

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196 da CF/1988, os *Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção* (Tema 698 da repercussão geral).

Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (Vol. 2, fl. 22) que, em razão de condições precárias das instalações e do atendimento deficitário no Hospital Municipal Salgado Filho, apuradas nos autos do Inquérito Civil 635/2002 e em relatório de fiscalização realizado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, requer a condenação do réu à (Vol. 2, fls. 39-40):

(a) abertura de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos vagos de médico existentes na estrutura do HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO, a fim de suprir o déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital;

(b) alternativamente, em caso de inexistirem cargos vagos na estrutura do referido hospital, seja o réu condenado a promover a abertura de concurso público de provas e títulos para o provimento dos cargos vagos de médico existentes na estrutura da Secretaria Municipal de Saúde, determinando-se o seu posterior remanejamento para o HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO, a fim de suprir o déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital;

(c) sejam efetivamente nomeados e empossados ou contratados os profissionais aprovados no concurso mencionado no item anterior;

(d) caso já haja médicos, em número suficiente, aprovados em concurso público aguardando somente nomeação e posse, requer o *Parquet* seja o Estado condenado a promover sua imediata nomeação e posse a fim de que supram, prioritariamente, as necessidades do HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO;

(e) sejam corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades elencados pelo relatório do CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, conforme acima exposto;

(f) sejam nomeados e empossados ou contratados funcionários técnicos em número suficiente para atender a necessidade revelada pela própria direção do hospital, observadas as cautelas alinhadas no item c do pedido principal;

(g) seja a verba sucumbencial destinada ao Fundo Especial do Ministério Público, regulamentado pela Lei Estadual nº 2819/97 e pela Resolução GPGJ nº 801/98.

O Juízo singular julgou improcedente a ação, ao fundamento de que o pedido encontra óbice no princípio da separação dos poderes (art. 2 da CF/1988), pois a realização de concurso público, a admissão, a nomeação e a posse de servidores públicos encontram-se no âmbito da discricionariedade do Poder Executivo. Alegou, ainda, que a procedência do pedido implicaria em violação ao art. 167 da CF/1988, ante a ausência de previsão orçamentária (Vol. 3, fls. 57-59).

Interposta Apelação pelo Ministério Público (Vol. 3, fl. 72), o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso (Vol. 3, fls. 136-143), “determinando ao Município do Rio de Janeiro o suprimento do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital, através da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame, bem como corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina (Fls. 193/352), no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Condena-se, ainda, o réu ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00, nos termos do artigo 20, §4º do CPC, a serem revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (artigo 13 da Lei na 7.347/85)” (Vol. 3, fl. 143).

O acórdão recebeu a seguinte ementa (Vol. 3, fls. 136-137):

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS VISANDO OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTIGO 127 DA CF /88). SITUAÇÃO CAÓTICA DO HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (ARTIGO 5º, CAPUT E 196) E DIREITO À SAÚDE DO CIDADÃO. FATO QUE ATINGE, PRINCIPALMENTE, A CAMADA MAIS POBRE DA

POPULAÇÃO, QUE NÃO POSSUE PLANO PARTICULAR E DEPENDE TÃO SOMENTE DA REDE PÚBLICA PARA ATENDIMENTO. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO EXERCER CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA FUNDAMENTAL, FAZENDO OBSERVAR OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE (ARTIGO 37 DA CF). INEXISTÊNCIA DE DESRESPEITO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. NECESSIDADE URGENTE DE CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, DE MODO A PERMITIR O REGULAR FUNCIONAMENTO DO HOSPITAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA IMPOSSIBILIDADE DE REMANEJAMENTO DE RECEITA ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTES DO STJ E STF. RECURSO PROVIDO PARA QUE SEJA SUPRIDO O DÉFICIT DE PESSOAL, COM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA PROVIMENTO DOS CARGOS DE MÉDICO E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, NOMEAÇÃO E POSSE DOS PROFISSIONAIS APROVADOS NO CERTAME, BEM COMO CORRIGIDOS OS PROCEDIMENTOS E SANADAS AS IRREGULARIDADES EXPOSTAS NO RELATÓRIO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, NO PRAZO DE 6 (SEIS) MESES, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS)”.

Opostos Embargos de Declaração (Vol. 3, fl. 145), foram rejeitados (Vol. 3, fl. 152).

Irresignado, o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO interpôs o presente Recurso Extraordinário (Vol. 3, fl. 169), com amparo no art. 102, III, “a”, da CF/1988, sustentando que o acórdão recorrido, ao determinar a realização de concurso público para o provimento de 79 cargos de médicos, 3 cargos de odontólogos, 89 cargos de enfermeiros e 112 cargos de técnicos e auxiliares de enfermagem e demais providências, no prazo de 6 meses, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00, violou os artigos 2º e 196 da Constituição Federal.

Aduz, em síntese, que a manutenção do acórdão recorrido implica em violação da *independência, harmonia e separação entre os poderes*. Alega que no que tange aos atos discricionários, o administrador público *tem oportunidade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo*, sendo vedado ao Poder Judiciário substituí-lo (Vol. 3, fl. 176).

