

03/07/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
AM. CURIAE. : **SINDICATO DOS MÉDICOS DO RIO DE JANEIRO - SINMED/RJ**
ADV.(A/S) : **SHAIANE MONIQUE DE OLIVEIRA FERREIRA**
AM. CURIAE. : **CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM - COFEN**
ADV.(A/S) : **JOÃO BOSCO TAVARES DE MATTOS E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO RIO DE JANEIRO - COREN/RJ**
ADV.(A/S) : **JUSSARA FILARDI DA SILVA**
AM. CURIAE. : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO ACRE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**
AM. CURIAE. : **ESTADO DE ALAGOAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO AMAPÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO AMAZONAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**
AM. CURIAE. : **ESTADO DA BAHIA**
ADV.(A/S) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO CEARÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**

RE 684612 / RJ

AM. CURIAE. :DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE. :ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE. :ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
AM. CURIAE. :ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
AM. CURIAE. :ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
AM. CURIAE. :ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AM. CURIAE. :ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE. :ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE. :ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
AM. CURIAE. :ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE. :ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE. :ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AM. CURIAE. :ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. :ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AM. CURIAE. :ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RE 684612 / RJ

PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE.	:ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
AM. CURIAE.	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AM. CURIAE.	:ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE.

1. Recurso extraordinário, com repercussão geral, que discute 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. No caso concreto, busca-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina.

2. O acórdão recorrido determinou ao Município: (i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio 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; e (ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento.

3. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado,

RE 684612 / RJ

por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador.

5. Parcial provimento do recurso extraordinário, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.

6. Fixação das seguintes teses de julgamento: “1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por maioria de votos, em apreciando o tema 698 da repercussão geral, dar parcial provimento ao recurso extraordinário para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e

RE 684612 / RJ

com os parâmetros aqui fixados, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Edson Fachin, que negavam provimento ao recurso, e os Ministros Alexandre de Moraes e André Mendonça, que davam provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a sentença de improcedência do pleito inicial. Nesta assentada, o Ministro Luiz Fux reajustou seu voto para acompanhar o Ministro Luís Roberto Barroso. Foram fixadas as seguintes teses: 1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Brasília, 23 a 30 de junho de 2023.

Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO** - REDATOR P/O ACÓRDÃO

15/05/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
RECTE.(S) : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
AM. CURIAE. : **SINDICATO DOS MÉDICOS DO RIO DE JANEIRO - SINMED/RJ**
ADV.(A/S) : **SHAIANE MONIQUE DE OLIVEIRA FERREIRA**
AM. CURIAE. : **CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM - COFEN**
ADV.(A/S) : **JOÃO BOSCO TAVARES DE MATTOS E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO RIO DE JANEIRO - COREN/RJ**
ADV.(A/S) : **JUSSARA FILARDI DA SILVA**
AM. CURIAE. : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO ACRE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**
AM. CURIAE. : **ESTADO DE ALAGOAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO AMAPÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO AMAZONAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**
AM. CURIAE. : **ESTADO DA BAHIA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO CEARÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**
AM. CURIAE. : **DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

RE 684612 / RJ

AM. CURIAE.	: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
AM. CURIAE.	: ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AM. CURIAE.	: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE.	: ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
AM. CURIAE.	: ESTADO DO PARANA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANA
AM. CURIAE.	: ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE.	: ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AM. CURIAE.	: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AM. CURIAE.	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RE 684612 / RJ

AM. CURIAE.	: ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE.	: ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AM. CURIAE.	: ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto com base no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim ementado:

“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 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 POSSUI 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

RE 684612 / RJ

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 CUMPRIDO 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)".

No presente recurso, o Município do Rio de Janeiro alega violação aos arts. 2º e 196 da Constituição Federal.

O recorrente sustenta que

"[o] Judiciário pode, sim, rever o ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, pois nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário; o que não pode, repita-se, é determinar que o agente público pratique um ato discricionário cuja escolha de conveniência e oportunidade lhe pertence" (pág. 176 do documento eletrônico 3).

Argumenta, ainda, que

"[o] implemento do direito social à saúde na construção de hospitais, na contratação de profissionais da saúde e demais conseqüências administrativas pertinentes está adstrito à esfera da discricionariedade administrativa. Logo, o controle judiciário resta afastado quando existam duas ou mais alternativas válidas ou mesmo quando isto implique em

RE 684612 / RJ

substituir o juízo de oportunidade e conveniência do Administrador Público pela discricção jurisdicional” (pág. 186 do documento eletrônico 3).

Requer, por fim, o provimento do recurso.

A Ministra Cármen Lúcia, então relatora do presente feito, submeteu o recurso extraordinário para exame da repercussão geral, que foi reconhecida nos seguintes termos:

“REPERCUSSÃO GERAL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE PROFISSIONAIS SUFICIENTES NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TRANSCENDÊNCIA DA MATÉRIA. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

15/05/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 RIO DE JANEIRO

VOTO

Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, verifico que o recurso não merece prosperar.

Isso porque a Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, o dever estatal de sua efetiva consecução, que pressupõe “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 a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Para alcançar tal finalidade, fontes de receita relativas à seguridade social (arts. 195 e 198, § 1º) e o dever de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde (arts. 167, IV e 198, §§ 2º e 3º) se conjugam com a garantia de financiamento estável e progressivo.

Como já assentei em outro voto, trata-se da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, que também se revela na sua organização administrativa, por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde que prima pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, *caput*).

Ingo Sarlet retoma, a esse propósito, a existência de uma eficácia dirigente e irradiante dos direitos fundamentais, na medida em que eles contêm “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização”, bem como “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”.

Para o autor, os direitos fundamentais são amparados por “deveres

RE 684612 / RJ

de proteção estatais”, que operam como verdadeiros “imperativos de tutela”, em consonância com o dever geral de efetivação atribuído ao Estado. Por isso,

“[...] é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles” (grifei).

