso de outros instrumentos, cuja finalidade será exercer pressão sobre a vontade dele, para que a cumpra¹¹⁰.

Nessas dimensões, é salutar destacar que os tratamentos cirúrgicos são obrigações de fazer de cunho personalíssimo, sendo que, ainda mais em face de entes públicos, a maioria das ferramentas dispostas ao magistrado na persecução da devida prestação jurisdicional desse casos, têm caráter coercitivo, onde “busca-se impor ao obrigado uma sanção enquanto castigo, ou seja, uma sanção negativa, que pode ser um mal econômico (v.g., multa), social (v.g., banimento), moral (v.g., advertência), jurídico (v.g., perda da capacidade)”¹¹¹.

Observado estes aspectos, neste capítulo será discutido as dificuldades da obtenção da devida execução satisfativa em relação aos procedimentos cirúrgicos judicializados em face da Fazenda Pública, assim como as acerca das ferramentas legais, típicas e atípicas, dispostas aos magistrados para perseguir o devido exaurimento de suas decisões.

¹¹⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. vol. 3. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 26.

¹¹¹ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <<https://bit.ly/2RqCaAp>>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXECUÇÃO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Leonardo José Carneiro da Cunha aduz que o termo Fazenda Pública está relacionado com as finanças estatais, entrelaçado com o termo erário, em alusão a característica financeira do Estado¹¹².

Nessa linha, Hely Lopes Meirelles salienta que a Administração Pública em juízo “recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda”¹¹³. Nesse sentido, quando as normativas aferem este termo, estão se referindo à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e em consonância com as autarquias e fundações públicas¹¹⁴.

A legislação brasileira, volta-se a dar tratamento diferenciado e cauteloso quando se tem a figura de entes públicos no polo passivo das ações judiciais, em virtude, dentre outros fatores, da possibilidade de afetação do erário público, ocasionando, em vários casos, em lesão dos interesses coletivos, de caráter irreparável ou de difícil reparação, como se tem no manejo da problemática da judicialização da saúde, uma vez que nos deparamos com a extensão de privilégios a demandas individuais em face do comum; em observância a ideia, também, da isonomia processual entre as partes da lide.

As prerrogativas conferidas por lei à Fazenda Pública não devem, portanto, ser encaradas como privilégios, já que o tratamento diferenciado tem uma razão de ser – proteção do interesse público – e atende plenamente à ideia de isonomia processual. Se há desigualdade entre os polos de uma relação processual, desigualmente devem ser tratados pelo legislador, razão pela qual é plenamente justificado que exista, no texto constitucional, no novo CPC ou em outras leis esparsas, um regime diferenciado para a atuação da Fazenda Pública em juízo¹¹⁵.

¹¹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2020.

¹¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 693.

¹¹⁴ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e execução**. Salvador: Juspodivm. 2020.

¹¹⁵ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p. 143.

Em que pese a posição de defesa dos bens coletivos pela Fazenda Pública, tem-se reforçado o entendimento de que não se deve dá primazia absoluta ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, uma vez que deve-se observar a situação de cada caso concreto, já que, segundo Cunha, é possível a presença do interesse público na preponderância do interesse privado¹¹⁶.

É por meio dessas vertentes que se tenta visualizar o fenômeno da judicialização da saúde em face da Fazenda Pública, uma vez que põe em xeque o amparo do direito individual em face do coletivo, sob circunstâncias econômicas guiadas pelos ideais da reserva do possível.

4.2 A DIFICULDADE DO ENTE PÚBLICO EM CUMPRIR VOLUNTARIAMENTE AS DECISÕES JUDICIAS QUE RECONHECEM O DIREITO A ASSISTÊNCIA À SAÚDE E SEUS DESDOBRAMENTOS LEGAIS

A implementação de políticas voltadas a saúde pública destoa, de fato, das diretrizes estabelecidas pelas normativas brasileiras. Nesse segmento, “os entes públicos se esquivam de suas obrigações, ao argumento de carência orçamentária, protelam a prestação social, à alegação de necessário prévio procedimento administrativo, e, ao fim, o cidadão permanece desamparado”; sendo também que, quando a saúde é questionada em âmbito judicial, todos esses mesmos aspectos também são visualizados na perseguição do devido fornecimento do tratamento ordenado ao jurisdicionado.

Ocorre que, consoante enumerou o STJ no julgamento do Recurso Especial nº 904.443/RS-67¹¹⁷, os entes políticos, ressaltando a responsabilidade solidária destes, têm o dever constitucional de atender as demandas de saúde e com observância a devida celeridade, principalmente em atenção as pretensões que requerem a devida urgência da sua realização:

[...] 3. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso

¹¹⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2020.

¹¹⁷ STJ - REsp 904.443/RS. Relator: Ministro José Delgado. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 13/02/2007. DJ: 26/02/2007. p. 567.

dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização. [...] 5. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.

Não obstante, é salutar destacar que a grande demanda de ações judiciais, das quais decorrem inúmeras decisões determinando o fornecimento de algum tratamento, assim como ocorre, pelos mesmos motivos, o tramite processual, é previsível que haja atrasos nas ações administrativas, devido ao caráter público e motivado das atividades da administração pública, uma vez que para a obtenção de um medicamento ou a realização de um procedimento cirúrgico não realizado pelo SUS, demanda a obediência aos tramitação de uma licitação que não se move tão rápido quanto a necessidade do indivíduo usufruir do tratamento perseguido. Andrade e Nogueira explicam que:

Esta relação pode justificar a mora na prestação das demandas, pois para a abertura de um processo licitatório é necessário um orçamento advindo de uma média de preços dos produtos no mercado atual, e anterior a isso, existe uma disponibilização de recursos financeiros pelo Estado que define como estes serão deliberados e repassados¹¹⁸.

Observa-se, assim, que o descumprimento da ordem judicial no prazo estipulado pelo Juiz, nem sempre se deve pela omissão do ente estatal em adotar medidas acatar essa determinação; o titulado “descumprimento” pode decorrer da observância as formalidades legais, as quais devem ser seguidas para a compra de produtos e insumos exigidos¹¹⁹, o que fomenta, em decorrência, a morosidade na efetivação do direito à saúde guerreado.

