

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

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

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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)

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-

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

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

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.

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* nº 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* nº 303: 45-81, 2020.

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

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.

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)”.*

É como voto.

Revisado