Alega, também, que a decisão combatida implica em *imediatas providências de ordem financeira, criando despesa sem a correspondente*

fonte de custeio em frontal e direta rota de colisão com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Vol. 3, fl. 180).

Por outro lado, afirma que houve violação ao art. 196 da Constituição, pois a forma como ocorrerá a alocação de recursos para fazer frente ao direito social à saúde também é matéria discricionária. Nessa linha, assevera que *na concretização das normas constitucionais que programam pretensões positivas por parte da Administração – e não que prescrevem condutas específicas (daí a clássica distinção entre norma programática e norma prescritiva) -, espelha-se esta numa atuação discricionária, por vezes política, segundo critérios de conveniência e oportunidade dentro da esfera que lhe é outorgada pela lei e segundo a previsão orçamentária para tal (Vol. 3, fl. 185) [...] Assim, o implemento do direito social à saúde na construção de hospitais, na contratação de profissionais da saúde e demais consectários administrativos pertinentes está adstrito à esfera da discricionabilidade administrativa (Vol. 3, fl. 186).*

Em contrarrazões (Vol. 3, fl. 200-206), o Ministério Público alega, preliminarmente, que o recurso não preenche os requisitos de admissibilidade, vez que não houve o prequestionamento da matéria, bem como sua análise encontra óbice na Súmula 279 do STF. No mérito, requer a manutenção do acórdão recorrido.

Em 07/02/2014, a questão constitucional foi submetida ao Plenário desta SUPREMA CORTE, oportunidade em que o Tribunal, por maioria, reconheceu a repercussão geral da matéria, em decisão que recebeu a seguinte ementa (Vol. 7, fl. 1):

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção”.

Em 15/05/2020, os Ministros RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) e LUIZ FUX apresentaram voto negando provimento ao RE, sugerindo tese no sentido de que "É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, seguido da nomeação e posse dos profissionais aprovados, bem como determinar a correção de procedimentos e o saneamento de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina".

Na sequência, o Min. ROBERTO BARROSO pediu vista dos autos.

Foram admitidos como *amici curiae* o SINDICATO DOS MÉDICOS DO RIO DE JANEIRO – SINMED/RJ; o CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM – COFEN; o CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO RIO DE JANEIRO – COREN/RJ; o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO; o ESTADO DO ACRE; o ESTADO DE ALAGOAS; o ESTADO DO AMAPÁ; o ESTADO DO AMAZONAS; o ESTADO DA BAHIA; o ESTADO DO CEARÁ; o DISTRITO FEDERAL; o ESTADO DO ESPÍRITO SANTO; o ESTADO DE GOIÁS; o ESTADO DO MARANHÃO; o ESTADO DE MATO GROSSO; o ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL; o ESTADO DE MINAS GERAIS; o ESTADO DO PARÁ; o ESTADO DA PARAÍBA; o ESTADO DO PARANÁ; o ESTADO DE PERNAMBUCO; o ESTADO DO PIAUÍ; o ESTADO DO RIO DE JANEIRO; o ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE; o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL; o ESTADO DE RONDÔNIA; o ESTADO DE RORAIMA; o ESTADO DE SÃO PAULO; o ESTADO DE SERGIPE; ESTADO DO TOCANTINS; e a UNIÃO.

Instada a se manifestar, a PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA opinou pelo desprovimento do recurso, em parecer resumido na seguinte ementa (Vol. 96, fls. 1-2):

“Recurso extraordinário. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas na área de saúde. Prestação de serviços precários em decorrência da ausência de profissionais suficientes.

O atendimento aos direitos sociais, por meio de formulação das respectivas políticas públicas, é questão que não está relegada unicamente à Administração. A origem constitucional desses direitos permite o controle judicial de sua devida observância.

Embora sejam possíveis vários caminhos e intensidades de concretização da norma, a escolha necessariamente deve ser guiada

pelo modelo constitucional: caso o caminho seguido desborde do modelo elaborado na Constituição, caberá a intervenção judicial.

A nota programática do direito reforça-lhe o relevante conteúdo axiológico, voltado à necessária consecução dos objetivos consagrados na Constituição; vincula os Poderes, e gera não apenas uma obrigação negativa de não fazer intervenções tendentes a restringir a efetivação desses direitos, mas também uma obrigação positiva de efetivamente concretizá-lo.

O município descumpre, no mínimo essencial, seu impostergável dever de tornar efetivas as políticas públicas de saúde: a constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços básicos pela unidade hospitalar, as quais, por se tratar de questões fáticas e de provas, não podem ser revistas nessa via extraordinária.

Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário”.

É o que se identifica como indispensável a se relatar.

Senhor Presidente, temos para análise Recurso Extraordinário em que se debatem os limites da atuação do Poder Judiciário na condenação de ente público à realização de concurso público e ao consequente provimento de cargos de médicos, odontólogos, enfermeiros e cargos de técnicos e auxiliares de enfermagem e demais providências administrativas, no prazo de 6 meses, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00.