Essas formalidades, para além, não são reguladas com o intuito de expandir a burocracia e dificultar o acesso do indivíduo ao tratamento perseguido; elas existem para evitar o uso indevido de recursos públicos, corrupção e favorecimentos ilegais, mas podem apresentar desafios para os gestores públicos¹²⁰, os quais tem que lidar com a necessidade de efetivar a ordem proferida em tempo hábil, através dos procedimentos administrativos, assim como exaurir a determinação no prazo

¹¹⁸ ANDRADE, Mariana Dionísio de; NOGUEIRA, Rômulo Luiz Nepomuceno. Responsabilidade do gestor público e a judicialização da saúde no contexto do Estado do Ceará. **Revista quaestio iuris**, v. 11, n. 3, p. 2071-2100, 2018. P. 1922.

¹¹⁹ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 70.

¹²⁰ Ibidem. p. 70.

estipulado pelos Magistrados, sob pena de multa e outras medidas que visam a satisfação das demandas judiciais, além que o descumprimento de uma ordem judicial pelos entes estatais e seus respectivos agentes, pode configurar crime de desobediência; crime de responsabilidade de prefeitos; crime de responsabilidade de secretários estaduais e governador; ato de improbidade administrativa; ato atentatório à dignidade da justiça; litigância de má-fé¹²¹, entre outras disposições expostas na legislação brasileira.

Nesse cenário, nota-se que as diversas dificuldades do ente estatal em exaurir o comando da decisão judicial que concedem algum tratamento, é atemporal, e se destaca não só na execução definitiva da demanda, mas também no cumprimento de determinação de liminares, questão essa resolvida no início do tramite processual e que se alastra, em muitos casos, para além da fase de conhecimento sem a devida execução.

A título de exemplo, a Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE/BA) apurou que em 2018, do 1º de janeiro a 31 de maio, obteve provimento de 398 liminares, sendo que destas, apenas 27 foram cumpridas¹²², o que demonstra o fomento na problemática da judicialização da saúde. A observância do tempo, vale destacar, é de fundamental importância as demandas urgentes; nos quais a procedência de liminares, são de grande valia, devido a celeridade conferida ao processo, com o adiantamento, ainda que em sede de cognição sumária, da análise aos pedidos guerreados e da possibilidade de concretização, de logo, do tratamento perseguido.

Nesse diapasão, apesar da legislação processual brasileira dispor de ferramentas que atenuem a morosidade do trâmite processual, como as liminares, que sejam capazes de atender as demandas de saúde sem a perda do objeto, a ausência de diálogo e cooperação do Executivo com o Judiciário, tem freado a celeridade da satisfação das tutelas judiciais.

¹²¹ GRAMACHO, Daniel. **Descumprimento de ordem judicial na área de saúde causam transtornos aos assistidos da DPE/BA.** Disponível em: <<https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/descumprimento-de-ordem-judicial-na-area-de-saude-causam-transtornos-aos-assistidos-da-dpeba/>>. Acesso em: 18 out. 2022.

¹²² Ibidem.

4.2.1 A possibilidade de tipificação do crime de Desobediência em relação a agentes públicos pelo descumprimento de decisões judiciais

A busca pela concretização no mundo dos fatos da decisão judicial que determina a realização de procedimentos cirúrgicos, assim como outros tratamentos medicinais, faz com que os Juízes imponham medidas instrumentais típicas e atípicas, não somente ao ente federativo, mas aos seus respectivos gestores públicos responsáveis pela implementação do feito ordenado, em razão da mora ou da recusa a cumprir a obrigação.

Nesse aspecto, é necessário expor que os magistrados podem também proferir medidas mandamentais, com escopo no art. 139, inciso IV do CPC, para efetivação das decisões judiciais, principalmente quando se tem a necessidade de executar uma obrigação de fazer, como nos casos em estudo, da determinação de realização de procedimentos cirúrgicos, ou não fazer. Meireles argumenta que essa ferramenta só deve ser usada, preferencialmente, em casos extremos, uma vez que poderá decorrer em crime de desobediência:

Isso porque, se o juiz pode alcançar a satisfação da obrigação através da adoção de medidas sub-rogatórias, coercitivas ou indutivas, deve evitar a expedição de ordem mandamental, já que, o descumprimento da mesma, acarretará na prática de crime de desobediência. E, por certo, deve-se evitar ou prevenir a conduta delituosa, inclusive não adotando medida que possa induzir a sua prática, como se fosse um “flagrante montado”¹²³.

Esse instrumento pode revelar-se mais eficaz em relação às obrigações que carecem da atuação de agentes públicos, como no caso de ordem para implementação de políticas públicas. Isto porque, em termos de eficácia, pode mostrar-se menos traumático ou perturbador para a gestão pública que outras medidas, como, a incidência de mecanismos compensatórios ou coercitivos¹²⁴.

Nesse ponto, contudo, Cunha defende que o no caso de descumprimento de ordem judicial por agentes públicos, essa ausência de agir não pode ser enquadrada no tipo penal do crime de desobediência, “pois este se refere à conduta praticada por particular contra a administração da Justiça, não englobando a atividade

¹²³ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <<https://bit.ly/2RqCaAp>>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

¹²⁴ Ibidem.

exercida por agentes públicos"¹²⁵. O crime de desobediência, aliás, é regulado pelo artigo 330 do Código Penal, e denota como conduta criminosa, o ato de não obedecer a ordem legal de funcionário público¹²⁶, no caso, o Juiz.