Ou seja, segundo Sarlet, o reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais, em favor dos cidadãos, implica também o direito à sua “proteção mediante a organização e o procedimento”, a fim de lhes assegurar objetiva consecução por parte do Estado.

Ora, no tocante ao mérito da demanda em apreço não há como deixar de reconhecer a presença de “imperativos de tutela”, considerada a forma como a Constituição de 1988 estruturou as garantias instrumentais de organização e procedimento para fins de proteção do direito fundamental à saúde. Isso porque o direito de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, a que se refere o art. 196, é realizado por meio de políticas sociais e econômicas que foram definidas, estruturalmente, no art. 198, na forma do Sistema Único de Saúde e do seu financiamento adequado.

O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde, em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado.

RE 684612 / RJ

A noção do que seria tal custeio adequado obviamente há de se assentar em bases juridicamente estáveis (conforme garante o princípio da segurança jurídica) e fiscalmente progressivas (em consonância com os princípios da proporcionalidade e reserva do possível). Esse, por sinal, foi o sentido da análise empreendida pelo Ministro Celso de Mello no exame da ADPF-MC 45/DF, na qual asseverou não caber a manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilizasse o estabelecimento e a preservação do direito à saúde:

“[...] 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-MC 45, Relator Ministro Celso de Mello, grifei).

RE 684612 / RJ

É imperativa, pois, a conclusão de que, ao direito fundamental à saúde, correspondem garantias fundamentais de organização sistêmica (SUS) e de financiamento suficiente e progressivo, conforme a disponibilidade das receitas da seguridade social e o piso de custeio no setor.

Tal arranjo protetivo visa à máxima proteção do direito à saúde, na medida em que seu dever de realização progressiva decorre da lógica do próprio art. 5º, § 1º da Constituição, segundo a qual “a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto”.

Como bem delineado em parecer da lavra do então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot:

“[I]nfelizmente, a tônica tem sido, no processo de concretização das políticas públicas de saúde, o total desapego dos órgãos estatais às disposições constitucionais. Embora a concretização da norma nem sempre seja perfeita, pretende-se que, havendo vários caminhos e intensidades de concretização da norma, a escolha, necessariamente, seja guiada pelo modelo constitucional. Caso o caminho seguido desborde do modelo elaborado na Constituição, ‘não cabe falar de concretização das respectivas normas constitucionais, mas sim de bloqueio ou deturpação do processo concretizador’¹. E aí se abre o espaço para o controle do Judiciário, sem que se vislumbre consistência no suposto atentado à separação dos poderes.

Se não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se na esfera reservada ao Executivo ou Legislativo, para substituí-los em seu juízo de oportunidade e conveniência, na mesma proporção, deve-se-lhe assegurar a atividade, para preservar o mínimo social que garanta a existência digna da pessoa humana, aí incluído um atendimento básico e eficiente de saúde. Ao

RE 684612 / RJ

Judiciário não cabe fazer, nem sequer interferir nas escolhas políticas de governo, mas lhe caberá, por determinação constitucional, avaliar o sistema de prioridades fixado. Isso porque o administrador não é livre nas escolhas dos fins, quando correspondam a bens constitucionalmente protegidos. Não se pode nulificar direito fundamental assegurado na Constituição, a pretexto de falta de recursos. Há que se resguardar, pelo menos, o núcleo indisponível do direito, apesar da realidade da escassez de recursos públicos, racionalizando a sua utilização” (pág. 5 do documento eletrônico 96).

Nesse contexto, como anota Ana Paula de Barcellos,

“[...] o constituinte originário não deixou ao livre alvedrio do legislador ordinário, isto é, da maioria episodicamente no poder, o estabelecimento das prioridades e nem muito menos quanto devem investir nas áreas de educação e saúde, principalmente. Ao contrário, vinculou-o desde logo às prioridades que previamente estabeleceu, indispensáveis ao alcance das metas propostas, e, mais que isso, ao quanto se deve investir nos respectivos setores, de modo a tornar até mesmo sindicáveis pelo poder judicial as respectivas políticas públicas à luz do princípio da eficiência a que se submete a administração pública”.

Cabe repisar que esse é o sentido dos incisos I e IV do parágrafo único do art. 194, ao que se soma o forte comando do art. 196, ambos inscritos na Constituição de 1988 desde sua redação originária. Da conjugação desses dispositivos é que se extrai a perspectiva de que qualquer restrição de cobertura ou atendimento no âmbito do SUS e, por conseguinte, do montante de recursos públicos ali empregados pelos governos lesa o direito à saúde, por lhe esvaziar das suas finalidades de redução do risco de doença e de outros agravos, bem como de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e

RE 684612 / RJ

recuperação.

Acerca da tensão entre reserva do possível e consecução progressiva do direito fundamental à saúde, Fernando Facury Scaff bem observa que:

“[...] o conceito de *reserva do possível* está casado com outro, muito caro aos direitos sociais, que é o da *progressividade* na concretização desses direitos. Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos fornecidos progressivamente pelo Estado, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado – o que não ocorre com outros direitos, tal como o de *maioridade*, a qual se obtém de um dia para outro – literalmente. Os direitos sociais são direitos *implementados à prestação, de forma progressiva*.

Esta característica aplicada ao direito à saúde no Brasil implica em dizer que o direito “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”, constante do art. 196 da CF, não é algo que seja obtido de plano, plenamente finalizado em um dado momento histórico. Isto decorre do desenvolvimento científico e tecnológico da medicina que sempre traz novas respostas aos problemas de saúde existentes, bem como das limitações próprias dos recursos públicos disponíveis. Não há e nem haverá jamais recursos suficientes para implementar de forma completa e cabal o direito à saúde de modo a satisfazer plenamente todas as necessidades da sociedade – infelizmente.