O debate a respeito dos limites da atuação do Poder Judiciário na execução de políticas públicas é matéria de índole fundamentalmente constitucional e tem sido cada vez mais recorrente no âmbito desta SUPREMA CORTE.

I – INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Enfim, conforme sustentei no julgamento do ARE 947.270-AGR, Rel. Min. LUIZ FUX, pela Primeira Turma, é extremamente sensível o tema dos limites da atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas - ou, em outros termos, o exame da interferência indevida das decisões judiciais na atividade administrativa, quebrando o equilíbrio entre os Poderes.

Esta pauta intensificou-se a partir dos anos 1990, quando se avolumaram as demandas judiciais requerendo providências como o fornecimento de medicamentos e a prestação de tratamentos de saúde, ou, ainda, a matrícula de crianças em creches.

Especificamente acerca da concessão de medicamentos a pessoas necessitadas, no julgamento supracitado, citei o voto da eminente Min. ELLEN GRACIE que fez elucidativo histórico do tratamento da questão ao apreciar o agravo interno no AI 734.487. Pela riqueza de detalhes, tomo a liberdade de transcrever novamente aqui a parte do voto de S. Exa.:

“(…) Conforme afirmado, o Plenário desta Corte reconheceu na ADPF 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004, que o direito a saúde possui uma dimensão política que lhe impõe o *'gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional'*.

2. Ambas as Turmas deste Tribunal têm apreciado a questão dos autos concernente à suscitada ofensa ao art. 2º da CF frente às políticas públicas, especialmente em se tratando de direito a saúde. Isso se demonstra pelos precedentes citados na decisão atacada, tanto em julgados mais antigos, quanto em decisões mais recentes sobre o tema, no sentido de que, na hipótese, não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas.

Verifica-se que a jurisprudência tem evoluído e admitido, em casos excepcionais, a atuação do Poder Judiciário em tema de políticas públicas. Ressalte-se que o Princípio da Separação dos Poderes não pode ser utilizado para obstar um direito social reconhecido pela nossa Constituição Federal (artigos 6º e 196).

Aponto, a respeito, além dos precedentes citados na decisão agravada, o RE 271.286-AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000, no qual se debateu sobre fornecimento de medicamento. Nesse julgamento esclareceu o eminente relator:

'Nem se diga, de outro lado, que a decisão ora questionada - notadamente quanto à alegada ofensa aos arts. 2º e 198, parágrafo

único, ambos da Constituição Federal - estaria em desconformidade com a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exame desse específico aspecto da questão.

Cabe referir, neste ponto, que tais argumentos, deduzidos e ora renovados pela parte agravante, já foram repelidos em sucessivas decisões proferidas por eminentes Juízes desta Colenda Turma, no julgamento de outras causas idênticas à que emerge do processo em análise (Ag 232.469-Rs , Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Ag 236.644-RS , Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - Ag 238.328-RS (AgRg), Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 273.042-RS , Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

No que concerne ao fundo da controvérsia, cabe acentuar que se revela inacolhível a postulação recursal ora deduzida pelo Município de Porto Alegre/RS, especialmente em face do mandamento constitucional inscrito no art. 196 da Constituição da República, que assim dispõe:

'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.' (grifei)

Na realidade, o **cumprimento** do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, **a todos** , a proteção à saúde, **representa** fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, **impõe-se** ao Poder Público, **qualquer** que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa”.

A **impostergabilidade** da efetivação desse dever constitucional **desautoriza** o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa (grifos no original).'

Vejam-se, ainda, o AI 553.712/RS, 1ª Turma, Ricardo Lewandowski, unânime, DJe 05.06.2009; e o AI 597.182-AgR/RS, rel. Min. Cezar Peluso, unânime, DJ 06.11.2006, nos quais se discutiu sobre a possibilidade de bloqueio de verbas públicas no que tange à obrigação do Estado em fornecer medicamentos, cujas ementas transcrevo, na parte que interessa à controvérsia:

'AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

.....
II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal.

III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes.

IV - Agravo regimental improvido.

.....
'RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado'.

Na SS 3205/AM, de minha relatoria, DJ 08.06.2007, quando na Presidência desta Corte, examinei pedido de suspensão de execução de liminar (Lei 4.348/64) sobre o tema. A seguir, transcrevo um dos argumentos apresentados pelo Estado do Amazonas:

'o Estado do Amazonas tem envidado esforços no sentido de prover a população dos serviços de saúde de forma ampla e eficiente, inclusive o fornecimento de medicamentos em geral; todavia, os recursos públicos são limitados, o que impele o gestor público a adotar uma política que atente aos princípios da economicidade das ações e do custo-benefício dos tratamentos'.

Naquela oportunidade, enfatizei: *'Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária'*.

Destaque-se também um dos fundamentos do AI 562.561/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2005:

'Ademais, a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado ao recebimento de medicamentos necessários à sua sobrevivência; o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. (RREE 226.835, Ilmar Galvão, 1a T, DJ 10.03.2000; 207.970, Moreira Alves, 1a T, DJ 15.09.2000; e 255.086, Ellen Gracie, 1a T, DJ 11.10.2001)'.

