

OS PODERES ATÍPICOS DO JUIZ PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Fábio Dias da SILVA¹

RESUMO: O presente trabalho estabeleceu uma forma de concretização do direito social à saúde, mediante a utilização dos poderes típicos e, em especial, os atípicos, vezes que estes foram resguardados pelo Novo Código de Processo Civil de 2.015 de forma expressa. Ante a adoção das medidas atípicas ao magistrado incumbe diversas formas de fazer valer o direito à saúde, não ficando adstrito às restrições impostas não somente pelo âmbito administrativo como também pelo Poder Judiciário. Desta forma, o direito social à saúde será amplamente resguardado, com a prestação jurisdicional eficiente e, também, com o objetivo de observância ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Poderes. Saúde. Dignidade. Prestação. Magistrado.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil de 2.015 tratou de disciplinar por diversas formas para tornar o processo civil como um veículo de concretização dos direitos fundamentais expostos na Constituição da República de 1.988.

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil com o objetivo de entregar a tutela jurisdicional de uma forma mais concreta e, também, visando à obtenção de um resultado útil ao processo, atribuiu ao magistrado, quando no exercício da jurisdição, poderes para que possa exercer seu *mister* com a seriedade e prudência que se espera.

Pela dicção da nova codificação houve uma ampliação dos poderes do magistrado, de tal sorte que foi colocada uma atipicidade nas condutas que possam ser esperadas e aguardadas por parte deste, em que pese à tipicamente disciplinadas.

A própria atipicidade não conduz a um abuso de poder pelo juiz, mas, sim, um meio de efetivação da sua prestação jurisdicional que, no mais das vezes,

¹ Advogado. Graduado em Direito no Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina. fabiodiasilva@gmail.com

se demonstra ineficaz, seja pelos óbices que o próprio âmbito administrativo impõe, seja pelo descaso dos próprios órgãos do Poder Judiciário.

O direito à saúde, embora tutelado pela Constituição da República, não é levado a sério, tanto pelo evidente descaso do Poder Público na sua prestação, quanto pela ineficácia que os provimentos jurisdicionais, proferidos para concretizar referido direito, não são respeitados perante a sociedade.

Pela atipicidade dos poderes do magistrado é possível ao magistrado uma amplitude dos instrumentos a serem utilizados, seja para coagir o órgão administrativo a cumprir sua decisão nos casos de saúde, seja para estipular uma maneira mais célere para a entrega da prestação, visando sempre o direito constitucional à saúde.

Desta forma, como o Estado-juiz é utilizado como *ultima ratio*, vezes que os âmbitos extrajudiciais não surtiram os efeitos esperados para a concretização do direito à saúde, é plenamente viável que ao próprio magistrado sejam destinados armas que, embora não previstas expressamente na redação de lei, possam surtir os efeitos esperados ao jurisdicionado e para que seu provimento jurisdicional seja respeitado.

2 DOS PODERES DO JUIZ E O DIREITO À SAÚDE

Os poderes do magistrado servem de grande utilidade para a entrega de uma devida, e correta, prestação jurisdicional aos cidadãos brasileiros, sendo que sem a coercibilidade que as decisões possam imprimir acarretará em uma inviabilidade do próprio direito à saúde.

Neste sentido que os poderes do juiz devem ser tutelados, ou seja, para efetivar o direito constitucional à saúde que servirá de resguardo para que se respeite, principalmente, um dos fundamentos da república federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

2.1 Poderes do juiz

A princípio, nos cabe traçar o conceito do que seja poder para, enfim, adentrar na aplicação desta atribuição ao exercício da jurisdição pelos magistrados.

Acerca do conceito de poder destaca-se Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2006, p. 637):

1. Ter a faculdade, ou o direito, de. 2. Ter força, ou energia, ou calma, ou paciência, para. 3. Ter possibilidade de, ou autorização para. 4. Estar arriscado ou exposto a; ter probabilidade de. 5. Ter ocasião ou meio de. 6. Ter possibilidade. 7. Dispor de força ou autoridade. 10. Ter força física ou moral. [C.: 24]. Sm. 11. Direito de deliberar, agir e mandar. 12. Possibilidade; recursos. 13. Vigor, potência. 14. Domínio, força. 15. Eficácia, efeito. 16. Capacidade, aptidão. 17. Autoridade constituída; governo dum país. 18. Função do Estado relativa a suas formas indistintas e exercida pelos órgãos competentes [...]