Em contrapartida, o STJ entende, nessa hipótese, pela possibilidade de configuração do crime de desobediência:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. PARCELAS DEVIDAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO QUE RECONHECE O DIREITO À INTEGRALIDADE. PRECATÓRIO. DESNECESSIDADE. DECISÃO DE CARÁTER MANDAMENTAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. SUJEITO ATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ADMISSIBILIDADE. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9.099/95. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A decisão que determina o pagamento da integralidade da pensão por morte possui caráter mandamental, motivo pelo qual a execução das parcelas vencidas após seu trânsito em julgado independe de precatório. Precedentes. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido da possibilidade de funcionário público ser sujeito ativo do crime de desobediência, quando destinatário de ordem judicial, sob pena de a determinação restar desprovida de eficácia.3. Nos crimes de menor potencial ofensivo, tal como o delito de desobediência, desde que o autor do fato, após a lavratura do termo circunstanciado, compareça ou assuma o compromisso de comparecer ao Juizado, não será possível a prisão em flagrante nem a exigência de fiança. Inteligência do art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95.4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.(REsp 556.814/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 27/11/2006, p. 307)¹²⁷ (grifo nosso)

Nesse cenário, Meireles aduz que, para que seja evitado dúvidas e inseguranças quando a ordem mandamental, o obrigado deverá ser intimado pessoalmente, e deve constar no mandado de intimação que o descumprimento da obrigação imposta pode decorrer em crime de desobediência. “Aliás, será essa advertência, constante da intimação, que dará certeza de que se trata de uma ordem mandamental, pois, a rigor, ela não se diferencia de qualquer outra decisão que impõe uma obrigação”¹²⁸.

¹²⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 393.

¹²⁶ BRASIL, Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

¹²⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial nº 556.814 -R S (203/0106023-0). [s.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://bit.ly/3CWTaUB>>. Acesso em: 12 out. 2022.

¹²⁸ MEIRELES, Edílton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <<https://bit.ly/2RqCaAp>>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

4.3 TUTELA JURISDICIONAL CARENTE DE SATISFAÇÃO URGENTE: LIMITAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS DISPOSTAS AO JUÍZO PARA GARANTIR A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS ORDENADOS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

O Processo Civil é constituído como um instrumento de proteção, sendo um percussor da concretização da tutela dos direitos, conforme exige o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. “É por esse motivo, aliás, que o direito de ação, ou o direito de ir ao Poder Judiciário, deve ser pensado como o direito à efetiva tutela jurisdicional, para o qual não basta uma sentença, mas sim a possibilidade de efetivação concreta da tutela buscada”¹²⁹. Para isso, o Juízo condutor deve conduzir o tramite executivo da melhor forma possível, para garantir a satisfação do direito pugnado.

Nesse segmento, em um cenário em que o jurisdicionado requer a sua internação em hospital da rede pública de saúde, por exemplo, não seria viável que a execução da ordem judicial para realização do internamento, ficasse a mercê da judicialização antecedente das políticas públicas, esperando a devida regulação para uso de leitos, por exemplo; pelo contrário, a execução deveria buscar os meios mais efetivos possíveis, seja através de convênios com unidades hospitalares privadas, por exemplo, observando, para tanto, a disponibilidade de orçamento para o custeio dessa contratação, sem afetar outros núcleos públicos imprescindíveis¹³⁰.

Nessa linha, diante de casos de resistência da Administração Pública em cumprir com as ordens judiciais, Antônio Cabral e Ronaldo Cramer destacam os deveres legais das partes envolvidas na lide processual e ressaltam o papel fundamental dos juízes para a efetivação do provimento jurisdicional:

A atividade jurisdicional nem sempre se completa com a mera declaração do direito. Da mesma forma, o dever de probidade processual das partes e terceiros (principalmente do vencido) não se esgota com o simples participar do processo na fase cognitiva. Sejam de que natureza for (declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas), é necessário que

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. p. 30. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

¹³⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. Desjudicializando as políticas de saúde? (Reducing Review of Health Care Policies?). **Revista Acadêmica (Faculdade de Direito do Recife-UFPE)**, v. 86, n. 2, p. 3-11, 2014. p. 09.

as decisões jurisdicionais (inclusive as arbitrais), provisórias ou finais, sejam cumpridas, isto é, efetivadas. Efetivação essa que, quando depender de comportamento de uma das partes, deve se dar sem embaraços, isto é, sem o emprego de expedientes que retardem ou dificultem o cumprimento da decisão (art. 77, IV, do CPC/2015). A parte não conta com ninguém mais, a não ser o magistrado, para fazer a decisão judicial valer. Que os juízes se conscientizem que a efetivação é tão, ou até mais importante, do que a própria declaração do direito (vide art. 297 do CPC/2015)¹³¹.

Por esse raciocínio, em busca do devido provimento judicial, Carlos Alberto de Salles destaca a necessidade do Juízo embasar suas decisões com impositividade, em busca da satisfação da determinação, mas sem abandonar a razoabilidade:

A capacidade do órgão jurisdicional em impor suas decisões tem fundamental importância na dinâmica do sistema judicial, tendo em vista a inutilidade de uma decisão judicial que não consiga realizar seus resultados práticos e concretos. Todavia, não se pode tomar a impositividade das decisões judiciais como atributo único para aferir a efetividade da tutela jurisdicional. Ela deve perseguir objetivos que se perfazem por outros meios e visam a outros fins, além da simples satisfação do interesse da parte reclamante¹³².

Por conseguinte, ainda que a decisão proferida seja lastreada com impositividade, com base em critérios razoáveis, é válido destacar que quando se trata de ordem determinando a execução de obrigação de fazer, como nos casos de tratamentos médicos, a problemática é visível, visto que a sua concretização depende da cooperação voluntária do ente público.

Nesse sentido, a fim de fomentar a efetividade jurisdicional com a implementação no mundo dos fatos da ordem judicial, o Código Processual Civil brasileiro enumera algumas medidas instrumentais.

Nessa linha, o Art. 536 do CPC¹³³ aduz que no cumprimento de sentença que declare a possibilidade de exigência de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte exequente, determinar medidas de execução satisfatórias para a efetivação do título judicial. Para isso, na o § 1º do

¹³¹ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 251.

¹³² SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1999. p. 39.

¹³³ BRASIL, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2022.

referido dispositivo, dispõe que o juiz poderá adotar medidas executivas, tais como a imposição de multa.

Nesse sentido, a seguir serão abordadas algumas ferramentas processuais, comuns e excepcionais, dispostas ao Magistrado para perseguir a devida satisfação da demanda com a devida execução do tratamento cirúrgico perseguido pelo jurisdicionado.