Portanto, a *reserva do possível* está, de certo modo, casada com a necessária característica de serem os direitos sociais *direitos a prestações*. Os recursos públicos são escassos, mas, a despeito disso, devem sempre ser utilizados de modo a ampliar as prestações sociais que implementem os direitos sociais previstos em nossa Constituição”.

Assim, ainda que seja sabido que a busca da redução do risco de

RE 684612 / RJ

doença e de outros agravos, bem como a meta de assegurar acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, sejam material e faticamente inesgotáveis, outra alternativa não há senão a de manter e aprimorar o financiamento da política pública de saúde.

Ana Paula de Barcellos, a esse respeito, pertinentemente alerta que:

“Se o Estado tem o dever de oferecer determinada prestação em matéria de saúde por força do próprio texto constitucional – isto é: se se trata de uma prioridade definida pela Constituição sob a forma de um consenso mínimo oponível a todos os grupos políticos –, parece lógico concluir que o Poder Público está obrigado a tomar decisões orçamentárias coerentes com esse dever. Veja-se: se o Estado está obrigado, pela Constituição, a oferecer serviços que custam dinheiro, concluir que o mesmo Estado estaria absolutamente livre para investir os recursos disponíveis como lhe pareça melhor – inclusive *livre* para **não** investir nos serviços referidos – parece um contrassenso.

Nesse cenário, se há carência de postos de saúde, Executivo e Legislativo estão obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar os recursos necessários à prestação de tais serviços. **A não alocação de verbas nesses termos descreverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida. E se se trata de um dever jurídico – isto é: o dever de alocar os recursos necessários para a prestação de serviços exigidos constitucionalmente –, sua inobservância deve poder ser objeto de controle jurisdicional”** (Grifei).

Não cabe omissão tampouco retrocesso no custeio do direito à saúde, ainda que não se possa pretender assegurar ilimitadamente – no campo das demandas individuais, inclusive judiciais, pela integralidade do direito à saúde – tratamentos alheios aos limites orçamentários, administrativos e tecnológicos da política pública.

RE 684612 / RJ

Fernando Facury Scaff chega a afirmar a existência de um “orçamento mínimo social”, na medida em que “o *constituente* não concedeu ao *legislador* tão ampla *discricionariedade* sobre *quanto* deve destinar do montante arrecadado para os gastos sociais. Isto porque a própria Constituição traz uma série de obrigatórias vinculações de receita às despesas sociais”. Daí é que sobressaem as “garantias constitucionais de financiamento dos direitos sociais” a que Scaff se refere.

Dado o seu caráter instrumental (garantia procedimental), Comparato e Pinto suscitam que os deveres de aplicação mínima de recursos em saúde e educação (“pisos” de que tratam os arts. 198 e 212 da CF) comportam-se como remédios constitucionais que resguardam e tutelam o nível essencial de efetividade de tais direitos sociais, em moldes análogos ao *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular (art. 5º, incisos LXVIII a LXXIII).

Especificamente no caso em exame, a síntese parcial que cumpre firmar é a de que a proteção constitucional do direito à saúde e, por conseguinte, do direito à vida, exige que sejam assegurados concomitantemente a higidez do SUS e o seu financiamento adequado, seja pelo viés das fontes próprias e solidárias de receitas da seguridade social, seja pelo viés do dever de gasto mínimo no setor. Este é o estágio já conquistado de realização do direito à saúde, cujo retrocesso viola seu núcleo essencial.

Justamente pela inequivocidade da diretriz constitucional, bem como por força da incidência dos postulados da dignidade da pessoa humana e da inafastabilidade da jurisdição, não há óbice de nenhum tipo – nem ofensa a nenhum princípio constitucional, tal como o da separação de poderes – ao pleno conhecimento do pedido. Trago a lume o quanto expus no RE 592.581 a respeito de situação análoga, que também diz com o dever do Estado de garantir o mínimo existencial e com o

RE 684612 / RJ

posicionamento do Judiciário diante do descumprimento de tal dever:

“Sabe-se hoje, que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e *positivamente vinculantes*, como ensina Gomes Canotilho.

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram.

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário.

Segundo assentei em sede acadêmica, os direitos individuais, institucionalizados há mais de trezentos anos, além de claramente exteriorizados, por meio de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, encontram-se protegidos por uma série de garantias bem definidas, que pouco variam de um sistema jurídico para outro.

Assim, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, penso que não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública.

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

Nesse contexto, **não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas** na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz

RE 684612 / RJ

da teoria da separação dos poderes. (...)

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.

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.

Sim, porque, como já assentou o Ministro Celso de Mello, não pode o Judiciário omitir-se *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 direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.* (...)

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete *impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada.*

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana”.

Também em sede acadêmica já tive oportunidade de afirmar, ao citar a valiosa obra “A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio, que:

RE 684612 / RJ

“Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. (...) E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade”.

Diante de todo o exposto, entendo que o acórdão recorrido não afrontou o texto constitucional, ao determinar que a recorrente realizasse de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, nomeando e dando posse aos profissionais aprovados no certame, além de corrigir procedimentos e sanar irregularidades expostas em relatório do Conselho Regional de Medicina, dentro do prazo estipulado.

Isso posto, nego provimento ao recurso, fixando a seguinte tese de repercussão geral: “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 irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina”.

É como voto.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145-151.

Idem, p. 149-151.

33 TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Financeiro:

RE 684612 / RJ

Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

44 Como se lê expressamente a partir do rol de competências materiais atribuídas aos entes da federação nos arts. 23, II e 30, VII e ao SUS no art. 200 pela Constituição de 1988.