Dentre estes diversos significados expostos pelo dicionário, visando uma melhor concepção do termo “poder”, verificamos que todos passam a ser considerados como uma faculdade, direito de deliberar, agir, mandar, possibilidade, ou seja, todas maneiras de agir da forma em que for atrelado ao caso em concreto.

Destarte, para não ser confundido como uma utilização de força impositiva, aquela que não há modo de deliberação ou impugnação, aos poderes devem ser traçados limites nos quais o próprio ordenamento disciplina que sejam respeitados.

É cediço que nosso ordenamento jurídico pátrio rechaçou a aplicação da autotutela, de tal sorte que não é mais possível fazer justiça com as próprias mãos, ressalvadas algumas exceções que a própria lei estabelece, como a defesa da posse.

Neste parâmetro, ao juiz no exercício de seu poder deve ser atribuída uma certa liberalidade para que possa julgar e atuar no exercício do poder jurisdicional, desde que não pratique atos ilegais.

Sobre os poderes do juiz expõe Sérgio Alves Gomes (2001, p. 41-42):

Ao juiz incumbe a direção do processo nos termos fixados pelo ordenamento jurídico em que atua; isso equivale a dizer que deverá ele praticar os atos processuais cuja realização lhe compete, segundo as normas processuais que regem o processo. A expressão *poderes do juiz* significa, em verdade, *manifestações do poder que o Estado confere ao juiz*

para dirigir e instruir o processo. São múltiplos os momentos em que, no decorrer do itinerário a ser percorrido pelo processo, terá o juiz de atuar diretamente, impulsionando-o para que atinja suas finalidades instrumentais. Para cada um desses momentos e atos as normas processuais estabelecem limites e formas a serem observados pelo juiz, dizendo-lhe o que deve e o que não deve fazer. Tem ele o poder e o dever de agir adequadamente.

Ainda a critério de explanação do que sejam os delineados poderes do juiz, consagra Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (2011, p. 45):

[...] é possível afirmar que os poderes de juiz são poderes-deveres para o atingimento de finalidade, instituídos no interesse alheio. A finalidade perseguida é fazer-se atuar o Direito, seja por meio da resolução definitiva dos conflitos, seja pelo reconhecimento da validade, da compreensão e do alcance das normas que compõem o ordenamento jurídico.

Por toda a exposição supra exposta é preciso consignar que os poderes do juiz são aqueles que lhe são atrelados para que seja consagrado o Direito frente ao caso em concreto, de tal sorte que a aplicação do Direito, das normas e princípios processuais, deverão ser realizadas ante as minúcias que o próprio processo e direito material lhe apresentam.

Como o processo civil, quando colocado à tutela do Poder Judiciário, é presidido pelo magistrado seja aquele de primeira ou de última instância, à este é atribuído uma gama de poderes para uma adequada prestação jurisdicional, não podendo exceder os limites impostos seja pelos costumes, seja pela boa-fé e, principalmente, pela legislação codificada.

A própria legislação brasileira atribui diversos princípios a serem respeitados pelo magistrado, mormente a dignidade da pessoa humana, de uma forma que não ocorra afronta alguma aos direitos consagrados pela Constituição da República de 1.988.

Referidos poderes do magistrados detém de uma finalidade específica que, por demasia, é preciso expor que buscam a uma efetiva prestação e consequente concretização da tutela jurisdicional requerida, sendo que se não houver uma forma de utilizar dos poderes, desnecessária será o provimento judicial.

Sobre a aplicação e consequente interpretação dos poderes adequados do juiz, leciona Eros Roberto Grau (2016, p. 22):

O juiz é necessário porque cada caso é um caso: interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do

particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente efetivo, no plano dessa singularidade, o universal.

Dos ensinamentos do então ministro do Supremo Tribunal Federal consigna-se que o direito é posto de um modo universal, sendo que este será moldado, ou seja, posto à sua singularidade quando o caso em concreto exigir.

Para que os poderes do juiz sejam tidos como legítimos e necessários deve se voltar os olhos para o caso posto a seu julgamento, tendo em vista que um ato/poder do juiz não pode ser o mesmo com a mesma eficácia e eficiência que justifique em outra lide.

Neste interim, cabe ressaltar os ensinamentos de Carlos Aurélio Mota de Souza (1987, p. 75):

Por isso o juiz, como órgão do Estado para aplicação desse direito positivo, ajustará ao caso concreto soluções que estejam em harmonia com todo o ordenamento constituído. E as partes, muito embora tenham a disponibilidade de seus direitos, sabem de antemão que deverão se submeter às regras processuais e de todo o mundo jurídico, inclusive à atuação ética e política do juiz, na evitação de usos anormais do processo.