O meu antecessor, Ministro Gilmar Mendes, quando no exercício da Presidência desta Casa, ao analisar questão referente à suspensão

de liminar (SL 47-AgR/PE, Plenário, DJe 30.04.2010) envolvendo melhorias do atendimento em hospital do sistema SUS, assim se pronunciou:

'Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei **Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública**, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Esse dado pode ser importante para **a construção de um critério ou parâmetro para a decisão** o em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente” (grifos no original).”

Destaquei o precedente acima pela relevância do que foi realçado, no sentido de o Poder Judiciário não estar autorizado a formular políticas públicas, mas pode e deve determinar o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes, quando há inescusável desatendimento a direito fundamental.

Mencionei, ainda, outros julgados em que a CORTE debruçou-se sobre a questão da ingerência do Judiciário nas questões da Administração, para concluir que houve forte predominância de um ponto de vista segundo o qual a importância dos direitos negligenciados legitima a atuação do Poder Judiciário ao determinar à Administração a realização das providências indispensáveis para concretizá-los.

Nessas hipóteses, em defesa, a Administração sempre sustentou que tais medidas judiciais interferem perniciosamente na execução das políticas públicas, pois representam o estabelecimento de prioridades não por quem foi eleito para executá-las, mas sim por agentes públicos sem legitimidade popular para ter essa atuação gerencial, eminentemente administrativa.

Efetivamente, em geral, a jurisprudência mostra-se mais tolerante em relação a pedidos que demandem o fornecimento de bens materiais ou à realização de obras ou reparos em equipamentos públicos.

A quintessência de diversos precedentes desta SUPREMA CORTE é o julgamento do RE 592.581, o tema 220 da repercussão geral, assim sumariado: *Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder*

Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.

Nesse precedente, cuja tese de repercussão geral citarei mais adiante, elaborou-se com exatidão a ideia de que o Judiciário nada mais faz do que assegurar a efetivação de direitos fundamentais aberta e renitentemente desrespeitados. Vejamos os seguintes excertos do julgado:

“A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. (Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator)

(...) não se trata de fazer nada de extravagante ou que pudesse de alguma forma malferir - como já foi aqui apontado em tantos votos e no voto de Vossa Excelência - o princípio da divisão de poderes. O Judiciário não está assumindo as tarefas típicas do Poder Executivo, da Administração Pública, mas está determinando que se tomem medidas no sentido de estabelecer aquilo que decorre ou está previsto no Texto Constitucional - como já foi largamente apontado a partir do voto de Vossa Excelência -, mas que foi amplamente densificado na legislação infraconstitucional. Portanto, a rigor, o que nós temos aqui são atos concretos ou omissões manifestas que desviam claramente da política que foi estabelecida de forma inequívoca por quem tem legitimidade democrática para fazê-lo, o próprio legislador.

Então, a meu ver, não se há de falar, aqui, de violação à divisão dos poderes, invocar reserva do possível ou, muito menos, de se cogitar de uma intervenção indevida por parte do Judiciário (Min. GILMAR MENDES).”

Entretanto, não é tão firme a posição desta CORTE quando, além de determinar o fornecimento de bens ou a realização de serviços de preservação de próprios públicos, o Judiciário chega ao ponto de atuar na disposição de servidores públicos, ora impondo seu recrutamento, ora sua realocação.

Em 2013, veio ao SUPREMO recurso em ação em que o Ministério Público do Rio Grande do Norte postulava a designação de delegado da

polícia civil em determinada região do Estado. Novamente, concluiu-se que havia indevida interferência em assunto próprio da Administração. Vejamos os termos do precedente:

“Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravamento. 2. Direito Administrativo. 3. Decisão judicial que designa delegado de polícia civil. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes. 4. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravamento regimental a que se nega provimento.(ARE 737035 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 22/5/2013) “

Semelhante entendimento se aplicou a pedido de implementação de plantão permanente na Defensoria Pública do Município de Erechim/RS:

“Agravamento regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Defensoria pública. Implantação de plantão permanente na cidade de Erechim. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravamento regimental a que se nega provimento.(RE 636686 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 16/8 /2013)”

Como procuro demonstrar, a jurisprudência se mostra mais receptiva à atuação do Judiciário ao determinar providências cuja efetivação se perfaz pelo fornecimento de bens materiais: disponibilização de medicamentos, construção e reparação de equipamentos públicos, realização de obras para prevenir danos ao meio ambiente, entre outros.

É nesse sentido o entendimento do Plenário consubstanciado na tese de repercussão geral extraída do julgamento do RE 592.581 – Tema 220: *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.

Já a mobilização de recursos humanos, notadamente por meio do recrutamento e alocação de servidores públicos, não se mostra consensual no Tribunal, conforme demonstrado supra por precedentes dissonantes no tocante à necessidade de preenchimento de carências de delegado de polícia e de defensores públicos.