3.3.1 Medidas executórias típicas: a incidência de astreintes para compelir o ente estatal para cumprir a obrigação ordenada

As astreintes, são vistas como uma das principais ferramentas para a execução de ordens judiciais em observância a proteção a autoridade judicial em consonância, em alguns casos, com o caráter da demanda jurisdicional perseguida, a qual se não amparada em um curto período de tempo, poderá resultar na perda do próprio direito que se procura proteger¹³⁴.

Nesse segmento, em sede de casos demandas repetitivas, o STJ proferiu o Tema 98¹³⁵, derivado do julgamento do Resp 1.474.665/RS, conferindo a possibilidade de ser imposta multa diária cominatória em face da Fazenda Pública, nos casos de ausência de cumprimento voluntário da obrigação de fornecer medicamentos à pessoa desprovida de recursos financeiros para custear o tratamento perseguido por conta própria.

Para além, quando o executado deixa de cumprir com a obrigação ordenada pelo Judiciário, Leonardo da Cunha esclarece que “o agente o público responsável pelo cumprimento da ordem judicial deve responder tanto pelas astreintes (CPC, art. 536, §1º) como por aquela prevista no §2º do art. 77 do CPC”¹³⁶, sendo que essa última incide contra atos que violam a dignidade da justiça e o juiz deverá, nessas hipóteses, aplicar multa não superior a 20% do valor da causa contra o responsável,

¹³⁴ SOARES, Wilcinete Dias; ESPINOSA, Marcello. **A aplicabilidade das astreintes em face da fazenda pública**. [s.l: s.n.]. Disponível em: < <https://bit.ly/3eSSK9P>>. Acesso em: 12 out. 2022.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tese/Tema 98 – Resp 1.474.665/RS. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402074797>. Acesso em: 11 de outubro de 2022.

¹³⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019. p. 434.

considerando a gravidade da conduta, sem prejuízo das sanções penais, civis e processuais aplicáveis.

Em relação a essas vertentes, José Ignacio alude que a multa é apenas um meio de coerção psicológico, para o exaurimento da obrigação, não se confundindo com outra obrigação a ser perseguida:

A multa periódica não é pena para sancionar o devedor pelo inadimplemento de uma obrigação. Tampouco é medida para compensar ou ressarcir os danos sofridos pelo não-cumprimento da obrigação. Trata-se, em suma, de um meio de coerção, de ameaça, que visa a compelir o devedor à observância da ordem judicial. Assim, por ter caráter eminentemente psicológico, a multa não se confunde com a obrigação a ser prestada, nem com a indenização eventualmente devida em razão das perdas e danos decorrentes do descumprimento da obrigação. Isso significa que as astreintes não se destinam a substituir a obrigação, nem a reparar os prejuízos advindos do inadimplemento ou do adimplemento tardio¹³⁷.

A aplicação de astreintes, na realidade, raramente atinge seus objetivos quando se trata de tentar compelir o ente público a realizar o tratamento ordenado. Outras medidas, como a determinação de sequestro das contas do Estado para o custeio, se mostram mais eficazes, apesar de não ser a alternativa mais recomendada¹³⁸, devido ao seu caráter subsidiário e atípico.

4.3.1 A possibilidade de aplicação de ferramentas executórias atípicas

A princípio, quando se tem um caso de obrigação de fazer, como nas demandas de tratamentos, não conversível em perdas e danos, a aplicação de medidas atípicas pode gerar maior efetividade à obrigação ordenada, tendo em vista que o cumprimento não discute o prejuízo ou lucro das partes envolvidas, mas consubstancialização da assistência pugnada e reconhecida.

Nessa perspectiva, em virtude do seu caráter pouco restrito, o artigo 139, inciso IV do CPC, o qual confere ao Juiz aplicar as medidas executórias que achar necessárias, não dispõe se há restrições da sua incidência em face da Fazenda Pública, razão pela qual, é possível a aplicação de medidas executórias atípicas, em

¹³⁷ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes**. Revista Jurídica, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005, p. 24.

¹³⁸ GAMELEIRA, Beatriz Machado. A aplicação de medidas executivas atípicas em face da Fazenda Pública **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 23 ago 2022, 04:37. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/59054/a-aplicacao-de-medidas-executivas-atpicas-em-face-da-fazenda-pblica>. Acesso em: 18 out 2022.

que pese as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca das limitações desse dispositivo.

Nessa linha, em virtude do seu caráter não padronizado, no sentido literal da expressão, as medidas executivas atípicas carecem de atenção relevante, no intuito de verificar se são suficientes para atingir seus objetivos, bem como se são necessárias, tendo em vista sua atuação subsidiária, porquanto são aplicadas nos casos em que as medidas de típicas são ineficazes¹³⁹.

A título exemplificativo, há quem defende a possibilidade de restrição de eventos públicos para coagir o ente federativo a cumprir a decisão. A respeito disso, na linha defendida por Marco Aurélio, Patrícia de Almeida e Renata Cortez, não parece razoável suspender ou cancelar um evento público como forma de constranger um órgão a cumprir uma decisão que não tem conexão com a obrigação em apreço, além que, tal medida, causaria danos à comunidade¹⁴⁰.

Diante dessas perspectivas, Trícia Navarro aduz que o juiz, antes da aplicação de medidas atípicas, tem o dever de verificar os parâmetros valorativos constitucionais e processuais, em atenção aos fins sociais, a dignidade da pessoa humana, a legalidade, devendo, ainda, observar a incidência da aplicação da medida atípica com razoabilidade e a proporcionalidade, considerando, de todo modo, a eficiência do processo¹⁴¹.

Nessa linha, o Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), ressalta a necessidade de observância ao caráter subsidiário e a necessidade do contraditório, como parâmetros para a aplicação das medidas executivas atípicas:

Enunciado 12 do FPPC. A aplicação de medidas atípicas sub-rodatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, conserão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018.

¹⁴¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15**. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>>. acesso em: 18 de outubro de 2022.

contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II.

Nesse segmento, apesar do caráter subsidiário dessas ferramentas, há instrumentos que vem sendo bastante utilizados pelo Poder Judiciário para o devido exaurimento do comando judicial, como no caso dos sequestros de valores das contas públicas para o custeio do tratamento ordenado.