Em que pese o ilustre doutrinador citar que as partes deverão se “submeter às regras processuais” é preciso consignar que as partes quando não concordarem com o provimento jurisdicional proferido ou os poderes utilizados pelo magistrado, frente ao caso em concreto, poderão se utilizar do Mandado de Segurança ou do meio ordinário de impugnação, vezes que poderá configurar abuso de poder.

Assim que os poderes do magistrado devem caminhar, com a probidade e discricionariedade que o caso em específico lhe requerem, desde que haja uma certa compatibilidade com os valores éticos e políticos consagrados pelo ordenamento jurídico em sua amplitude.

2.1.1 Poderes típicos e atípicos

Sobre a tutela dos poderes do magistrado o Código de Processo Civil tratou de dispor acerca de poderes-deveres incumbidos ao magistrado quando atuar no exercício da jurisdição estatal.

Neste sentido dispõe o artigo 139 do Código de Processo Civil:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - 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 pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Da redação do referido artigo constata-se que ao magistrado é destinado diversos poderes que, na realidade, são denominados como deveres, impostos moldando o modo de agir frente ao direito material posto sob sua tutela.

Como já exposto, o próprio Código de Processo Civil tenta restringir os atos do magistrado para que este não esteja dotado de um rol exemplificativo, vezes que os seus deveres e poderes estão arrolados nos incisos do artigo 139.

Entretanto, cabe destacar a redação do inciso IV do artigo 139 no qual estabelece uma amplitude nos poderes-deveres do magistrado, sendo que é estabelecido que para o juiz é cabível determinar todos os atos necessários para que possa valer a sua decisão judicial.

Da dicção deste inciso pode ser concluído que o próprio legislador tratou de impulsionar os poderes-deveres do juiz, dando valia às medidas que podem ser impostas para que se cumpra o que ficara decidido no caso em concreto, sob pena de se não serem aplicadas, cair a própria decisão em desuso e não oferecendo a credibilidade que o próprio Poder Judiciário impõe.

Para que este poder “atípico”, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 2.015 não expressou taxativamente quais seriam as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, seja exercido deverá ter como pressuposto que se verifique que a decisão judicial não esteja sendo cumprida dentro do esperado pelo magistrado e pelo jurisdicionado.

Ao próprio magistrado é destinada uma carga de discernimento e de aplicação das medidas que entenda necessária para o cumprimento de seu provimento jurisdicional, desde que adequado ao caso em concreto.

Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier; et al (2015, p. 452):

Como consequência da liberdade de escolha que o juiz terá ao determinar as medidas para assegurar o cumprimento das suas ordens judiciais, é lícito alterá-las quando verificar que não se presta mais a alcançar o fim almejado, ou que outra medida se mostre mais eficaz, ainda que não tenha sido provocado pelas partes.

Os poderes do juiz, tanto os típicos quanto os atípicos, são necessários para resguardar a adequada prestação jurisdicional, sendo que se não houver a coerção e disposição que se impõe não se valerá de nada a intervenção do Poder Judiciário frente uma pretensão resistida.

A modificação do procedimento, adequando às circunstâncias que o caso em concreto requer, deverá se atentar aos limites e valores expostos tanto pela legislação ordinária quanto pela Constituição da República de 1.988.

Para tanto, ressalta Nelson Juliano Schaefer Martins (2004, p. 169):

O juiz deve atentar para a perspectiva instrumentalista do processo que visa a realização dos valores estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que busca corresponder às exigências da sociedade.

O que o ilustríssimo doutrinador salienta é que os poderes do magistrado cingem-se às minúcias que o caso em concreto requer, não somente buscando a efetividade do provimento jurisdicional mas, também, se atentando aos valores consagrados não só pela nossa Magna Carta como também pelas exigências impostas pela sociedade.

É preciso ressaltar que as exigências da sociedade não serão levadas em conta quanto ao discernimento do magistrado, porém, no mais das vezes as

decisões políticas, em seu contexto, podem influenciar não só na decisão judicial como também nos respaldos quanto à sua execução.

No mesmo pensamento, a própria Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados preconizou, dentre os enunciados aprovados durante o seminário *O Poder Judiciário e o novo CPC*, realizado de 26 a 28 de agosto de 2015, 2 (dois) que cabem à regulamentação deste poder atípico atribuído aos juízes abaixo citados, consoante informações retiradas do sítio da Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados):

35) Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, IV, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo.