Dado esse quadro, como recorrentemente destaco, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. Para tanto, a CONSTITUIÇÃO FEDERAL consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se *teoria dos freios e contrapesos* (WILLIAM BONDY. *The Separation of Governmental Powers*. In: *History and Theory in the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986; JJ. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988)*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, nº 103, p. 5, jul./set. 1989; JAVIER GARCÍA ROCA. *Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, p. 7, abr./jun. 1999; JOSÉ PINTO ANTUNES. *Da limitação dos poderes*. 1951. Tese (Cátedra) Fadusp, São Paulo; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Conflito entre poderes : o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; FIDES OMMATI. *Dos freios e contrapesos entre os Poderes*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 14, nº 55, p. 55, jul./set. 1977; JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. *Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o parti pris de Montesquieu*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 68, p. 15, out./dez. 1980; JOSÉ DE

FARIAS TAVARES. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 65, p. 53, jan./mar. 1980).

Tendo por parâmetros hermenêuticos esses núcleos axiológicos extraídos da Constituição Federal - separação dos poderes (independência) e sistema de freios e contrapesos (harmonia) -, por mais louvável que seja a implementação judicial de medidas impostas ao gestor da coisa pública, a fim de se evitar a fricção entre os poderes republicanos, a intromissão há de ser afastada dentro de um contexto fático-normativo operado pela regra e não pela exceção, essa evidenciada “quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”, assinala nosso decano, o eminente Ministro CELSO DE MELLO (ARE 1.170.694/AC, DJe de 7/11/2018).

Nessa linha de consideração, concluí, *verbi gratia*, não caber ao Poder Judiciário determinar ao Executivo (a) a adoção de medidas necessárias ao suprimento de carência de professores em colégio estadual do Rio de Janeiro (ARE 1.169.331/RJ); (b) a completa restauração de imóvel tombado administrativamente no município de São Cristóvão/SE (ARE 1.161.181/SE); (c) a contratação de professores interlocutores de “LIBRAS”, visando ao atendimento de alunos portadores de deficiência auditiva matriculados na rede estadual de ensino do Município de Itatiba/SP (ARE 759.755/SP); e (d) o fornecimento de atendimento a aluno portador de deficiência intelectual e com transtorno comportamental, durante o período de atividade acadêmica, seja de caráter curricular ou extracurricular (ARE 1.145.501/SP).

Em suma, ao impor uma determinada conduta à Administração Pública, a correição do ato judicial se notabiliza por respeitar o conteúdo programático da República Federativa do Brasil, previamente definido na Constituição Federal de 1988, bem como por não intervir no programa de governo estabelecido pelo gestor da *res publica*, responsável pela gerência do erário e estipular as diretrizes governamentais, essas revestidas de discricionariedade, pautadas pela conveniência e oportunidade administrativa, características insindicáveis do ato (RE 475.954-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 9/9/2013; e RE 480.107-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 27/3/2009).

A convivência harmônica dos poderes republicanos é mantida em demandas nas quais os aparentes conflitos são marcados pela atividade judicial excepcional, emergencial e tópica, com vistas a garantir o gozo de direitos de estatura constitucional.

Logo, ***excepcionalmente, em havendo inércia pontual e específica da Administração Pública***, para fins de assegurar o exercício de direitos fundamentais, nada obsta que, devidamente provocado, o Poder Judiciário atue de modo emergencial visando ao restabelecimento da plena fruição desses direitos que se encontram em estado de comprometimento.

Consoante se constata da jurisprudência desta CORTE, não é suficiente para revelar o quadro propício à efetivação da medida sua mera requisição perante o Poder Judiciário, sob o risco de não se atentar às balizas que são postas ao Poder Judiciário quando examina atos do Poder Executivo dotados de discricionariedade, os quais se amparam nos critérios da oportunidade e conveniência no momento de sua execução.

Ao votar, no presente recurso paradigma, o Ilustre Relator, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, para amparar sua compreensão no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer consistente na contratação de servidores públicos para atender as demandas na área de saúde, cita a ADPF 45 MC, Dj de 04/05 /2004, na qual o Min. CELSO DE MELLO, Relator, asseverou não caber a manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilize o estabelecimento e a preservação do direito à saúde.

Todavia, deve-se ter presente que o Ministro CELSO DE MELO, de outro lado, advertiu que a cláusula da “reserva do possível”, traduz-se em um binômio que compreende, além da razoabilidade da pretensão individual/social, também a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, pois, nas palavras de Sua Excelência, “ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos”.

Veja-se a propósito, o trecho respectivo desse voto:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(...)

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. 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. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. **Desnecessário acentuar-se, considerado o**

encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.”

Foi também ancorado na ADPF 45-MC acima, que o Min. AYRES BRITTO, no RE 590.664, Dje de 1º/2/2012, negou seguimento ao Recurso Extraordinário do Ministério Público do Rio Grande do Sul que, em ação civil pública, pleiteava a criação de vagas em hospital público.

Na oportunidade, o Ministro AYRES BRITTO, asseverou que “a jurisprudência desta nossa Casa de Justiça vem admitindo, em determinados casos, o controle judicial da omissão do Estado na implantação de políticas públicas indispensáveis à efetivação de direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República. Essa intervenção, porém, ocorre em caráter excepcional. Se a violação a direitos individuais e coletivos não está manifesta e aferível de pronto, não cabe ao magistrado interferir nas opções ínsitas à discricionariedade administrativa”.