4.3.1.1 O uso do sequestro de verbas públicas para o custeio dos tratamentos perseguidos

A princípio, reforça-se que o bloqueio em face do ente público é uma medida atípica de execução e denota-se que esse sequestro do valor necessário ao cumprimento de demandas judiciais da saúde, é avistado com frequência pelos magistrados brasileiros na persecução do devido exaurimento da tutela jurisdicional. Sua imposição pode ser deflagrada contra qualquer ente federativo que ocupe o polo passivo do feito, uma vez que a responsabilidade destes entes nas ações de saúde, é solidária, conforme firmado pelo STF no julgamento do RE 855178 (Tema 793 - STF¹⁴²).

Contudo, essa posição é veementemente discutida por doutrinadores e pela jurisprudência que defendem que o usufruto de bloqueios e sequestros judiciais são medidas claramente inconstitucionais, pois confrontam diretamente o sistema de execução contra a Fazenda Pública, bem como ferem as diretrizes de planejamento, orçamento e finanças públicas¹⁴³.

Nesse cenário, observando os inúmeros casos repetitivos discutindo a possibilidade de bloqueio para esses casos, a Relatora, Ministra Ellen Grace, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 607582, em relação a processo oriundo do Tribunal do Rio Grande do Sul, entendeu pela possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos, conferindo repercussão geral ao feito, destacando ainda, a necessidade de se dar efetividade às decisões

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <https://bit.ly/3gAtEg5>>. Acesso em: 16 de out. de 2022.

¹⁴³ RIBEIRO, I. V.; COSTA, Ádrian V.; SENA, H. G. N. A inconstitucionalidade do manejo do sequestro e do bloqueio de contas da Fazenda Pública como mecanismo satisfativo. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 8, n. 3, p. 131–151, 2019. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/575>>. Acesso em: 13 out. 2022.

judiciais, em virtude das resistências da Fazenda Pública no cumprimento, bem como foi firmado, nesse mesmo sentido, o tema nº 289¹⁴⁴ do pretório excelso:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 607582 RG, Relator(a): Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 ement vol-02412-06 pp-01185 lexSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 275-280)

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona na possibilidade de sequestro para o fornecimento de medicamentos ou realização de procedimentos cirúrgicos, desde que atendam a imprescindibilidade e urgência para o tratamento da patologia do exequente. Essa questão chegou a essa instância por meio de recurso especial repetitivo 1.069.810, oportunidade em que foi firmado o entendimento de que é possível reter recursos públicos em circunstâncias excepcionais, se constatada a urgência e necessidade de sua provisão, além do respaldo constitucional do direito fundamental à saúde. O STJ, nesta oportunidade, externou o tema 84 acerca do referido entendimento, sob a seguinte tese:

Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação¹⁴⁵.

Para além desses raciocínios, todavia, é necessário obter cautela, em cada caso, antes de determinar o sequestro de valores de contas públicas, tendo em vista que esse atinge diretamente o erário fomentado pela sociedade, destinado a atender diversos setores públicos, e a sua má direção, decorre em impacto negativo até mesmo em políticas públicas voltadas a saúde coletiva.

O Magistrado, nesse cenário, deve se atentar ao valor do bloqueio determinado, para que não obste o prosseguimento da atividade pública, bem como verifique, anteriormente, aos orçamentos apresentados, ante a possibilidade de fraudes e de valores superfaturados.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=289>>. Acesso em: 16 de out. de 2022.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tese/Tema 84 – Resp 1.069.810/RS. Disponível em: <<https://bit.ly/3MXljzc>>. Acesso em: 11 de outubro de 2022.

Demais, a incidência do sequestro não pode ser banalizada, uma vez que se trata de medida subsidiária, sendo viável apenas quando esgotadas as demais medidas executivas possíveis, devendo ser observado também, a urgência do fornecimento do tratamento ordenado para a manutenção do quadro clínico do exequente.

Nesse segmento, aos casos que exigem urgência da concretização de procedimentos cirúrgicos, o que pode ser corroborado pelo Natjus, o bloqueio de valores das contas do ente públicos, é a medida que se mostra mais célere e eficaz, capaz de satisfazer o direito reconhecido nos termos da demanda médica reportada, além que, caso seja transferido os valores diretamente ao prestador do serviço, seja hospital ou clínica, este “apresentará a nota fiscal e restituirá com menos dificuldade qualquer valor público recebido em excesso ou indevidamente”¹⁴⁶, decorrendo, assim, em maior segurança jurídica e administrativa dos valores.

4.4 CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO DA FALTA DE CONCRETIZAÇÃO DE SOLICITAÇÕES DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS

É salutar constatar que, em âmbito judiciário, a falta de efetividade atenta não só contra a dignidade da autoridade judicial e da força executiva das decisões, mas principalmente contra o jurisdicionado, que se vê sem a efetividade no mundo dos fatos do seu direito reconhecido em tempo hábil.

Por esses raciocínios, atento ao elevado número descumprimento das decisões judiciais, o Comitê de Saúde do Conselho Nacional de Justiça em Santa Catarina aprovou, em setembro de 2017, uma Recomendação direcionada aos magistrados de Santa Catarina que gerem as demandas de tratamentos de saúde. Clênio Jair Schulze aduz que essa recomendação tinha como objetivos:

- (a) evitar decisões inexecutáveis (por exemplo, que determinam o cumprimento em 24 horas quando o medicamento sequer está disponível no mercado nacional);
- (b) não elastecer demasiadamente o prazo para cumprimento (para evitar atraso no tratamento indicado na decisão judicial);
- (c) adotar o sequestro judicial de valores e a fixação de multa apenas em

¹⁴⁶ SILVA JUNIOR, Raul Sousa. Limites à judicialização da saúde pública no direito brasileiro. In: **Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. 2018. p. 254-263. p. 258.

caráter excepcional; (d) fomentar o cumprimento espontâneo das decisões judiciais; (e) equilibrar a relação entre Executivo e Judiciário¹⁴⁷.

Nota-se, dessas disposições, que o comitê tentou traçar um caminho a ser trilhado em persecução a execução satisfativa da ordem judicial determinada, conferindo, primeiramente, razoabilidade no prazo que deve ser estipulado, bem como destacando o caráter excepcional de certas medidas executivas; devendo, ainda, o Juiz implementar medidas que mantenham equilibrada a relação entre os poderes em questão.