48) O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

Dos enunciados aprovados pelos próprios magistrados é possível constatar que estes mesmos estão se precavendo para as ocorrências que o próprio caso em concreto possa enfrentar, de tal sorte que se resumem na efetivação do processo judicial até a efetiva tutela do direito material.

Desta forma os poderes típicos e atípicos do magistrado trazidos pelo Novo Código de Processo Civil de 2.015 preconizam uma nova forma de agir em conformidade com o direito material tutelado e, também, visando a efetividade da prestação jurisdicional aos cidadãos.

2.2 Do direito à saúde como direito fundamental

A princípio é preciso estabelecer que o direito à saúde é previsto na Magna Carta como um direito social, ou seja, aquele que exige um agir do Estado, visando diminuir as desigualdades existentes.

Sobre a conceituação do que seja direito social, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 218) ensinam “que os direitos sociais, como os direitos fundamentais de segunda geração, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais.”

Nesse contexto que caminha o direito social à saúde, visto que para que seja resguardada a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a garantia de um mínimo vital para os cidadãos brasileiros, é necessário um papel ativo do Estado, seja por meio de suas políticas públicas seja pelo incentivo de inovações no campo da medicina.

Ressalta-se que o direito à saúde começou a ser tutelado expressamente pela Constituição da República de 1.988, sendo que é corolário lógico da dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa Magna Carta.

Preciosa e devida a observação de José Afonso da Silva (2009, p. 308) sobre o acerto do constituinte de 1.988 no que concerne ao direito à saúde:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

A vida humana é tratada como um bem máximo, aliado ao fato de que o próprio constituinte de 1.988 vislumbrou a inviabilidade de condutas desumanas e é evidenciado o caráter último do direito à vida quando este tratou de vedar a pena de morte, mesmo em crimes graves de grande repercussão nacional.

Destarte que este direito tratou de elevar a condição de respeito à dignidade da pessoa humana em específico ao campo da saúde, denotando o caráter essencial de respeito e de utilização de medidas condignas aos seres humanos.

Confira-se, assim, o artigo 196 da Constituição da República de 1.988, *ipsis litteris*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Do referido artigo se constata que é o direito à saúde é um direito de todos e um dever imposto ao Estado, não somente decorrente das políticas públicas, mas, principalmente pela imposição de mecanismos para que seja resguardada a dignidade da pessoa humana e um tratamento digno a todos os cidadãos.

Pois bem, tomando por base a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república federativa do Brasil denotamos um avanço nos tratamentos para a consagração do direito à saúde, englobando não somente a concessão de medicamentos, seja pelo Sistema Único de Saúde – SUS, ou pela via particular, como também englobando todos os insumos, tratamentos disponíveis e até experimentais para que sejam fornecidos aos brasileiros.

Nesta esfera de pensamento, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 685) ensinam que:

É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

A proteção do direito à saúde deve englobar, como a própria redação constitucional preconiza, os interesses de todos, pouco importando se forem individual ou coletivamente representados, vezes que resguarda a garantia de um mínimo vital à todos.

Em se tratando de normas programáticas, aquelas que necessitam de posterior regulamentação para consagrarem direitos e obrigações, não colocará a obrigação necessária para que o direito à saúde seja respeitado, tendo em vista que a própria Constituição da República de 1.988 já confere a efetividade do referido direito mediante ações, sejam públicas e particulares, estas últimas quando o sistema público de saúde não oferecer o respaldo e garantia esperado.

Por ser assim, não se trata de um mero direito, mas, sim, de um respaldo constitucional destinado aos cidadãos para que estes sejam respeitados, não somente na acepção do termo como também com relação ao bem máximo e indisponível que é a saúde, resguardando a dignidade da pessoa humana.

3. Os poderes atípicos do juiz para a efetivação do direito à saúde

Em se tratando de um direito social, o direito à saúde exige um caráter prestacional do Estado, seja pelos próprios entes federativos (União, Estados,

Distrito Federal e Municípios), seja pelos poderes componentes do Estado (Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo).

É certo que ao Poder Executivo e ao Legislativo, no exercício de suas funções, trata de uma disposição acerca do direito à saúde em um caráter menos coercitivo do que o Poder Judiciário, ante a aplicação de condutas, desde que provocado pelo jurisdicionado, viabilizando o direito constitucional à saúde.

3.1 A efetiva prestação jurisdicional e o direito à saúde

O direito à saúde, no mais das vezes, é abrangido por medicamentos, tratamentos, insumos, consultas médicas, ou seja, toda a forma de consagrar e resguardar o mínimo de dignidade e saúde ao cidadão brasileiro.