A preocupação com o risco de desorganização financeira e administrativa do Estado decorrente de decisões judiciais que impõem a contratação de servidores públicos foi trazida pelo Município de São Paulo, na condição de *amicus curiae* neste processo.

Eis os argumentos aduzidos (Doc. 85, fls. 5-6):

“Nesse ponto, importante ressaltar que eventual decisão judicial que obrigue a Administração a despende de quantia não prevista, inclusive com a obrigatoriedade de contratação de pessoal, imporá à Administração, diante da óbvia finitude dos recursos, novo planejamento de suas atividades, tendo, certamente, que deixar de efetuar gastos previstos para tantas outras prioridades.

Assim, dentro do próprio orçamento relativo aos gastos com saúde, a imposição judicial para incrementação de determinada unidade de saúde, levará à Administração a deixar de gastar com outras centenas de unidades médicas de igual importância, que também podem estar ávidas da reestruturação, situação que demonstra o desacerto da intromissão do Judiciário em assuntos desta natureza, sob pena de se ferir, além dos princípios orçamentários e da separação de poderes, o princípio da isonomia.

Há, ademais, diversas questões que atormentam o Administrador Público e que fogem à esfera de conhecimento do Judiciário. Os prazos regimentais, por exemplo, para a realização de um concurso público para contratação de profissionais da área da saúde envolvem longos períodos, desde a contratação de entidade para realização da prova, prazos de inscrição, recursos, impugnações, realizações de provas, publicações de resultados, novos recursos, homologação, nomeação, posse e início de exercício.

Outrossim, a carência de profissionais da área médica é uma questão nacional. No mais, se é certo que cabe à Administração Pública garantir o ingresso desses profissionais nos quadros de servidores, é igualmente certo que não se pode garantir a permanência desses mesmos profissionais no serviço público, ainda que se mantenha um plano de carreiras e se esteja sempre na constante busca de oferta de condições melhores de trabalho aos referidos profissionais.

Os Municípios devem respeitar, em especial, as previsões trazidas pelos Planos Plurianuais, pelas Leis Orçamentárias Anuais e pela Lei de Responsabilidade Fiscal, além das cominações trazidas pelo ordenamento jurídico de cada ente federado (no Município de São Paulo deve-se obediência à Lei Municipal nº 14.173/2008, que

reorganiza o quadro de profissionais da saúde no âmbito da Prefeitura do Município de São Paulo e define o número de cargos das respectivas carreiras).

Todo esse regramento impõe severas restrições no uso de recursos públicos e devem ser rigorosamente observados pelos gestores.

Há que se observar, ainda, a existência de diversas outras cominações além das orçamentárias, como a exigência de certificados de acessibilidade, autos de vistoria de corpo de bombeiros, dentre outras, que igualmente impactam de forma considerável os serviços de manutenção da infraestrutura das unidades de saúde dos municípios. “

No mesmo diapasão, a Advocacia-Geral da UNIÃO adverte que a real implementação das políticas públicas no que diz respeito à promoção da saúde somente pode ser feita quando considerado o quadro geral da saúde pública no município, sob pena de precarização do atendimento nos demais hospitais públicos da localidade, em prejuízo daqueles que não foram beneficiados pela decisão judicial, como se depreende do seguinte trecho da manifestação da AGU (Doc. 91, fls. 4-10):

“De acordo com dados da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (Informações nº 00074/2017/CONJUR/MS/CGUIAGU, em anexo), os valores consolidados das ações judiciais propostas contra a União envolvendo o direito à saúde, no ano de 2016, somaram R\$ 1.226.559.609,64 (um bilhão, duzentos e vinte e seis milhões, quinhentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e nove reais e sessenta e quatro centavos). Isso só confirma a tendência de aumentos dos recursos dispendidos pelo Poder Público para atendimento das demandas judiciais.

(...)

Conforme os dados citados, houve um aumento de 376% em gastos com o cumprimento de decisão judicial na área da saúde pela União do ano de 2010 para o ano de 2014. Esse crescimento também se revela no âmbito dos estados e municípios brasileiros. Percebe-se, assim, que o cumprimento das decisões judiciais não tem por finalidade corrigir uma política pública de saúde equivocada, mas mera oneração do erário sem observância da reserva do possível.

Assim, tais decisões impedem a Administração de se planejar e comprometem o atendimento ao cidadão, pois, embora tais decisões atendam às necessidades dos jurisdicionados do caso concreto; considerando-se o todo, impedem a otimização das políticas públicas no que diz respeito à promoção da saúde.

(...)

Dessa forma, exigir que o ente público cumpra obrigações de fazer com dispêndio de recursos públicos de forma desordenada, irracional e setORIZADA não contribui para a real implementação dos direitos sociais do país. Pelo contrário concessão indiscriminada de decisões judiciais nesse sentido tende a piorar ainda mais a questão da saúde pública no Brasil e de seus recursos orçamentários.

(..)