Dentre dessas perspectivas, em observância a busca desenfreada de tratamentos no Judiciário e seu impacto no planejamento das políticas públicas, é necessário buscar alternativas que amparem tanto o indivíduo necessitado do tratamento, como também atenuem o desgaste na gestão da máquina estatal, como um todo, gerado pela judicialização da saúde.

No Ceará, a Defensoria Pública estadual, preocupada com o elevada demanda de judicialização de procedimentos cirúrgicos, firmou parceria com a Secretaria Estadual da Saúde (Sesa) e instauraram o projeto “Defensoria em Ação por mais Saúde”¹⁴⁸, implementado em 2016 com o intuito de dar celeridade aos trâmites extrajudiciais, a fim de evitar, principalmente, a necessidade de judicialização das intervenções pretendidas.

Na prática, segundo dados levantados pela Defensoria, em 2020 foram solicitados 159 pedidos de intervenções cirúrgicas, sendo 62,89% resolvidos de forma administrativa; no ano anterior, a Defensoria cearense registrou 402 solicitações por cirurgias, das quais 54,72% foram resolvidos sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário¹⁴⁹.

Nota-se, portanto, que o diálogo entre os órgãos para solucionar as demandas recorrentes e toda a problemática que envolve a busca pela concretização dos tratamentos pretendidos, proporciona resultados benéficos, uma

¹⁴⁷ SCHULZE, Clenio Jair. **Cumprimento das decisões judiciais sobre medicamentos**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/cumprimento-das-decisoes-judiciais-sobre-medicamentos-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 24 set. 2022.

¹⁴⁸ **Maioria dos pedidos de cirurgia é resolvida de forma administrativa pela Defensoria, graças a parceria com Sesa**. Disponível em: <<https://bit.ly/3FcMqEH>>. Acesso em: 17 out. 2022.

¹⁴⁹ Ibidem.

vez que foi fomentado a busca pela resolução do impasse das suas realizações, ainda na esfera administrativa, com o auxílio, aliás, de um instituto a serviço da justiça, para evitar a judicialização das intervenções guerreadas e protegendo, principalmente, a integridade do indivíduo enfermo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde, assim como outros direitos sociais, não se mostra como um âmbito de fácil implementação e compreensão das suas dimensões. Ainda assim, é dever do Estado, consoante alude a Carta Magna brasileira, promover políticas públicas voltadas a este segmento, com o intuito de proteger e manter a integridade da vida humana. Contudo, o Estado Democrático de Direito brasileiro ainda pugna por uma melhor organização da Administração Pública, em relação a gestão e distribuição de recursos para operar a concretização desses direitos de cunho social.

Essas perspectivas exigem dos entes estatais atenção na gestão pública para atender as demandas de tratamentos e carências individuais e coletivas, desde a implementação de medidas voltadas ao saneamento básico à disponibilidade de leitos em hospitais, por exemplo; sendo que, uma má distribuição de recursos, elevando os investimentos em um subsetor deste âmbito em detrimento de outro, pode ocasionar incontáveis lesões à integridade humana e, conseqüentemente, violação ao direito fundamental à saúde positivado.

Somando-se a isso, o âmbito da saúde, assim como o seu próprio conceito, denota um caráter volátil, em constantes mudanças, seja com o surgimento de uma nova tecnologia, uma enfermidade ou até mesmo, comumente, a necessidade de amparar a uma urgência clínica imprevisível de um indivíduo.

Toda essa problemática deságua no desamparo das ações estatais nas demandas de tratamentos, seja na falta de oferta de medicamento ou na ausência de prestação de procedimentos cirúrgicos, como nos casos em estudo. Por conseguinte, o fenômeno da judicialização da saúde se segmenta através dessas violações, sob a perspectiva de tentar preencher as lacunas deixadas pelo Poder Executivo na gestão das políticas públicas voltada à assistência à saúde.

A tarefa atípica, mas cada vez mais comum do Judiciário na apreciação desses feitos, é complexa, uma vez que demanda conhecimentos técnicos não comuns aos operadores desta área. Foi a partir dessas concepções que as instituições jurídicas buscaram criar órgãos técnicos, como os Natjus, para dar suporte aos magistrados para analisar as circunstâncias médicas de cada caso.

Esse suporte técnico é de grande valia para que os Juízes possam analisar o mérito de cada ação visualizando as especificidades e circunstâncias clínicas de cada caso, o que fornece, conjuntamente, segurança jurídica e clínica para o manejo do direito à saúde e dos tratamentos perseguidos, respectivamente.

Assim como as outras prescrições médicas, os procedimentos cirúrgicos possuem suas peculiaridades, tais como a forma de execução do procedimento, as tecnologias necessárias ou simplesmente na brevidade de sua realização. Quanto a esse aspecto, o tempo se mostra como um fio condutor entre a enfermidade e a devida realização da intervenção pretendida, porquanto, nos casos urgentes, o lapso temporal transcorrido será relevante para conter a patologia reportada, vez que a morosidade na realização do procedimento poderá impactar drasticamente no quadro clínico do indivíduo.

Devido a isso, é de suma importância que o magistrado tenha ciência da urgência necessária da realização da intervenção cirúrgica guerreada, para que conduza o processo com a devida celeridade, assim como determine o cumprimento das suas decisões em prazo suficiente para atender a demanda.

Não obstante a isso, ainda que o Juiz reconheça o direito à realização do procedimento imediatamente, nos termos das especificidades reportadas no caso, o papel prestativo da tutela judicial é, notadamente, cabível ao demandado. Nesse segmento, quando se tem um ente público nesta posição, a execução do tratamento ordenado carece de respeito às especificidades legais para o exaurimento da ordem judicial.

Nessa linha, até mesmo nos casos em que a Administração Pública se mostra empenhada na realização da determinação judicial, o trâmite administrativo em busca da melhor oferta e contratação, ainda que em caráter emergencial, pode percorrer um longo lapso temporal, o que, infelizmente, poderá ocasionar na inefetividade da ordem judicial, devido a perda do objeto, uma vez que a disposição do tratamento cirúrgico não chegou no tempo exigido pelo quadro clínico do jurisdicionado.