Pela previsão específica desse direito na nossa Magna Carta pressupõe que quando demandado judicialmente este seja respeitado, não somente com o objetivo de efetivar a prestação jurisdicional, mas, também, para resguardar o direito social à saúde.

Neste sentido, pela própria discricionariedade que é atribuída ao magistrado, quando do exercício da jurisdição, são estabelecidas bases e limites para que possa julgar em conformidade com o esperado, desde que tenha supedâneo na própria legislação ordinária e no texto constitucional.

Contudo, pela disciplina dos poderes atípicos do juiz no Novo Código de Processo Civil espera-se que o magistrado não se restrinja somente à atuação discricionária, adotando respaldo na legislação ordinária, podendo se utilizar do seu arbítrio frente ao caso em concreto para averiguar se a decisão está, ou não, sendo concretizada.

Para o arbítrio do magistrado empresta-se a seguinte passagem de Carlos Aurélio Mota de Souza (1987, p. 92):

O arbítrio é o fio de ouro que conduz à solução equilibrada de todas as questões do processo. Está presente na conciliação das partes, na direção da prova, na condução das audiências, e no ato de julgar, sempre que se trate de atos não vinculados. Ao contrário da discricionariedade, não está delimitado pela lei, mas pelo caráter do juiz: é mais prudência ético-jurídica de conduta que regra específica de atuação.

Com o intuito de tornar eficaz o provimento jurisdicional concedido nos casos de saúde é preciso se utilizar de todos os meios possíveis, típicos e atípicos para que a decisão do magistrado não caia em desuso.

Pela aplicabilidade do arbítrio, aliado à discricionariedade poderá conferir uma maior efetivação dos dizeres do magistrado quando se tratar da tutela do direito à saúde e, assim, se resguardará a dignidade da pessoa humana e a vida com o mínimo vital que aparenta e necessita.

No que tange à dignidade da pessoa humana como uma tarefa e dever do Estado de proporcioná-la leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 58):

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto.

Com o exercício da dignidade pelo próprio indivíduo, objetivando resguardar o seu direito social à saúde, se demonstrarão os percalços que o próprio âmbito administrativo ou até o Poder Judiciário oferecem quando se busca uma concretização a partir do próprio requerimento do cidadão.

Neste parâmetro ao colocar em mãos do Poder Judiciário, vezes que o exercício da jurisdição é inerte, necessita de provocação, para este poder que se delegará a função da observância do respeito à dignidade da pessoa humana, mediante a adoção de atos discricionários e arbitrários quando se verificar que ao direito à saúde não se está dando a devida importância.

Dessarte, importante avanço no próprio Código de Processo Civil de 2015 foi tratar de objetivar a dignidade da pessoa humana como norma fundamental a ser perseguida no bojo de todo o andamento processual, ressaltando a própria concepção de que a efetivação do provimento jurisdicional estabelecerá balizas para o efetivo cumprimento e tratamento com dignidade para com o jurisdicionado.

Salta aos olhos que para resguardar a dignidade da pessoa humana não se poderá transpassar outros direitos fundamentais consagrados tanto no texto constitucional quanto na lei ordinária e que, se postos em conflito, deverá se utilizar

de critérios próprios, como o da ponderação entre valores e direitos, sempre em observância ao direito material tutelado no caso em concreto.

Não somente pela utilização da ponderação se avaliará qual direito persistirá no caso em concreto, como também a utilização dos postulados normativos da razoabilidade e proporcionalidade, vezes que o direito à saúde, como nem o direito à vida, é absoluto.

Ao se adotar os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p. 55) denota-se os efeitos de uma efetiva prestação jurisdicional:

Com serviços jurisdicionais de boa qualidade obtém-se uma *tutela adequada*, compatível e aderente aos interesses em jogo no processo e capaz de fazer justiça com observância dos valores presentes nas normas de direito material. A *tempestividade da tutela jurisdicional* decorre de sua prestação em um prazo razoável, compatível com a complexidade da causa, a urgência na obtenção da tutela e a conduta manifestada pelas partes no processo – sempre com a preocupação de obstar aos males corrosivos dos direitos representados pelo *tempo-inimigo*. A *efetividade* diz respeito à real satisfação do direito judicialmente reconhecido, ao seu implemento no mundo da vida.

Com as brilhantes observações dos doutrinadores anteriormente citados é possível concluir que a efetiva prestação jurisdicional se traça pela entrega e satisfação do direito reconhecido na via judicial para o mundo real, para o mundo da vida.