55 Em rota de consonância com o dever de implementação progressiva dos direitos no nível máximo de recursos disponíveis, conforme o artigo 2º, item 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992); bem como com a obrigação de adotar medidas até o máximo da disponibilidade orçamentária, inscrita no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de São Salvador (promulgado pelo Decreto 3.321/1999).

66 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17.

77 BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

88 SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.

99 Como já suscitado por SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.

1010 BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 816.

RE 684612 / RJ

1111 Idem, p. 106.

1212 COMPARATO, Fábio; PINTO, Élide Graziane. **Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional.** In: Consultor Jurídico. 17 de dezembro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protecao>.

1313 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos.** Revista de Direito Administrativo, v. 251, Editora FGV Direito Rio, 2009, p. 78.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS MÉDICOS DO RIO DE JANEIRO - SINMED/RJ

ADV.(A/S) : SHAIANE MONIQUE DE OLIVEIRA FERREIRA (175613/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM - COFEN

ADV.(A/S) : JOÃO BOSCO TAVARES DE MATTOS (1126/SE) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO RIO DE JANEIRO - COREN/RJ

ADV.(A/S) : JUSSARA FILARDI DA SILVA (0160102/RJ)

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

AM. CURIAE. : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

AM. CURIAE. : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

AM. CURIAE. : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

AM. CURIAE. : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AM. CURIAE. : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

AM. CURIAE. : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

AM. CURIAE. : ESTADO DO PIAUÍ
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE. : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE. : ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ESTADO DE SERGIPE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AM. CURIAE. : ESTADO DO TOCANTINS
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE. : UNIÃO
PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Luiz Fux, que negavam provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese de repercussão geral (tema 698): "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", pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Maurício Martinez Toledo dos Santos, Procurador do Município; pelo recorrido, a Dra. Inês da Matta Andreiuolo, Procuradora de Justiça; e, pelo *amicus curiae* Conselho Regional de Enfermagem do Rio de Janeiro - COREN/RJ, o Dr. José Luiz Baptista de Lima Júnior. Plenário, Sessão Virtual de 8.5.2020 a 14.5.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

03/07/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
AM. CURIAE. : **SINDICATO DOS MÉDICOS DO RIO DE JANEIRO - SINMED/RJ**
ADV.(A/S) : **SHAIANE MONIQUE DE OLIVEIRA FERREIRA**
AM. CURIAE. : **CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM - COFEN**
ADV.(A/S) : **JOÃO BOSCO TAVARES DE MATTOS E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO RIO DE JANEIRO - COREN/RJ**
ADV.(A/S) : **JUSSARA FILARDI DA SILVA**
AM. CURIAE. : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO ACRE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**
AM. CURIAE. : **ESTADO DE ALAGOAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO AMAPÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO AMAZONAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**
AM. CURIAE. : **ESTADO DA BAHIA**
ADV.(A/S) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**
AM. CURIAE. : **ESTADO DO CEARÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**

RE 684612 / RJ

AM. CURIAE.	:DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	:ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
AM. CURIAE.	:ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
AM. CURIAE.	:ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
AM. CURIAE.	:ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AM. CURIAE.	:ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE.	:ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE.	:ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AM. CURIAE.	:ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AM. CURIAE.	:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RE 684612 / RJ

PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE.	:ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
AM. CURIAE.	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AM. CURIAE.	:ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

V O T O

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):

RE 684612 / RJ

(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

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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*

RE 684612 / RJ

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 conseqüências administrativas pertinentes está adstrito à esfera da discricionariedade 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

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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”.

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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).'

RE 684612 / RJ

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.

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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** 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).”

RE 684612 / RJ

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:

RE 684612 / RJ

“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

RE 684612 / RJ

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 agravo. 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.

RE 684612 / RJ

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.

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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 correção 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.

RE 684612 / RJ

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 LEWANDOWISKI, 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,

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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 despender 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

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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.

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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).

RE 684612 / RJ

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 aloca 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 atividade: 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

RE 684612 / RJ

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

RE 684612 / RJ

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:

“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 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:

“Agravamento 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

RE 684612 / RJ

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 vênua ao Eminentíssimo Relator, para, divergindo, DAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, para restabelecer a sentença de improcedência do pleito inicial.

RE 684612 / RJ

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 cumprimentos a direitos fundamentais.

03/07/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 RIO DE JANEIRO

VOTO VISTA:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE.

1. Recurso extraordinário, com repercussão geral, que discute 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. No caso concreto, busca-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina.

2. O acórdão recorrido determinou ao Município: (i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio 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; e (ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das

RE 684612 / RJ

irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento.

3. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador.

5. Parcial provimento do recurso extraordinário, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.

6. Fixação das seguintes teses de

RE 684612 / RJ

juízo: “1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”.

I. SÍNTESE DO CASO

1. Trata-se de recurso extraordinário originado de ação civil pública proposta, em 2003, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município do Rio de Janeiro, em razão das más condições de estrutura e atendimento do Hospital Municipal Salgado Filho. Foram formulados, em síntese, os seguintes pedidos condenatórios: **(i)** a abertura de concurso público para o provimento cargos vagos na área da saúde, a fim de suprir o déficit de pessoal apontado; **(ii)** que os servidores aprovados nesse concurso sejam lotados, especificamente, no Hospital Municipal Salgado Filho; **(iii)** que sejam sanadas, pela Administração municipal, todas as irregularidades apontadas com relação ao referido hospital pelo relatório elaborado pelo Conselho Regional de Medicina – CREMERJ.