Diante desses impasses, o juiz, como condutor do trâmite judicial da execução, poderá exercer de ferramentas típicas, como a aplicação de astreintes em face do ente político e de seus agentes responsáveis; bem como, ainda que discutível pelos operadores de direito, de medidas atípicas, como o sequestro de valores das contas públicas para a satisfação da tutela judicial.

Esta ferramenta executiva, aliás, é a que se mostra mais eficaz e satisfatória, uma vez que retira diretamente verbas da Fazenda Pública e transfere para o prestador do tratamento cirúrgico, sem a necessidade de esforços de agente público para perseguir a devida execução da obrigação, assim como de observar um trâmite administrativo para a sua aprovação. Todavia, tal instrumento é cotado pela doutrina e jurisprudência brasileira como uma medida subsidiária e extraordinária, tendo em vista que atinge diretamente o erário público, o qual, por sua vez, é consubstanciado a financiar outras diversas demandas públicas, individuais e coletivas. O que parece ser a solução mais eficiente para o jurisdicionado, portanto, em larga escala, poderá ser altamente ofensivo à manutenção da gestão pública.

Diante desses aspectos que contornam o fenômeno da judicialização dos procedimentos cirúrgicos, a efetividade dos provimentos judiciais e os impasses com a Fazenda Pública para o cumprimento das determinações, observou-se que há ausência de diálogo entre os operadores do judiciário e do executivo para a busca por soluções satisfatórias para atender as demandas pugnadas, o que coaduna em morosidade na prestação da obrigação ordenada, afetando diretamente a integridade do jurisdicionado enfermo.

Uma das possíveis alternativas a essa dicotomia, surgem com parcerias de órgãos jurídicos com setores do executivo, que tratam de buscar a concretização de demandas de tratamentos cirúrgicos até mesmo antes da necessidade de serem judicializados. O empenho, portanto, deverá ser coletivo entre os agentes públicos relacionados direta e indiretamente a demanda, para que o indivíduo não tenha seu direito desamparado ou inefetivo.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Rodolfo Renan de Queiroz. A contratação de procedimentos cirúrgicos por dispensa de licitação para atendimento a sentenças judiciais. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 05, Ed. 08, Vol. 10, pp. 96-106. Agosto de 2020. ISSN: 2448-0959.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; NOGUEIRA, Rômulo Luiz Nepomuceno. Responsabilidade do gestor público e a judicialização da saúde no contexto do Estado do Ceará. **Revista quaestio iuris**, v. 11, n. 3, p. 2071-2100, 2018. p. 1922.

ARENHART, SC. **Processos estruturais no direito brasileiro**: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. RPC. 2015; 1(2):211-229.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil**: dados e experiência. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 70.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 112-113.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros. 2007.

BELINETTI, Luiz Fernando; DE SOUZA, Artur César. Poder de vida ou morte na judicialização da saúde (macrofilosofia e a formação humanística interdisciplinar do magistrado). **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 7. n. 1. p. 101 – 119. Jan/Jul. 2021.

BORGES, Danielle da Costa Leite et al. O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 2, n. 2, p. 36-50, 2013. p.46.

BORGES, Danielle da Costa Leite; SCHUMACHER, Mercedes. O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde. **Cad. Ibero Am. Direito Sanit.** [Internet]. 20 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/66>. Acessado em: 31 de ago. de 2022.

BRASIL, Código de Processo Civil de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de set. de 2022.

BRASIL, Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

BRASIL. Justiça Federal de Minas Gerais. Ação Ordinária n. 7963183.2014.4.01.3800. Juiz de Direito Marcelo Dolzany da Costa. 16º Vara da Federal. DJ: 17.04.2015.

BRASIL. Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 11 de jul. de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. **Diário Oficial da União**, n. 132, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tese/Tema 84 – Resp 1.069.810/RS. Disponível em: <https://bit.ly/3skyscC>. Acesso em: 11 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tese/Tema 98 – Resp 1.474.665/RS. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402074797>. Acesso em: 11 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://bit.ly/3z78FYJ>. Acesso em: 16 de out. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=289>. Acesso em: 16 de out. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 de setembro de 2022.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A justiça como equidade de Jonh Rawls, como uma teoria suficiente para justificar a concessão adequada dos direitos fundamentais sociais. *In*: DIAS, Jean Carlos e Gomes, Marculs Alan de Melo (org.). Direito e desenvolvimento. Rio de Janeiro./São Paulo:Forense/Método, p.41-42.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. **Temas atuais de direito**, p. 66, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 69.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 251.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15**. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>>. acesso em: 18 de outubro de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Juliano Agnus de Souza. **A efetividade do processo de execução no novo Código de Processo Civil: avanços, inovações e críticas**. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://bit.ly/3DoOS9T>>. Acesso em: 8 out. 2022.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. 1. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 67. Do original: *“Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e próprio quello ch 'égli há diritto conse”*.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.451/95. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1995/1451_1995.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do conselho nacional de justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>>. Acesso em: 06 de outubro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Brasília: CNJ, 2021. p. 74.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e sociedade: ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília, DF. CNJ. p. 68. Disponível em: <<https://bit.ly/3DkRO7n>>. Acessado em: 07 de setembro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em: 17 de setembro de 2022.

CORRÊA, Luis Fernando Pretto; STURZA, Janaína Machado. Acesso ao direito fundamental à saúde frente a consolidação do princípio da dignidade humana: uma amostra sobre a demanda judicial no município de Ijuí/RS. **Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia**, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: **Revista de processo**. 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de saúde pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988.

DE BRITO FILHO, José Claudio Monteiro; FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito Fundamental à Saúde e Tutela Individual**: Lendo esse Direito Constitucional à Luz do Liberalismo Igualitário. *Conpedi Law Review*, v. 1, n. 2, p. 274-290, 2016. p. 277.

DE MOURA, Elisângela Santos. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/3skCwcn>>. Acesso em: 22 de out de 2022.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: execução. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5,

FARIA, J. E. O Judiciário e os direitos sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 94-112.

