



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000104-87.2015.815.0061.

Origem : *2ª Vara da Comarca de Araruna.*

Relator : *Juiz de Direito Convocado Miguel de Britto Lyra Filho.*

Apelante : *Ministério Público do Estado da Paraíba.*

Apelado : *Município de Riachão.*

Advogado : *Diogo Henrique Belmont da Costa e Michelle Christine Azevedo da C. Macêdo.*

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE DA PRESENÇA DE ENFERMEIRO EM AMBULÂNCIA. RESOLUÇÃO DO COFEN. VALIDADE. OBRIGATORIEDADE DA MEDIDA. MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO DETERMINAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS DIANTE DA INÉRCIA DO EXECUTIVO. CONSECUÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE FERIMENTO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. A RESERVA DO POSSÍVEL NÃO PODE SER ALEGADA DIANTE DA NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS IMPRESCINDÍVEIS. AS REGRAS ORÇAMENTÁRIAS PODEM SER EXCEPCIONADAS EM HIPÓTESES EXTREMAS. CONCESSÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

- A presença de enfermeiro no transporte de pacientes em ambulância deve ser obrigatória dada a própria natureza do serviço prestado, por envolver, via de regra, situações complexas e de risco ao transportado, não podendo o serviço público pecar por omissão. Caracterizada a existência do serviço destinado ao transporte de pacientes em risco ou potencialmente

em risco, a presença de enfermeiro será sempre necessária como mínimo existencial.

- O art. 1.º da Resolução COFEN 375/2011 está em perfeita sintonia com os artigos 11 e 12 da Lei 7.498/84, não tendo o conselho federal extrapolado seu poder regulamentar, mas apenas externado um comando que pode ser inferido da própria norma legal. Nesse contexto, ratifica-se a validade na norma infralegal ao dispor que *“a assistência de Enfermagem em qualquer tipo de unidade móvel (terrestre, aérea ou marítima) destinada ao Atendimento Pré-Hospitalar e Inter-Hospitalar, em situações de risco conhecido ou desconhecido, somente deve ser desenvolvida na presença do Enfermeiro”*.

- O princípio da separação dos poderes não pode ser interpretado unicamente sob a ótica de um Estado liberal. Na atual quadra político-social, exige-se não apenas um Estado protetor das liberdades clássicas, como também propulsor de mudanças sociais. Diante de eventual ineficiência governamental, é inescapável a atuação do Poder Judiciário como vetor garantidor das políticas sociais.

- A Administração Pública não pode simplesmente arguir a falta de recursos financeiros como condição limitante de políticas públicas. A chamada reserva do possível é baliza para a implementação planejada e sustentável dos dispêndios públicos frente à limitação natural dos recursos. Entretanto, o gestor público não pode se afastar dos comandos constitucionais que determinam políticas públicas inarredáveis, que não podem ser vilipendiadas no planejamento público.

- A reserva do possível, em que pese poder ser reconhecida pelo Judiciário como justificativa limitante à intervenção no Executivo, não pode ser acatada sem uma análise criteriosa e sem a comprovação documental de sua configuração.

- O orçamento público igualmente não serve como empecilho, pois a ação civil pública tem o poder de determinar atuações positivas, regulando o contingenciamento e a inércia do administrador. Se determinada política constitucionalmente prevista não estiver contemplada na regra orçamentária, cabe ao Judiciário pautar sua previsão no próximo orçamento, com verbas suficientes à sua implementação, ou mesmo o cumprimento imediato da obrigação de

fazer, inclusive com remanejamento de recursos de áreas não prioritárias.

- A necessidade de uma atuação proativa por parte do Estado para a concretização do direito à saúde resta evidente a partir da leitura do artigo 196 da Constituição da República, definindo a saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve ser 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, em que se inclui, por óbvio, o transporte de enfermos.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDA a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba em dar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Apelação Cível** interposta pelo **Ministério Público do Estado da Paraíba** contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca da Araruna, nos autos de **Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer** proposta em desfavor do **Município de Riachão**, cujo objetivo é obrigar a edilidade a disponibilizar um enfermeiro nas ambulâncias, em cumprimento ao **art. 1.º da Resolução COFEN n.º 0375/2011**.