O Supremo Tribunal Federal assim decidiu acerca da eficácia do provimento jurisdicional:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - **O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. 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 inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (AgRg no RE 271.286, Min. Rel. Celso de Mello, DJ 24.11.2000) (grifei)

Assim sendo, o direito à saúde é resguardado ante a concessão ao jurisdicionado do que foi realmente pleiteado no bojo dos autos, ou seja, com a concessão dos medicamentos, insumos e tratamentos, sem os obstáculos que o próprio Poder Judiciário possa enfrentar.

Com isso, o direito à saúde exige uma prestação direta, razoável, proporcional e efetiva para que se conceda o bem da vida em prazo razoável e em cumprimento às decisões judiciais, sob pena de se responsabilizarem pelo atraso e os danos decorrentes destes.

3.2 A atipicidade com meio de coerção no âmbito administrativo

Um grande empecilho para que possa se efetivar a prestação jurisdicional do direito à saúde, mesmo ante uma decisão judicial mandamental, é a esfera administrativa que, por suas próprias razões, é impedida de cumprir dada obrigação em ato do juiz.

Na maioria dos casos os pleitos realizados na via administrativa não surtem seus efeitos esperados, sendo que quase sempre deverá o cidadão se resguardar do Poder Judiciário, vezes que este é dotado de uma certa racionalidade frente às necessidades do caso em concreto.

Um dos motivos para que o pleito de medicamentos, por exemplo, não ser concedido e concretizado no âmbito administrativo resguarda não só na impossibilidade de seu fornecimento, seja por falta de verbas públicas para sua aquisição, ou, também, pela desnecessidade de determinado medicamento ao caso posto.

É certo que aos médicos é incumbido o *mister* de realizarem um diagnóstico completo, com a consequente utilização de medicamentos disponíveis tanto na rede pública de saúde quanto na privada, tendo em vista que não é possível que sejam testados sem atestado a sua qualidade pelos setores da saúde competentes.

Entretanto, dentro deste diagnóstico realizado o médico realizará uma bateria de testes visando a consequente adequação do medicamento, tratamento, insumo utilizado, a real situação do cidadão, adotando as suas particularidades, sendo que cada caso é um caso e o que servir para um, pode não servir para outro.

Sobre a particularidade do caso em concreto cabe ressaltar que não há discricionariedade para o órgão administrativo de conferir, ou não, um medicamento de efeitos similares, tendo em vista que o profissional da saúde já consignou a necessidade de um fármaco, insumo ou tratamento em específico.

Toda a análise realizada pelo médico, não somente no ato de receita, mas, também, ao diagnosticar e constatar o paciente, é atinente à dignidade da pessoa humana e por via consequencial resguardando o direito à saúde, o tratando de forma digna e ampla.

A doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 695) salienta acerca da importância que o âmbito administrativo deveria conter:

Finalmente, o fortalecimento da cultura administrativa, que permitiria a realização do Direito sem intervenção judicial, também é um desafio digno de ser arrostado. Há, entre nós, a consolidada compreensão de que a única forma de efetivar direitos é por meio do Judiciário. É necessário superar a denegação sistemática de direitos amplamente reconhecidos, permitindo-se que a realização do Direito se efetive, se possível, sem intervenção judicial. Nesse sentido, devem ser estimuladas práticas desenvolvidas no âmbito do Ministério Público, das Defensorias Públicas e da própria Administração, por meio das ouvidorias, sistemas de *ombudsman* ou instituições equivalentes.

A esfera administrativa seria de grande valia se não se utilizasse de critérios arbitrários e taxativos, visto que na maioria dos casos o pleito visando resguardar o direito à saúde por meio de medicamentos, tratamentos e insumos, é negado, sem ao menos uma justificativa plausível.

O que o âmbito administrativo deveria fazer é prestação e cuidado para com o direito à saúde, não deixando de se aplicar um filtro nos pedidos realizados, porém, não adotando posturas que inviabilizam e até prejudicam o interesse do cidadão e, a depender do caso, constitui em causa de morte ante a demora na prestação jurisdicional.

A advertência da doutrina acerca da consagração dos direitos sociais sem ao menos uma intervenção judicial é de grande valia se o cidadão brasileiro não fosse tratado sem a importância que o caso denota, sendo que na maioria dos casos o indivíduo é tratado como mais um dentre os requerimentos administrativos.

Para a viabilização do diagnóstico realizado pelo médico, isto antes mesmo do pleito administrativo, é necessária a intervenção e consagração do direito social à saúde pelo Poder Judiciário, órgão incumbido da atividade judicante.

A tese da desnecessidade do esgotamento da via administrativa, para pleitos de medicamentos, tratamentos e insumos, já foi superada pela jurisprudência, refletindo que não pode impor ao jurisdicionado que fique sujeito à avaliação e critérios da Administração Pública de forma irrestrita.

Destaca-se, assim, o seguinte aresto:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. Legitimidade passiva caracterizada. Solidariedade dos entes federados em matéria de saúde. Interesse de agir presente. **Desnecessidade de esgotamento da via administrativa ante o**

princípio da inafastabilidade da jurisdição. Informação do próprio Município, ademais, de que não seriam os medicamentos fornecidos administrativamente. No mérito, impetrante portadora de depressão crônica. Hipótese em que se assegura o direito à saúde através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meio dos impostos pagos pelos próprios cidadãos. Receituário e prescrição médicos que comprovam a doença e a necessidade dos medicamentos. Hipossuficiência demonstrada. Observação apenas quanto à possibilidade de substituição dos medicamentos pleitados por outros de igual eficácia e princípio ativo. Remessa necessária e recurso voluntário desprovidos, com observação. (TJSP, Apelação Cível n.º 0005712-21.2015.8.26.0268, Des. Rel. Vera Angrisani, 2.ª Câmara de Direito Público, DJ 19.08.2016) (grifei)

Superada a tese do esgotamento da via administrativa para não inviabilizar o interesse na demanda judicial visando a consagração do direito à saúde é certo que nem ao menos a intervenção judicial serve como *ultima ratio* na concretização do direito social à saúde, sendo que como salientado alhures esta via oferece diversos obstáculos que não deveriam existir.

Os empecilhos para o fornecimento do medicamento, insumo e tratamento não poderiam servir como forma de prejudicar a prestação do direito à saúde, sendo que uma vez conferido referido direito material sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ante um juiz natural, deverá ser resguardado em sua integralidade, sem se resvalar nos obstáculos impostos pelo administrativo.

Ao Estado é incumbido o dever de resguardar o direito à saúde e todos os seus consectários lógicos, não podendo se desvencilhar deste ônus, sendo definido como um direito social amplamente resguardado e necessário para se fazer valer um dos fundamentos da república federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Ao se adotar o dever do Estado da prestação do direito à saúde este não pode fundamentar o não cumprimento da obrigação imposta em decisão judicial pela simples ausência de fundos ou, também, pela inviabilidade da prestação do insumo, medicamento ou tratamento, devendo prestar em sua integralidade.

Pela decisão judicial transitada em julgado cabe à via administrativa observar nos limites do que ficou decidido e cumprir a obrigação, sob pena de incidirem as denominadas *astreintes* como meio de coerção para que seja efetivado o direito à saúde.

Salta aos olhos que as *astreintes*, medidas determinadas como coerção para que seja cumprido o que foi decidido, não surtem os efeitos esperados, de tal sorte que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe à tona uma cláusula

atípica no que concerne aos seus poderes-deveres, para que possa resguardar e efetivar a concretização do direito fundamental à saúde.

Neste parâmetro que o inciso IV do artigo 139 foi inserido, ou seja, para que o magistrado, quando verificar que as medidas já impostas no bojo do processo se mostrarem inviáveis, pelos próprios obstáculos administrativos, possa se utilizar de atos que julgar necessário para que a prestação do direito à saúde seja concretizado.

Cabe consagrar os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 213):

Imperium. O art. 139, IV, CPC, explicita os poderes de *imperium* conferidos ao juiz para concretizar suas ordens. A regra se destina tanto a ordens instrumentais (aquelas dadas pelo juiz no curso do processo, para permitir a decisão final, a exemplo das ordens instrutórias no processo de conhecimento, ou das ordens exhibitórias na execução) como a ordens finais (consistentes nas técnicas empregadas para a tutela da pretensão material deduzida).

As medidas adequadas muitas vezes poderão ser tidas como aquelas que não estão expressamente disciplinadas entre os poderes-deveres ao magistrado, podendo este utilizar técnicas para a tutela da pretensão material deduzida, transpassando os obstáculos que o próprio âmbito administrativo possa oferecer.

Dentre as medidas que mais se mostra atinente no caso do resguardo ao direito à saúde, em se adotando o critério emergencial que a maioria dos casos necessita, é o sequestro de verbas públicas.

Acerca do sequestro de verbas públicas leciona Leonardo Carneiro da Cunha (2015, p. 366) que “[...] o sequestro é possível somente para o caso de preterição na ordem de inscrição do precatório e, bem ainda, para o caso de “não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito”.

Em que pese a doutrina só tratar do sequestro quando este for atinente à condenação em pagar quantia é plenamente possível a sua ampliação para a concretização do direito fundamental à saúde, visto que é um dos meios mais eficazes a fazer cumprir a obrigação de fazer imposta.

A partir da decretação do sequestro de verbas públicas, o que se faz mediante requerimento do próprio credor da obrigação de fazer em direito de saúde,

ao magistrado incumbe, pelo próprio sistema informatizado, adotar a devida reserva da verba para o interesse do credor.

Pela separação de verbas e conseqüente destinação destas para as mãos do credor à este é devida a possibilidade de realizar a compra do medicamento ou insumo e até realizar o tratamento ou consulta que necessitou frente à demanda judicial.

Não obstante o sequestro ser um meio de coerção efetivo, tendo em vista que retira do patrimônio público verbas para que concretize uma decisão judicial, esta medida deve ser adotada como irrestrita, verificando de logo se ao provimento jurisdicional não estão sendo adotadas as providências necessárias e esperadas.

Outrossim, o sequestro de verbas públicas em casos de saúde é posto diretamente na conta bancária judicial para posteriormente emissão de guia de levantamento pelo credor, não necessitando, como nos casos de pagamentos de débitos de quantia certa, de se resguardar de precatório e de requisição de pequeno valor.

O sequestro é tido como legítimo meio de coerção para o cumprimento das obrigações de fazer em que se requer a tutela do direito à saúde, consoante o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento de Recurso Repetitivo, assim tratou:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. **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 fundamentação.** 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (STJ, REsp 1.069.810/RS, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05.11.2013) (grifei)

Ao sequestro é adotado uma conduta de fazer frente ao direito posto, não se justificando a demora no cumprimento da decisão jurisdicional pelo âmbito administrativo.

Por ser assim, o sequestro de verbas públicas é legítimo e um ato de coerção à disposição do magistrado quando da tutela de descumprimento do direito à saúde, resguardando a efetiva prestação jurisdicional.

3 CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou preconizar maneiras e modos de que o direito à saúde fosse resguardado, vezes que é corolário da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da república federativa do Brasil de 1.988.

A partir da dignidade da pessoa humana foi analisada a possibilidade, ou não, de que o direito à saúde seja prestado pelo próprio Estado, adotando a via administrativa como o meio a ser perseguido.

Pelo pleito administrativo denota-se que o intento do cidadão, mesmo dotado de sentido e razão, no mais das vezes não é solucionado da forma que lhe convém, ou seja, não lhe é concedido o medicamento, insumo, tratamento ou qualquer outra forma material decorrente do direito social à saúde.

Com o insucesso administrativo advém o Poder Judiciário que, mesmo inerte, colocará sob sua tutela o direito constitucional à saúde, perfazendo um caráter prestacional de que deveria ter sido averiguado e respeitado quando no âmbito administrativo.

Pela intervenção judicial se denota uma maior facilidade de concretizar o direito à saúde, seja pela sua coercibilidade, seja pelo respeito que um provimento jurisdicional possa consagrar no seio da comunidade.

Contudo, a decisão judicial em se tratando de direito à saúde não é respeitada, mormente pelas barreiras que o próprio âmbito administrativo lhe provêm, não colocando em cheque a eficácia que uma decisão judicial merece ter.

Com isso surgem os denominados poderes do magistrado, podendo ser tanto aqueles típicos e atípicos, cabendo ressaltar que os atípicos consagram uma gama de poderes maior ao magistrado para a efetivação de seu provimento jurisdicional, podendo utilizar de meios que o direito à saúde possa ser concretizado em sua totalidade.

Denota-se que o intuito principal é a efetivação do direito social à saúde e conseqüentemente o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da Magna Carta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF 16. mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23. ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.069.810/RS, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho: DF, DJe 05.11.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE 271.286, Min. Rel. Celso de Mello: DF, DJ 24.11.2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 0005712-21.2015.8.26.0268, Des. Rel. Vera Angrisani, 2.ª Câmara de Direito Público, DJ 19.08.2016.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio : o dicionário da língua portuguesa**. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006.

GOMES, Sergio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. **Poderes executórios do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SEMINÁRIO – O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 24. ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz; a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.