FAZZA, Ana Luiza Lima. O Direito à Saúde e a Possibilidade do Controle Judicial Judicial Control of Health Public Policies. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº**, v. 60, p. 17-60, 2016.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, 2019. p. 13. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/23176172201934>. Acesso em: 07 de setembro de 2022.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. **Saúde no Brasil**: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 219.

GAMELEIRA, Beatriz Machado. A aplicação de medidas executivas atípicas em face da Fazenda Pública **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 23 ago 2022, 04:37. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/59054/a-aplicao-de-medidas-executivas-atpicas-em-face-da-fazenda-pblica>. Acesso em: 18 out 2022.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro et al. Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 30, p. 31-43, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil**: execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões. vol. 3. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 26.

GRAMACHO, Daniel. **Descumprimento de ordem judicial na área de saúde causam transtornos aos assistidos da DPE/BA**. Disponível em: <<https://bit.ly/3VUBNfx>>. Acesso em: 18 out. 2022.

HEINEN, Juliano. **O custo do direito à saúde e a necessidade de de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: < <https://bit.ly/3D6uucq>>. Acesso em: 26 de agosto de 2022.

HENRIQUE, Milene de Carvalho; MENDONÇA, Mara Regina Leite; BRAGA, Elizangela Andrade. Natjus e Desjudicialização da saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira Santos; LOPES, Luciana Tolêdo. **Coletânea direito à saúde: boas práticas e diálogos institucionais**. Brasília (DF): CONASS, 2018. p. 284.

JUNIOR, Sá; DE MIRANDA, Luis Salvador. Desconstruindo a definição de saúde. **Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM)**, p. 15-16, 2004.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, nº 144, 1999. Disponível em: <<https://bit.ly/3VUo9ZZ>>. Acesso em: 21 de agosto de 2022

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito Fundamental à Saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial**. Curitiba: Juruá, 2014.

MACHADO, Helen Rocha; ZANETTI, Elizabeth Macuco. O SUS e a privatização da saúde no Brasil. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 7, p. 399-409, 2022.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. p. 30. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

MARTA, Taís Nader; ROSTELATO, Telma Aparecida. Direito à saúde coletiva versus dever individual: qual é o limite da obrigação estatal?. **âmbito jurídico**. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3D0WLkh>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <<https://bit.ly/2RqCaAp>>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 693.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 661.

MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Disponível em: <<https://bit.ly/3soFCfM>>. Acesso em: 21 ago 2022.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes**. Revista Jurídica, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005, p. 24.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020

OLIVEIRA, Fábio Luiz Sant'Ana. **Direito à saúde: instrumentos de tutela específica no direito processual brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62273/direito-a>>

saude-instrumentos-de-tutela-especifica-no-direito-processual-brasileiro>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e execução**. Salvador: Juspodivm. 2020.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desjudicializando as políticas de saúde? (Reducing Review of Health Care Policies?). **Revista Acadêmica (Faculdade de Direito do Recife–UFPE)**, v. 86, n. 2, p. 3-11, 2014. p. 09.

RIBEIRO, I. V.; COSTA, Ádrian V.; SENA, H. G. N. A inconstitucionalidade do manejo do sequestro e do bloqueio de contas da Fazenda Pública como mecanismo satisfativo. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 8, n. 3, p. 131–151, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3DdoteQ>>. Acesso em: 13 out. 2022.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2014.tde-11022015-134309. Acesso em: 16 de setembro de 2022. p. 137.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1999. p. 39.

SANTOS, E. C. B. **Judicialização do direito à saúde: acesso ao tratamento de usuários com diabetes mellitus na cidade de Ribeirão Preto e região, de 2003 a 2013**. 2014. 107 f. Tese (Doutorado) – Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: **Liv. Advogado**, 2003. p. 265.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1935.

SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista PGE, Porto Alegre**, v. 25, n. 56, p. 41-62, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:<https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edica0024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 11 jun. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema

(público e privado) de saúde no Brasil. **Revista Gestão e Controle**, 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/3F88Zdx>>. Acesso em: 15 ago 2022

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). A eficácia dos direitos sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 29.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**. Disponível em: <<https://bit.ly/3CYtSFu>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

SCHULZE, Clenio Jair. **Cumprimento das decisões judiciais sobre medicamentos**. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/cumprimento-das-decisoes-judiciais-sobre-medicamentos-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 24 set. 2022.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de saúde pública**, v. 31, p. 538-542, 1997.

SILVA JUNIOR, Raul Sousa. Limites à judicialização da saúde pública no direito brasileiro. In: **Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. 2018. p. 254-263. p. 258.

SILVA, D. L. A.; MACÊDO, D. M.; SANTOS, F. L. F.; **Direitos fundamentais sociais e a sua concretização infra-constitucional**. A superação da reserva do possível através do ativismo judicial. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3Su5UYD>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Monografia (especialização em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público–IDP. Brasília, DF, 2011.

SOARES, J. L. et al. Demanda por cirurgias mediadas pelo poder judiciário: considerações sobre o direito à saúde. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 35, n. 4, p. 898-910. 2011. p. 906.

SOARES, WILCINETE DIAS; ESPINOSA, Marcello. **A aplicabilidade das astreintes em face da fazenda pública**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <<https://bit.ly/3CZeo4a>>. Acesso em: 12 out. 2022.

SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 2, p. 77-110, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial nº 556.814 -R S (203/0106023-0). [s.l: s.n.]. Disponível em: <<https://bit.ly/3eXkx8Z>>. Acesso em: 12 out. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 904.443/RS. Relator: Ministro José Delgado. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 13/02/2007. DJ: 26/02/2007. p. 567.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 582 de 12 a 16 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual Civil**. vol. I: teoria geral do direito processual civil. Rio de Janeiro. Forense. 2019.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. TRF4 edita novas súmulas sobre improbidade administrativa, direito à saúde e questões salariais. Disponível em: <<https://bit.ly/3f05USj>>. Acesso em: 8 out. 2022.

VALE, Sheyla Suruagy Amaral Galvão. **A adequada construção dos precedentes judiciais e o problema da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde**. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Prazo razoável – direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 22, p. 15.