Na peça de ingresso, o *Parquet* aduziu, em síntese, que, no município recorrido, o transporte de pacientes era feito em ambulâncias sem o devido acompanhamento de profissional enfermeiro, contrariando a referida resolução do CONFEN, sendo a edilidade objeto de fiscalização e autuação pelo conselho profissional referido. Apesar de inúmeras tentativas do Ministério Público em solucionar a pendência pela via extrajudicial, inclusive por meio de termo de ajustamento de conduta, o município vilipendiou sua obrigação. O *Parquet* pleiteou, portanto, o cumprimento pelo município de Riachão do disposto no art. 1.º da Resolução COFEN n.º 0375/2011 sob pena de multa diária, inclusive em sede de antecipação de tutela.

Juntou os autos do ICP 089/2014 (fls. 05/83).

O Juízo *a quo* negou o pedido liminar, por entender ausente o *periculum in mora* (fls. 85/86).

Citado, o município de Riachão apresentou contestação às fls. 89/93, aduzindo, em suma, a reserva do possível, tendo em vista que o município apenas disponibilizava de dois enfermeiros, não tendo capacidade de garantir a presença dos profissionais nas ambulâncias, além de alegar a impossibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas do Executivo municipal (fls. 89/93).

O Ministério Público apresentou impugnação às fls. 126/128.

Em audiência, não houve composição (fls. 133).

Julgando antecipadamente a lide (fls. 136/141), o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido autoral. Apesar de julgar relevante a presença de enfermeiro no transporte de pacientes, entendeu que não se poderia obrigar o município a cumprir a resolução do COFEN nesse sentido, visto que o normativo não tinha força cogente por não ser lei em sentido estrito.

Irresignado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação (fls. 142/147), sustentando a obrigatoriedade do município em cumprir a resolução do COFEN, que, segundo sua ótica, possui força cogente.

Contrarrazões apresentadas (fls. 150/155), pleiteando a improcedência recursal, aduzindo que a resolução do COFEN não tem força de lei e, portanto, não é o município obrigado a segui-la em obediência ao princípio da legalidade.

O Ministério Público, por meio de sua Procuradoria de Justiça, ofertou parecer (fls. 163/165), manifestando-se pelo provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO.

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, passo à análise do mérito recursal.

Conforme se observa nos autos, cuida-se de demanda coletiva ajuizada pelo Ministério Público Estadual, com base em inquérito civil público, cujo objetivo era regularizar o transporte de pacientes no município de Riachão, com a presença obrigatória de um enfermeiro nas ambulâncias, em conformidade com o art. 1.º da Resolução COFEN n.º 0375/2011:

Art 1º A assistência de Enfermagem em qualquer tipo de unidade móvel (terrestre, aérea ou marítima) destinada ao Atendimento Pré-Hospitalar e Inter-Hospitalar, em situações de risco conhecido ou desconhecido, somente deve ser desenvolvida na presença do Enfermeiro.

Extrai-se do ICP que a ambulância do município placas MNK 7461 foi objeto de fiscalização pela Polícia Rodoviária Federal no ano de 2011, oportunidade em que foi lavrado boletim de ocorrência ao constatar que, dentre outras irregularidades, não havia qualquer profissional de saúde acompanhando os pacientes (fls. 19/22). O fato foi comunicado ao Conselho Regional de Enfermagem da Paraíba (COREN-PB), que instaurou o Processo Administrativo 228/11 (fls. 15/47), notificando o município para regularizar a situação (fls. 31/32).