Nesse contexto, não se pode desconsiderar os cenários de recessão que o Poder Público venha a atravessar (inclusive, atualmente, o Município do Rio de Janeiro, ora recorrente, conforme argumentou o prefeito daquela cidade quanto à urgente necessidade de se renegociar as dívidas com o BNDES e com a Caixa Econômica, para não inviabilizar investimentos em áreas sociais prioritárias, como saúde e educação).

(...)

Por exemplo, no caso concreto, a alocação de recursos públicos para a concretização dos pedidos do Parquet na presente demanda poderia ocasionar a precarização do atendimento nos demais hospitais públicos do Município, prejudicando todos os demais usuários do SUS e vulnerando, assim, a isonomia entre os beneficiários ”

Efetivamente, o pleno atendimento às demandas na área de saúde em face da limitação orçamentária impõem “escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados”, como leciona o Professo RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume III; Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro; Renovar, 1999, p. 154*).

Como todos sabemos, a contratação de médicos para o Sistema Único de Saúde tem sido um dos grandes entraves para o aprimorar o atendimento nas unidades públicas de saúde tanto por limitações orçamentárias, como pela própria estrutura precária das instalações, com falta de equipamentos, materiais, medicamentos, o que torna a área pública de saúde pouco atrativa para os profissionais do setor, bem como para a permanência dos que já ali trabalham.

Ou seja, é pouco provável que a determinação judicial, pontual, de abertura de concurso público para provimento dos cargos vagos de médico, ou a nomeação e posse dos profissionais aprovados, especialmente quando dirigida a um hospital específico, sem consideração de outras carências neste e em outras unidades de saúde da municipalidade, seja suficiente

para garantir a “ *redução do risco de doença e de outros agravos*”, ou o “ *acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Logo, é necessário que o contexto geral da situação no Município - não só da saúde pública, como de outros direitos fundamentais - seja avaliado, a fim de otimizar a aplicação dos recursos públicos de forma a atender o maior número de pessoas possível em áreas sensíveis.

Ao contrário, Sr. Presidente, reputo legítima e válida a atuação excepcional do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas quando fica bem evidenciada a desídia do administrador em garantir a eficácia dos direitos fundamentais, quando se constata o descumprimento reiterado de uma política pública já existente.

Como já asseverei, de início, não é papel do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, mas sim atuar quando constatada a inércia renitente da Administração em dar cumprimento ao seu próprio plano de governo.

Agora, quando as dificuldades são concretas, e estão bem demonstradas, parece-me que o provimento jurisdicional nesse sentido assume os contornos de pura demagogia.

Feitas essas considerações, passo à análise do presente caso.

II- DO CASO CONCRETO

Sustenta o recorrente, em síntese, que o acórdão recorrido, ao determinar a realização de concurso público para provimento, no Hospital Municipal Salgado Filho – RJ, de 79 cargos de médicos, 3 cargos de odontólogos, 89 cargos de enfermeiros e 112 cargos de técnicos e auxiliares de enfermagem e demais providências administrativas, no prazo de 6 meses, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00, importou em violação aos arts. 2º e 196 da Constituição Federal, vez que (a) fere a independência, harmonia e separação entre os poderes; (b) implica em

violação à conveniência e oportunidade para a edição de atos administrativos discricionários; e (c) cria despesa sem a correspondente fonte de custeio.

Ora, o Tribunal de origem, a despeito da nobre intenção de atender o direito social à saúde, acabou por divergir da jurisprudência desta CORTE, no sentido de que, no âmbito do mérito administrativo, cabe ao administrador público o exercício de sua conveniência e oportunidade.

A Procuradoria do Município do Rio de Janeiro informou ao Juízo de primeiro grau que “ *Ao contrário, daquilo de que se tem notícia é, justamente, a política de municipalização do sistema de saúde, com incorporação pelo Réu de diversas unidades de saúde, nas quais o mesmo vem realizando os atos de provedoria e manutenção pertinentes, dentro dos pressupostos e princípios constitucionais aplicáveis, inclusive, no que se refere à questão (1) orçamentária (art. 169 da CF e Lei Complementar nº 101 /2000); (2) do concurso público para ingresso no serviço público; (3) da realização de procedimentos de licitação*” (Vol. 3, fl. 40).

Diante dos argumentos do Município, a sentença consignou que “ *É bem verdade que a situação da saúde pública tanto municipal quanto em nível nacional é precária, mas a invasão à esfera política do ente federado, além de inconstitucional, não sanaria o intrincado e complexo problema da saúde pública — pelo menos, provas não foram produzidas de tanto, certo que a medida pleiteada é pontual, específica e ensejaria — mais uma vez — a intromissão do Judiciário no alocamento dos próprios funcionários municipais*” (Vol. 3, fl. 59).

O acórdão recorrido, diversamente, entendeu que (Vol. 3, fls. 141-143):

“Inevitavelmente, a interferência do Judiciário na atuação do administrador público terá repercussões na alocação de recursos públicos.

No entanto, a alegação da falta de previsão orçamentária não deve ser aceita. Isto porque a própria lei orçamentária permite alocar recursos para um programa de trabalho em que se enquadraria a prestação demandada em juízo.

Ademais, as leis orçamentárias prevêm uma margem para o remanejamento de verbas.