RE 684612 / RJ

2. A ação civil pública se fundamenta em informações colhidas no âmbito de Inquérito Civil, deflagrado a partir de relatório de fiscalização realizado pelo CREMERJ. De acordo com o narrado na petição inicial, além do déficit de 283 profissionais, o relatório aponta irregularidades de diversas naturezas, a exemplo da ausência de vedação dos recipientes coletores de lixo, cruzamento de material estéril com contaminado, e falta de manutenção e substituição de equipamentos.

3. O pedido foi julgado improcedente pela sentença, que se fundamentou, principalmente, em limitações impostas à sindicabilidade jurisdicional de políticas públicas, frente ao princípio da separação dos poderes. Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público, a decisão foi integralmente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou ao Município: **(i)** o suprimento do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela direção do hospital, *especificamente por meio 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; e **(ii)** a correção dos procedimentos e o saneamento das 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). O acórdão foi assim ementado:

“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 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 POSSUI PLANO PARTICULAR E DEPENDE TÃO SOMENTE DA REDE PÚBLICA PARA ATENDIMENTO. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO

RE 684612 / RJ

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 CUMPRIDO 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)“.**

4. O acórdão foi impugnado por recurso extraordinário interposto pelo Município do Rio de Janeiro, com base no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, ora submetido ao julgamento desta Corte. O recorrente alega violação aos arts. 2º e 196 da CF. Defende, em síntese, que: **(i)** embora o Judiciário possa rever a juridicidade do ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, não lhe é dado determinar que a Administração Pública pratique um ato discricionário cujo juízo de conveniência e oportunidade é atribuído ao agente público; **(ii)** o implemento do direito à saúde, por meio da construção de hospitais, contratação de profissionais da área e outras medidas administrativas pertinentes, é adstrito à esfera da discricionariedade do administrador; **(iii)** o controle judicial, nesses casos, deve ser afastado quando existirem duas ou mais alternativas válidas ou quando implicar em substituir do

RE 684612 / RJ

juízo discricionário do administrador pelo do órgão jurisdicional.

5. A repercussão geral da questão constitucional foi reconhecida em acórdão assim ementado:

“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” (RE 684612 RG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 06.02.2014).”

6. Iniciada a execução provisória do acórdão de origem, o Município do Rio de Janeiro ingressou com a Ação Cautelar 3.809, na qual foi deferido, em 28.04.2015, efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

7. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso, em parecer ementado nos seguintes termos:

“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

RE 684612 / RJ

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.”

8. Na Sessão Virtual realizada entre 08 e 14.5.2020, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator, votou pelo desprovimento do recurso, propondo a fixação da seguinte tese de julgamento: *“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 irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina”*. Seu voto foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux.

9. Pedi vista dos autos para uma análise mais detida da matéria, trazendo-os agora para continuidade de julgamento.

II. UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA: O DIREITO À SAÚDE E A

RE 684612 / RJ

JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

10. A Constituição de 1988, reconhecendo a saúde como direito social fundamental dos cidadãos, conferiu-lhe grau de relevância e destaque absolutamente distinto das normativas constitucionais anteriores. A constitucionalização desse direito e a sua elevação ao *status* de direito fundamental fizeram com que se conferisse à saúde o mais alto grau de importância e de força normativa. Em outras palavras: à luz da normativa constitucional em vigor, não basta que o direito à saúde seja uma promessa; é necessário que o Estado garanta, por meio de políticas públicas, a sua concretização. A saúde consubstancia, assim, bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (arts. 196 e ss. da Constituição).

11. A jurisprudência que se vem formando acerca do *direito à saúde*, em suas diversas vertentes, é exemplo emblemático da conquista, pós-1988, da força normativa e efetividade da Constituição. Os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça variadas prestações concernentes ao direito à saúde, tem procurado realizar a promessa constitucional de sua prestação universalizada.

12. No entanto, como tenho dito em ocasiões diversas, tanto em trabalhos acadêmicos como em votos proferidos nesta Corte em situações análogas, esse sistema vem apresentando sintomas de que pode “morrer da cura”, vítima dos excessos voluntaristas e da falta de critérios objetivos que geram indesejada imprevisibilidade da prestação jurisdicional. Esses problemas colocam em risco a própria continuidade

RE 684612 / RJ

das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. De fato, a atuação casuística do Poder Judiciário atende às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, pode interferir nas possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

13. Além disso, a atuação judicial em demandas individuais acaba por colocar em posição de vantagem aqueles que pertencem às classes mais favorecidas. De fato, nessas hipóteses, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial.

14. Portanto, nessa seara, o Judiciário certamente não *podese* *menos do que deve ser*, deixando de tutelar direitos fundamentais que seriam promovidos com a sua atuação. Mas também não deve querer *ser mais do que pode ser*, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, acabar causando grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

15. O problema do direito à saúde – e das políticas públicas voltadas à sua promoção e efetivação – deve ser olhado, necessariamente, à luz dos limites e possibilidades das entidades federativas (não só estritamente financeiras, mas também organizativas e executórias, dentre outros aspectos). União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm, sem dúvida, compromisso com a promoção, na maior extensão possível, do direito à saúde. Mas isso se dá em um contexto de formulação e implementação de políticas públicas, que se inserem num amplo sistema – tão amplo como são as necessidades sociais que o Poder Público deve atender. Além da saúde, o Estado também deve promover os direitos à educação, cultura, transporte público, infraestrutura e uma infinidade de

RE 684612 / RJ

outros setores, também tutelados pela Constituição e/ou pela lei.

16. Diante de tais considerações, mesmo admitindo que a judicialização é uma circunstância atual e mesmo inevitável da vida brasileira, em matéria de direito à saúde ela não pode ser vista como meio natural de se definirem políticas públicas. De fato, é mais adequado que sejam definidos direitos e obrigações por via legislativa e administrativa, de modo que os litígios sejam residuais e não de massa.