Em resposta, o município de Riachão informou ao COREN a escala de serviço na ambulância autuada (fls. 34), em que, segundo o conselho, não havia profissionais de enfermagem, além de estar fora dos padrões do ente. Novamente notificado, o município enviou outra escala às fls. 46, em que se observa a existência apenas de condutor e técnico de enfermagem, mas não de enfermeiros, ferindo o art. 1.º da Resolução COFEN 375/2011, tendo em vista que a presença de técnico de enfermagem não supre a necessidade de enfermeiro.

Posteriormente, o COREN-PB comunicou o fato ao Ministério Público da Comarca de Araruna, que instaurou ICP para apurar os fatos. Em audiência de fls. 64, o município de Riachão informou que contava apenas com uma única ambulância, cujo profissional responsável pelo acompanhamento dos pacientes era um técnico de enfermagem, e não um enfermeiro, visto que a edilidade não dispunha de profissionais suficientes. Um termo de ajustamento de conduta foi submetido ao município para que a situação fosse regularizada em consonância com a resolução do COFEN, não se obtendo sucesso, como se constata às fls. 90. Dali se percebe que o município insistiu na incapacidade de dotar as ambulâncias com enfermeiros, sendo possível apenas com técnico de enfermagem.

Pelos elementos contidos no ICP e em razão da instrução realizada na presente ação civil pública, restou incontroverso que o município de Riachão não disponibiliza enfermeiro no transporte de pacientes. O fato não foi questionado em sede de contestação ou contrarrazões.

Em verdade, como visto, pretende o município disponibilizar apenas técnico de enfermagem, entendendo suficiente a presença deste profissional.

Como ponto de partida, parece-me incontroverso que o transporte de pacientes em unidades móveis deve seguir acompanhado de algum profissional de saúde, visto que o paciente não pode ser transportado unicamente com o condutor do veículo. Resta saber se é exigível do município a presença de um enfermeiro, como disciplina a Resolução COFEN 375/2011, ou se um técnico de enfermagem está capacitado para a missão.

Portanto, o ponto controvertido diz respeito unicamente à matéria de direito. Em primeiro lugar, (i) deve-se analisar a obrigatoriedade ou não do município em cumprir o art. 1.º da Resolução COFEN 375/2011. Em um segundo plano, caso a norma seja considerada cogente, (ii) passa-se a verificar a capacidade do Judiciário em interferir em sua observância, obrigando o município a cumpri-la.

O Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) é autarquia federal criada pela Lei 5.905/73. Dentre suas inerentes atribuições, está a regulamentação e fiscalização da profissão.

Por óbvio, o poder regulamentar dos conselhos profissionais não se sobrepõe à lei, ou seja, não poderá criar normas que contrariem os comandos legais, mas antes os esclareçam, facilitando-lhes o cumprimento.

De outro lado, sobre as profissões de enfermeiros e técnicos de enfermagem, a Lei 7.498/84 dispõe:

Art. 11. O Enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem, cabendo-lhe:

I - privativamente:

a) direção do órgão de enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública e privada, e chefia de serviço e de unidade de enfermagem;

b) organização e direção dos serviços de enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;

c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de enfermagem;

d) (VETADO);

e) (VETADO);

f) (VETADO);

g) (VETADO);

h) consultoria, auditoria e emissão de parecer sobre matéria de enfermagem;

i) consulta de enfermagem;

j) prescrição da assistência de enfermagem;

l) cuidados diretos de enfermagem a pacientes graves com risco de vida;

m) cuidados de enfermagem de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos de base científica e capacidade de tomar decisões imediatas;

II - como integrante da equipe de saúde:

a) participação no planejamento, execução e avaliação da programação de saúde;

b) participação na elaboração, execução e avaliação dos planos assistenciais de saúde;

c) prescrição de medicamentos estabelecidos em programas de saúde pública e em rotina aprovada pela instituição de saúde;

d) participação em projetos de construção ou reforma de unidades de internação;

e) prevenção e controle sistemático da infecção hospitalar e de doenças transmissíveis em geral;

f) prevenção e controle sistemático de danos que possam ser causados à clientela durante a assistência de enfermagem;

g) assistência de enfermagem à gestante, parturiente e puérpera;

h) acompanhamento da evolução e do trabalho de parto;

i) execução do parto sem distocia;

j) educação visando à melhoria de saúde da população.