Assim, somente na hipótese em que o Poder Público demonstrar, no caso concreto, que a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição ou pela lei possa realmente comprometer as finanças do ente federativo, representando risco para o desempenho de outras atividades: também essenciais, é que restará inviabilizada a execução da política pública ou parte dela.

(...)

No caso em exame, diante do conteúdo dos relatórios das inspeções realizadas pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro – SINMED (fls. 162/189 do inquérito civil 635/02) e pelo CREMERJ (fls. 193/352), verifica-se que o Hospital Salgado Filho encontra-se sem condições de prestar serviço médico adequado.

Dentre os problemas encontrados no nosocômio, pode-se mencionar a falta de manutenção dos aparelhos de raio X; falta do aparelho chamado "arco em C"; falta de três neurocirurgiões; déficit de sete cirurgiões, além de um cirurgião infantil especializado, nos plantões; necessidade de implantação de UTI infantil e neo-natal, com pessoal especializados, ausência de urologista, o que deixa desativado o serviço de urologia, falta de tela de cirurgia para hérnia, na emergência é preciso a contratação de um cirurgião torácico, bem como de cinco plantonistas em cirurgia vascular e alta taxa de mortalidade.

A gravidade e precariedade da situação das unidades hospitalares têm como principal causa a falta de investimento do Município no setor.

Um caos, verdadeiro "caso de polícia".

O total descaso da Administração resta demonstrado pela cessação dos contratos de manutenção predial e de equipamentos, bem como pela suspensão das licitações para aquisição de medicamentos, materiais e insumos.

(...)

Aduz-se que o estado caótico do nosocômio atinge, principalmente, a camada mais pobre da população, que não possui plano de saúde e depende tão somente da rede pública.

A forma de suprir as necessidades básicas evidenciadas pelos relatórios de inspeções consiste na contratação de mão de obra, haja vista que há um déficit total de 283 profissionais.

Todas as provas produzidas nos autos apontam para essa solução, o que não poderia ser desprezado pelo julgador.

Ante o exposto, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO PARA JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS, determinando ao Município do Rio de Janeiro o suprimento do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital, através da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse

dos profissionais aprovados no certame, bem como corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina (Fls. 193/352), no prazo de 6(seis) meses, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Condena-se, ainda, o réu ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00, nos termos do artigo 20, §4º do CPC, a serem revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (artigo 13 da Lei nº 7.347/85). Sem custas, em razão do que dispõe o artigo 17 da Lei nº 3350/99. “

Como se vê dos trechos acima transcritos, o acórdão recorrido pressupõe a possibilidade de remanejamento de verbas públicas para o cumprimento da obrigação de fazer pleiteada pelo Ministério Público, sem aferir se tal alocação insere-se na política pública formulada pelo Município.

Nesses casos, a jurisprudência desta CORTE tem considerada indevida a ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse sentido, em caso análogo:

“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. defensoria pública. Implantação de plantão permanente na cidade de Erechim. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 636.686-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 16 /8/2013)

Também no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário intervir na discricionariedade do administrador, vejam-se os seguintes precedentes:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Portaria ministerial que estabeleceu direito antidumping provisório na forma de sobretarifa ao imposto de importação (II), relativamente à importação de fosfato monoamônico (MAP) procedente da Rússia. Exclusão da região Nordeste. Adequação da fundamentação do ato normativo. Matéria fática. Súmula nº 279/STF. Análise de legislação infraconstitucional. Afronta reflexa. Pretensão fundada em isonomia que transformaria o Poder Judiciário em legislador positivo.

(...)

2. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar no exame da oportunidade e da conveniência de ato do Poder Executivo (sobretarifa antidumping) no exercício de sua discricionariedade, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, mormente quando não demonstrada ausência de razoabilidade ou de proporcionalidade da medida, como ocorreu no caso dos autos. Precedentes.

(...)

4. Agravo regimental não provido.” (RE 475.954-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 9/9/2013)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO N. 420/92. LEI N. 8.393/91. IPI. ALÍQUOTA REGIONALIZADA INCIDENTE SOBRE O ACÚCAR. ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTS. 150, I, II e § 3º, e 151, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE.

(...)

3. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 480.107-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 27/3/2009)

Logo, não cabe ao Poder Judiciário atuar em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática de ato administrativo discricionário, determinando a realização de concurso público para a contratação de servidores públicos ou a implementação outras medidas administrativas em hospitais da rede pública, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, bem como das regras orçamentárias.

Por todo o exposto, peço vênias ao Eminentíssimo Relator, para, divergindo, DAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, para restabelecer a sentença de improcedência do pleito inicial.

Fixo a seguinte tese para o Tema 698 da repercussão geral:

I - Não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes e das regras orçamentárias legais e constitucionais, atuar em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática de ato administrativo discricionário, determinando

a realização de concurso público para a contratação de servidores públicos para atuação em hospitais, bem como determinando outras medidas de cunho administrativo.

II - É legítima e válida a atuação excepcional do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas quando ficar bem evidenciada a desídia do administrador em dar cumprimento a direitos fundamentais.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/06/2023