17. Nesse cenário, o que se necessita nessa matéria é estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por critérios de racionalidade e de eficiência. É a falta de critérios universais que tem tornado o sistema disfuncional e desigual.

18. Em arremate desta breve introdução, cabe enfrentar a ideia, que acabou se tornando verdadeiro senso comum, de que o Poder Judiciário, quando se depara com casos nos quais se discutem certas questões do direito à saúde – *e.g.* fornecimento de certo medicamento ou custeio de um tratamento para a parte –, faria uma ponderação entre o direito à vida e à saúde, de um lado, e princípios orçamentários, separação de poderes e reserva do possível, do outro lado. Isso, todavia, não é verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.

III. PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

19. Estabelecidas estas premissas, cabe agora analisar a situação posta nos autos, em que o acórdão recorrido consubstancia, inegavelmente, decisão judicial que interfere na seara das políticas públicas na área de saúde, impondo à entidade estatal uma série de

RE 684612 / RJ

obrigações de fazer, atinentes à abertura de concurso público, à admissão e lotação de servidores em hospital específico e à execução de obras para atender a necessidades ligadas ao direito fundamental à saúde. A questão que se coloca é perquirir se essa intromissão do Poder Judiciário, com a amplitude realizada pelo acórdão recorrido, é legítima e constitucionalmente adequada.

20. Desde logo, destaco que o caso concreto do qual se originou o recurso que ora se analisa reveste-se de inegável gravidade. A seriedade das circunstâncias envolvidas sobressai de diversos documentos e manifestações constantes dos autos. Confira-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto do relator do acórdão impugnado:

“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 especializado, 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

RE 684612 / RJ

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 supor 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.” (fls. 333/334).

21. Consoante já exposto no tópico anterior, a atuação do Poder Judiciário em matéria de concretização de direitos sociais é permeada por complexidades e críticas. Contudo, em cenários em que a inércia administrativa frustra a realização de direitos fundamentais, não há como negar ao Poder Judiciário algum grau de interferência para a implementação de políticas públicas. Negar a possibilidade de atuação jurisdicional nessa matéria equivaleria a negar a própria efetividade do direito social constitucionalmente assegurado, retornando à ultrapassada ideia de que tais direitos seriam normas meramente programáticas ou principiológicas.

22. Anoto que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a intervenção do Judiciário para a implementação de políticas públicas, em situações excepcionais, quando comprovada a inércia ou morosidade do ente público, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Nesse sentido: ARE 1.230.668 AgR-EDv-AgR, sob a minha relatoria, Tribunal Pleno, j. em 16.08.2022; ARE 1.408.531 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 07.02.2023; ARE 1.289.323 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 04.10.2021, dentre outros.

23. Ressalto, sobre o tema, a tese firmada no RE 592.581, j. em 13.08.2015, tema 220 da repercussão geral, no seguinte sentido: “*É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos*

RE 684612 / RJ

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". Nesse precedente, o Tribunal examinou o espaço de atuação judicial, tendo em vista, de um lado, as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, e, de outro, a delicada situação orçamentária da União e demais entes federados.

24. Destaco, também, julgado recente no qual o Plenário desta Corte reafirmou o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais. No RE 1.008.166, paradigma do tema 548 da repercussão geral, discutiu-se o dever do Estado de assegurar vaga em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, à luz do art. 208, IV, da Constituição. Nessa oportunidade, o Tribunal consignou que omissões do Poder Público na concretização do direito à educação infantil constituem violação direta ao texto constitucional, a respaldar a atuação do Judiciário.

25. Ao final, foi fixada a seguinte tese de julgamento: *"1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica".* O acórdão foi ementado nos seguintes termos:

"Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. GARANTIA DE VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CF/88.

RE 684612 / RJ

PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que assegura às crianças de zero a cinco anos de idade a primeira etapa do processo de educação básica mediante o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (art. 208, IV, da Constituição Federal).

2. O Estado tem o dever constitucional de garantir o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão estatal e violação a direito subjetivo, sanável pela via judicial. Precedentes: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 4/6/2009, e RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 3/8/2007.

3. O Poder Judiciário pode impor à Administração Pública a efetivação de matrícula de crianças de zero a cinco anos de idade em estabelecimento de educação infantil, sem haja violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

4. Ex positis, voto no sentido de, no caso concreto, NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma.

5. A tese da repercussão geral fica assim formulada: 1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.” (RE 1.008.166, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 22.09.2022)

RE 684612 / RJ

26. Na área da saúde pública, a inefetividade dos direitos fundamentais ficou ainda mais nítida durante o período da pandemia de Covid-19. A situação precária de grande parte dos hospitais e centros de atendimento públicos do país, com falta de estrutura material de atendimento, equipamentos de proteção coletiva e individual e déficit de profissionais de saúde foi um dos grandes obstáculos para o enfrentamento da pandemia no Brasil.

27. Exemplifica essa situação a liminar deferida por este Tribunal na ACO 3.473, j. em 08.04.2021. A demanda foi proposta pelo Estado do Maranhão contra a União, diante da redução no custeio dos leitos de UTI necessários ao enfrentamento da pandemia da COVID-19. Dentre outras medidas, a Corte determinou ao ente federal que restabelecesse os leitos destinados ao tratamento da COVID-19, além de prestar suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTIs no Estado requerente, sempre de forma proporcional às outras unidades federativas. Transcrevo, para melhor elucidação, a ementa do julgado:

“TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO SOCIAL À SAÚDE (CF, ARTS. 6º E 196). PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. COVID-19. COMPROVAÇÃO, POR MEIO DE ESTUDOS TÉCNICOS QUALIFICADOS, DO RECRUDESCIMENTO DA CRISE DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL. AUMENTO DO NÚMERO DE ESTADOS EM ZONA DE ALERTA CRÍTICO (MAIS DE 80% DOS LEITOS DE UTI OCUPADOS). INÉRCIA DA UNIÃO FEDERAL NO DESEMPENHO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DE EXERCER A COORDENAÇÃO NACIONAL DO ENFRENTAMENTO AO ESTADO DE EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA E DE PROVER AUXÍLIO TÉCNICO E FINANCEIRO AOS ENTES SUBNACIONAIS NA EXECUÇÃO E FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS SANITÁRIAS. INJUSTIFICADA REDUÇÃO DE CUSTEIO DOS LEITOS DE UTI PARA PACIENTES DA COVID-19 NOS ESTADOS-

RE 684612 / RJ

MEMBROS. LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS CONSTITUCIONAIS DE SAÚDE PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC. PROBABILIDADE DE DIREITO EVIDENCIADA. RISCO DE DANO CARACTERIZADO: NÃO HÁ NADA MAIS URGENTE DO QUE O DESEJO DE VIVER. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DEFERIDA. REFERENDO. 1. As condições da saúde pública decorrentes da calamidade provocada pelo novo Coronavírus, agravadas pelo recrudescimento da pandemia em todo território nacional, desautorizam qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, especialmente a supressão de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. 2. Comprovada a omissão estatal e identificado o gerenciamento errático em situação de emergência, como a que ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcados constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196). 3. Tutela de urgência deferida para: (i) determinar à União Federal que analise, imediatamente, os pedidos de habilitação de novos leitos de UTI formulados pelo Estado requerente junto ao Ministério da Saúde; (ii) determinar à União que restabeleça, imediatamente, de forma proporcional às outras unidades federativas, os leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19 no Estado requerente que estavam habilitados (custeados) pelo Ministério da Saúde até dezembro de 2020, e que foram reduzidos nos meses de janeiro e fevereiro de 2021; (iii) determinar à União Federal que preste suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTI's no Estado requerente, de forma proporcional às outras unidades federativas, em caso de evolução da pandemia. 4. Medida liminar referendada.”

(ACO 3.473 MC-Ref, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 08.04.2021)

28. Nesse cenário, é importante a construção de parâmetros

RE 684612 / RJ

para permitir uma atuação efetiva e organizada do Poder Judiciário, com vistas à concretização de direitos fundamentais, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador para a definição e implementação de políticas públicas.

29. Em *primeiro lugar*, é necessário que esteja devidamente comprovada nos autos a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público. De fato, quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprem seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estará autorizado a servir de alerta para que estes exerçam suas atribuições. Falhas estruturais geradas pelo vazio ou pela inefetividade de políticas públicas para o atendimento de determinado direito fundamental fazem com que a atuação do Judiciário seja necessária, em especial se estiver em jogo o mínimo existencial.

30. Assim, diante de um Poder Executivo omissivo, é necessária uma intervenção judicial para “retirar as autoridades públicas do estado de letargia”, como bem pontuou esta Corte na medida cautelar da ADPF 347, que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”, em razão da violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

31. Em síntese, é obrigação dos Poderes Públicos fornecerem políticas públicas de qualidade. Mesmo diante de uma escassez de recursos, os direitos fundamentais não podem ser ignorados, cabendo ao Estado oferecer condições mínimas para a efetivação desses direitos em nome da dignidade humana. Frente a omissões reiteradas do Executivo e Legislativo, pode o Judiciário ser chamado na tentativa de corrigir violações constantes ao texto constitucional.

32. Em *segundo lugar*, no atendimento dos pedidos formulados pelo autor da demanda, deve-se observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os

RE 684612 / RJ

recursos efetivamente existentes¹. De fato, os recursos públicos são finitos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a tomada de decisões difíceis. Nesse contexto, decisões judiciais casuísticas, que determinam a adoção de diversas melhorias em hospital específico e se distanciam de uma visão sistêmica sobre a matéria acabam por contribuir para a desorganização da Administração Pública, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão e impedindo a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

33. Assim, o órgão julgador deverá questionar se é razoável e faticamente viável que aquela obrigação seja universalizada pelo ente público devedor. Na hipótese em análise, caberia ao Tribunal de Justiça local examinar se seria possível ao Município do Rio de Janeiro implementar as obrigações impostas também em outras unidades de saúde que estejam em condição similar à do Hospital Salgado Filho.

34. Em *terceiro lugar*, entendo que cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada. Estabelecida a meta a ser cumprida, diversos são os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz. Trata-se de um modelo “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo².

1 Cf. Daniel Sarmiento, “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”, In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coords.), *Direito Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010.

2 Sobre o tema, confira: Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 2008, pp. 247-258; Felipe de Melo Fonte, *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*, 2015, pp. 321-322; Camila Almeida Porfiro, *Litígios Estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*, 2018, pp. 73-79.

RE 684612 / RJ

35. No exemplo dos autos, constatado o déficit de profissionais de saúde, caberia ao Judiciário determinar que a irregularidade seja sanada. No entanto, cabe ao Poder Executivo Municipal decidir se suprirá tal deficiência, por exemplo, mediante a realização de concurso público, por meio do remanejamento de recursos humanos ou a partir da celebração de contratos de gestão e termos de parceria com organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Anoto que, na ADI 1.923 (red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 16.04.2015), este Tribunal respaldou o modelo de colaboração público-privada para a prestação de serviços públicos de saúde, educação, cultura, dentre outros. Portanto, não pode o Poder Judiciário substituir a vontade do administrador público e privilegiar determinada forma de contratação de pessoal ou de gestão dos serviços públicos de saúde.