Parágrafo único. As profissionais referidas no inciso II do art. 6º desta lei incumbe, ainda:

a) assistência à parturiente e ao parto normal;

b) identificação das distocias obstétricas e tomada de providências até a chegada do médico;

c) realização de episiotomia e episiorrafia e aplicação de anestesia local, quando necessária.

*Art. 12. O Técnico de Enfermagem exerce atividade de nível médio, **envolvendo orientação e acompanhamento do trabalho de enfermagem em grau auxiliar**, e participação no planejamento da assistência de enfermagem, cabendo-lhe especialmente:*

a) participar da programação da assistência de enfermagem;

b) executar ações assistenciais de enfermagem, exceto as privativas do Enfermeiro, observado o disposto no parágrafo único do art. 11 desta lei;

c) participar da orientação e supervisão do trabalho de enfermagem em grau auxiliar;

d) participar da equipe de saúde.

Como se percebe, o enfermeiro é profissional de nível superior, habilitado privativamente para prestar “***cuidados diretos de enfermagem a pacientes graves com risco de vida***” bem como “***cuidados de enfermagem de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos de base científica e capacidade de tomar decisões imediatas***”.

Por outro lado, o técnico de enfermagem é profissional de nível médio, atuando em grau auxiliar, capaz de “***executar ações assistenciais de enfermagem, exceto as privativas do Enfermeiro***”.

Pela descrição legal das duas profissões, parece-me evidente que o transporte em ambulância necessita efetivamente de enfermeiro, máxime no caso dos autos, quando o município, segundo informado, apenas dispunha de uma unidade. Ora, a única ambulância do município serve obviamente para o transporte de todo tipo de paciente, incluindo aqueles graves e em risco de vida, envolvendo situações de maior complexidade. Para essas hipóteses, a lei é clara ao exigir a presença de enfermeiro, não sendo suficiente o simples técnico de enfermagem.

A bem da verdade, a presença de enfermeiro deve ser a regra em toda e qualquer ambulância, portanto, obrigatória, dada a própria natureza do serviço prestado, visto que o transporte de pacientes em unidades móveis envolve, quase sempre, situações complexas e de risco ao transportado, não podendo o serviço público pecar por omissão. Logo, uma vez caracterizada a existência do serviço destinado ao transporte de pacientes em risco ou potencialmente em risco, a presença de enfermeiro será sempre necessária.

Como visto, pela formação do profissional, o técnico não está habilitado a lidar com situações complexas e que envolvam risco de vida. Nesses casos, compete-lhe apenas prestar auxílio ao profissional mais capacitado.

Portanto, é forçoso reconhecer que o art. 1.º da Resolução COFEN 375/2011 está em perfeita sintonia com os artigos 11 e 12 da Lei 7.498/84, não tendo o conselho federal extrapolado seu poder regulamentar, mas apenas externado um comando que pode ser inferido da própria norma legal. Nesse contexto, ratifico a validade na norma infralegal ao dispor que “***a assistência de Enfermagem em qualquer tipo de unidade móvel (terrestre, aérea ou marítima) destinada ao Atendimento Pré-Hospitalar e Inter-Hospitalar, em situações de risco conhecido ou desconhecido, somente deve ser desenvolvida na presença do Enfermeiro***”.

Ultrapassado esse ponto, deve-se ainda perquirir se ao Judiciário é cabível impor ao município o cumprimento de determinada

política pública, ou seja, exigir que o serviço de transporte de pacientes obedeça ao disposto no art. 1.º da Resolução COFEN 375/2011.

Como já dito, o recorrido contesta a obrigatoriedade, alegando a separação dos poderes e a reserva do possível, argumentando que não dispõe de enfermeiros suficientes para acompanhar o transporte de pacientes.

Quanto ao mérito, é preciso deixar claro que a ideia clássica de que o Poder Judiciário não pode buscar a implementação de políticas públicas, uma vez que se trata de questão de mérito administrativo, e de que os recursos são escassos, vem claudicando na doutrina e na jurisprudência, como conseqüência da mudança de mentalidade sobre o papel do Estado.

Não se nega, *prima facie*, que é missão do Poder Executivo decidir sobre a consecução de uma determinada política pública. Por outro lado, existem políticas públicas previstas constitucionalmente, que não podem passar ao largo da atuação do gestor. Assim, quando a administração é ineficiente, decorrendo daí omissão governamental na implementação de políticas destinadas a garantir o exercício de direitos fundamentais, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário realizar determinações ao Poder Executivo.

O princípio da separação dos poderes, como pensado por Montesquieu, é voltado para os ideais de um Estado liberal, destinado unicamente a salvaguardar o cidadão de um Estado onipotente. Configura-se, pois, como uma garantia para a proteção, sobretudo, dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, as chamadas liberdades clássicas (direito à vida, à liberdade etc).

Não obstante, o princípio da separação dos poderes não pode ser interpretado unicamente sob a ótica de um Estado liberal. Na atual quadra político-social, exige-se não apenas um Estado protetor das liberdades clássicas, como também propulsor de mudanças sociais. Diante de eventual ineficiência governamental, é inescapável a atuação do Poder Judiciário como vetor garantidor das políticas sociais.

O uso da ação civil pública para implementação políticas públicas vem sendo largamente reconhecido pelo Judiciário. Observe-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do

Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso especial provido (REsp 493811/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, 2.^a T. - STJ, j. 11.11.2003, pub. DJ 15.3.2004, p. 236).

Interessante conferir o trecho do voto da Relatora, Ministra ELIANA CALMON, *in verbis*:

“A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo de Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito.

No primeiro, o Estado distanciava-se da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente.

Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento das políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza.

As transformações no modo de atuar do Estado, alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, "o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas interdependentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna".

O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através

do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípua, a representa.”

Não é outro o entendimento no julgado abaixo:

ACP. CONTROLE JUDICIAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é

mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do STF: MC na ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg no RE 595.595-SC, DJe 29/5/2009; do STJ: REsp 575.998-MG, DJ16/11/2004, e REsp 429.570-GO, DJ 22/3/2004. REsp 1.041.197-MS, Rel.Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009.

Enfrentando a questão com maestria, inclusive sobre a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, sobre a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “*mínimo existencial*”, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Ministro Celso de Mello, dispôs:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à

"reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade." (ADPF 45 MC/DF - Informativo do STF n. 345).

Recentemente, o STF, de forma unânime, reafirmou esse posicionamento no julgamento do Recurso Extraordinário 592581, em 13 de agosto de 2015, com repercussão geral:

*O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: **É lícito ao Judiciário impor à***

Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015.

Como facilmente se pode concluir por tudo exposto até aqui, de nada adianta a existência de garantias constitucionais apenas como ideais ou esperanças irrealizáveis, sem a sua plena efetividade. Pensar assim seria, a toda evidência, um retrocesso social. Bem por isso, busca-se uma concretização dos direitos albergados pela Constituição da República, por intermédio dos meios jurídicos disponíveis, tais como a presente ação civil pública.

No dizer de **Américo Bedê Freire Júnior**, “*constatamos, assim, ser um arremedo absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, uma vez que tal interpretação aniquila a efetividade (correta aplicação) da separação dos poderes*” (In **O controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005).

Por outro lado, a Administração Pública não pode simplesmente arguir a falta de recursos financeiros como condição limitante de políticas públicas. A chamada reserva do possível é baliza para a implementação planejada e sustentável dos dispêndios públicos frente à limitação natural dos recursos. Entretanto, o gestor público não pode se afastar dos comandos constitucionais que determinam políticas públicas inarredáveis, que não podem ser vilipendiadas no planejamento público.

Nesse contexto, a reserva do possível, em que pese poder ser reconhecida pelo Judiciário como justificativa limitante à intervenção no Executivo, não pode ser acatada sem uma análise criteriosa e sem a comprovação documental de sua configuração.

O orçamento público igualmente não serve como empecilho, pois a ação civil pública tem o poder de determinar atuações positivas, regulando o contingenciamento e a inércia do administrador. Se determinada

política constitucionalmente prevista não estiver contemplada na regra orçamentária, cabe ao Judiciário pautar sua previsão no próximo orçamento, com verbas suficientes à sua implementação, ou mesmo o cumprimento imediato da obrigação de fazer, inclusive com remanejamento de recursos de áreas não prioritárias. *“Desse modo, é possível que ordem judicial determine a inclusão de verba no orçamento do próximo exercício financeiro. Tal argumentação guarda pertinência com o nosso sistema constitucional, principalmente no que tange à obrigatoriedade de efetivação de políticas sociais estabelecidas em planos de governo e que integram as políticas públicas do Estado”*. (SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. *In Ação Civil Pública – 20 anos da Lei 7.347/85*. Del Rey: 2005. p. 504).

No caso dos autos, o poder público municipal vem descumprindo uma norma que visa a garantir a proteção e o pleno atendimento do direito à saúde dos pacientes transportados, com a presença de enfermeiro nas ambulâncias.

A presença de enfermeiro no transporte de pacientes configura o mínimo a ser exigido do poder público, configurando o chamado mínimo existencial.

Nesse contexto, a necessidade de uma atuação proativa por parte do Estado para a concretização do direito à saúde resta evidente a partir da leitura do **artigo 196 da Constituição da República**, definindo a saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve ser 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, em que se inclui, por óbvio, o transporte de enfermos.

A situação de pequenos municípios é especialmente sensível, como o caso dos autos, dada a ausência de aparato adequado e suficiente para o atendimento dos pacientes mais graves que, via de regra, devem ser transportados para centros maiores.

Logo, no que concerne ao resguardo à saúde da população, em que se inclui o transporte de enfermos, é inadmissível a inércia estatal. O Estado, a quem compete assegurar o direito à saúde, não pode pecar por omissão, permitindo-se falhas na sua prestação, sobremaneira em relação àqueles pacientes que correm risco de vida, como no caso dos autos.

Por conseguinte, revela-se afrontosa ao direito fundamental à saúde a omissão do município de Riachão em prover a presença de profissionais enfermeiros no transporte de pacientes.

Por tudo o que foi exposto, **DOU PROVIMENTO** à Apelação, para determinar que o município de **RIACHÃO** implemente, no prazo de 60 (sessenta) dias, escala de enfermeiros no transporte de pacientes em unidades móveis de saúde, adotando-se, para tanto, as medidas administrativas e legais necessárias, de tudo comprovando nos autos. O descumprimento da decisão

implicará em multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) até o limite de 30 trinta dias, após os quais fica determinado o bloqueio dos recursos municipais destinados à publicidade, shows e eventos culturais até o atendimento da medida, nos termos do art. 461 do CPC.

É COMO VOTO.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Dr. Miguel Britto de Lira Filho, juiz convocado em substituição ao Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, o Exmo. Dr. Onaldo Rocha de Queiroga, juiz convocado em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira e o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. *Presente ao julgamento, o Exmo. Dr. Valberto Cosme de Lira, Procurador de Justiça. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 03 de novembro de 2015.*

Miguel de Britto Lyra Filho
Juiz de Direito Convocado Relator