36. Desse modo, o órgão julgador deve privilegiar medidas estruturais de resolução do conflito³. Para atingir o “estado de coisas ideal”⁴– o resultado a ser alcançado –, o Judiciário deverá identificar o problema estrutural. Caberá à Administração Pública apresentar um plano adequado que estabeleça o programa ou projeto de reestruturação a ser seguido, com o respectivo cronograma. A avaliação e fiscalização das providências a serem adotadas podem ser realizadas diretamente pelo Judiciário ou por órgão delegado. Deve-se prestigiar a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis.

37. No caso dos autos, por exemplo, pode-se pensar em um

3 Sobre o tema “litígios estruturais”, veja: Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro, *Revista de Processo* n° 303: 45-81, 2020; Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Felix Jobim, Curso de Processo Estrutural, 2021.

4 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro, *Revista de Processo* n° 303: 45-81, 2020.

RE 684612 / RJ

plano para correção das irregularidades no Hospital Municipal Salgado Filho, que garanta um mínimo existencial para o atendimento da população, respeitando, assim, o direito à saúde e à dignidade humana e, ao mesmo tempo, considere a situação das demais unidades de saúde sob responsabilidade do Município, para as quais os recursos orçamentários e esforços administrativos também devem ser orientados. O plano poderia ser elaborado diretamente pela Administração Pública Municipal – e, posteriormente, homologado pelo Tribunal de Justiça local – ou desenvolvido em conjunto entre os dois Poderes.

38. Em *quarto lugar*, anoto que uma das principais críticas à atuação judicial na implementação de política pública diz respeito à ausência de expertise e capacidade institucional. Essa ideia se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. Para atenuar esse problema, a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual. No caso em análise, por exemplo, a inicial da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro fundamenta-se em relatórios das inspeções realizadas pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro – SINDMED e pelo CREMERJ.

39. Em *quinto lugar*, sempre que possível, o órgão julgador deverá abrir o processo à participação de terceiros, com a admissão de *amici curiae* e designação de audiências públicas, permitindo a oitiva não apenas dos destinatários da ordem, mas também de outras instituições e entidades da sociedade civil. Tais providências contribuem não apenas para a legitimidade democrática da ordem judicial como auxiliam a tomada de decisões, pois permitem que o órgão julgador seja informado por diferentes pontos de vista sobre determinada matéria, contribuindo para uma visão global do problema. Além disso, uma construção dialógica da decisão favorece a sua própria efetividade, uma vez que são maiores as chances de cumprimento, pelo Poder Público, de

RE 684612 / RJ

determinações que ele próprio ajudou a construir.

IV. CONCLUSÃO

40. No caso em análise, o acórdão recorrido reconheceu a omissão específica do Município do Rio de Janeiro no cumprimento de seu dever constitucional de garantir o direito à saúde, em razão das precárias condições do Hospital Municipal Salgado Filho. Esses elementos probatórios não podem ser revistos neste momento processual, em razão do óbice da Súmula 279. Nesse cenário, a intervenção do Poder Judiciário visa a garantir o mínimo existencial relativo ao direito à saúde, intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana.

41. No entanto, as providências determinadas pelo Tribunal local não se alinham aos parâmetros de atuação aqui propostos, uma vez que não se limitam a indicar a finalidade a ser atingida. Em lugar disso, interferem fortemente no mérito administrativo ao determinar, por exemplo, a contratação de pessoal via concurso público e a sua lotação em determinado hospital da rede municipal de saúde.

42. Além disso, vale lembrar que a ação foi proposta em abril de 2003 e o acórdão recorrido proferido em maio de 2006. Portanto, é necessário examinar se, quase 20 (vinte) anos depois, as irregularidades indicadas na inicial e as medidas determinadas pelo acórdão recorrido ainda atendem à atual realidade do Hospital Salgado Filho.

43. Diante do exposto, voto no sentido de **dar parcial provimento ao recurso extraordinário** para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.

RE 684612 / RJ

44. Proponho a fixação das seguintes teses de julgamento: “1. *A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.* 2. *A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;* 3. *No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”.*

45. É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS MÉDICOS DO RIO DE JANEIRO - SINMED/RJ

ADV.(A/S) : SHAIANE MONIQUE DE OLIVEIRA FERREIRA (175613/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM - COFEN

ADV.(A/S) : JOÃO BOSCO TAVARES DE MATTOS (1126/SE) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO RIO DE JANEIRO - COREN/RJ

ADV.(A/S) : JUSSARA FILARDI DA SILVA (0160102/RJ)

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

AM. CURIAE. : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

AM. CURIAE. : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

AM. CURIAE. : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

AM. CURIAE. : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AM. CURIAE. : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

AM. CURIAE. : ESTADO DA PARAIBA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
AM. CURIAE. : ESTADO DO PARANÁ
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE. : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE. : ESTADO DO PIAUÍ
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AM. CURIAE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE. : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE. : ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ESTADO DE SERGIPE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AM. CURIAE. : ESTADO DO TOCANTINS
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE. : UNIÃO
PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Luiz Fux, que negavam provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese de repercussão geral (tema 698): "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", pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Maurício Martinez Toledo dos Santos, Procurador do Município; pelo recorrido, a Dra. Inês da Matta Andreiuolo, Procuradora de Justiça; e, pelo *amicus curiae* Conselho Regional de Enfermagem do Rio de Janeiro - COREN/RJ, o Dr. José Luiz Baptista de Lima Júnior. Plenário, Sessão Virtual de 8.5.2020 a 14.5.2020.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 698 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado

Filho e com os parâmetros aqui fixados, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Edson Fachin, que negavam provimento ao recurso, e os Ministros Alexandre de Moraes e André Mendonça, que davam provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a sentença de improcedência do pleito inicial. Nesta assentada, o Ministro Luiz Fux reajustou seu voto para acompanhar o Ministro Roberto Barroso. Foram fixadas as seguintes teses: "1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)". Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário