

Resenha da palestra “O controle judicial de políticas públicas e o Tema 698 do Supremo Tribunal Federal”

PAULO ROBERTO SOARES MENDONÇA *

PALESTRA PROFERIDA EM 19 DE OUTUBRO DE 2023 NO III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS REALIZADO PELA REDE DE PESQUISA EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS – RDPP, PELA FGV DIREITO RIO, PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS, PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E PELA ESCOLA DE POLÍTICAS DE ESTADO DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1994). Professor agregado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor titular da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Município. Coordenador do Núcleo de Estudos de Pessoal e Novos Direitos da Escola de Políticas de Estado da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro.
| Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7602313320676345>

A presente exposição pretende analisar as consequências da recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de incidente de repercussão geral suscitado no curso do julgamento do Recurso Extraordinário nº 684.612, sobre as decisões judiciais concernentes a políticas públicas de saúde. No referido julgamento, o Plenário do Tribunal aprovou, por maioria de votos, o Tema 698, nos seguintes termos:

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).

A preocupação em trazer tal julgado a debate no presente painel se justifica por duas razões. A primeira refere-se ao fato de que o incidente em questão foi instaurado a partir de recurso interposto pela Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, o que demonstra a importância da atuação contenciosa da Instituição para a construção de importantes teses jurídicas junto aos tribunais superiores. A segunda razão decorre do fato de que o voto que fundamentou a criação da tese jurídica propôs parâmetros gerais para balizar a judicialização de políticas públicas de saúde, que poderão inclusive ser utilizados nos casos

de exame de outras políticas pelo Poder Judiciário.

DO CASO

De modo sintético, o incidente de repercussão geral em comento nasceu no curso de ação civil pública ajuizada no ano de 2003 pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município do Rio de Janeiro, a fim de obter providências judiciais para que fossem sanados os problemas estruturais e de pessoal constatados por inspeção do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro (CREMERJ) no Hospital Municipal Salgado Filho, constando da petição inicial os seguintes pedidos:

(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.

Inicialmente, o pedido foi julgado improcedente no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, havendo tal decisão sido integralmente reformada, para julgar procedente o pedido, nos termos do acórdão cuja ementa ora se transcreve:

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).

Interposto recurso extraordinário ao STF da mencionada decisão, foi reconhecida a repercussão geral da matéria nele discutida e instaurado o incidente respectivo (Tema 698). O relator, Ministro Lewandowski votou pelo não provimento do recurso, havendo proposto tese de repercussão geral que ratificava o entendimento do Tribunal de origem, havendo o Ministro Barroso apresentado pedido de vista, com a consequente suspensão do julgamento.

Em julho de 2023, o Ministro Barroso proferiu seu voto divergente do relator, havendo o seu posicionamento sido acolhido pela maioria dos ministros e firmada a tese de repercussão geral anteriormente mencionada.

No referido incidente, o voto majoritário foi além de decidir quanto à possibilidade ou não de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, mas buscou criar parâmetros objetivos para que se dê a judicialização, os quais serão a seguir debatidos.

O JULGAMENTO DO TEMA 698 E OS PARÂMETROS DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Conforme anteriormente relatado, o caso concreto que deu origem ao Tema 698 de repercussão geral envolvia a busca de providências judiciais voltadas a compelir o Município do Rio de Janeiro a realizar a contratação de profissionais de saúde e a aquisição de insumos, a fim de suprir supostas deficiências estruturais e de

atendimento em determinada unidade de saúde de sua rede.

Em seu voto, o relator reconhece a capacidade do Poder Judiciário de empreender o controle da efetivação de direitos fundamentais, a partir da boa execução das políticas públicas e menciona diversos precedentes do próprio STF em que tal atuação se deu. Todavia, ele ressalta que é necessário formular “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”, partindo, então, para uma descrição de tais balizas, que ao final irão orientar a tese de julgamento do Tema 698 e que serão discutidas de forma sistemática em seguida:

A) NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO NOS AUTOS JUDICIAIS DA AUSÊNCIA OU GRAVE DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO, DECORRENTE DA INÉRCIA OU MOROSIDADE DO PODER PÚBLICO

Este requisito compreende essencialmente uma dimensão probatória no curso do processo judicial, pois o relator entende ser cabível a intervenção judicial diante de situações de comprovada omissão do poder público na efetivação de direitos fundamentais.

A rigor, este tem sido o fundamento histórico da judicialização das políticas. Uma pretensa omissão do Estado na implementação de políticas voltadas a preservar direitos constitucionalmente previstos. A questão complexa neste caso é como aferir a existência de efetiva omissão estatal em cada caso. Trata-se de algo que fica sujeito a uma discricionariedade judicial, que

decorre de um juízo subjetivo de cada magistrado, devendo obviamente tal parâmetro ser conjugado com os demais elencados pelo Ministro Barroso.

B) POSSIBILIDADE DE UNIVERSALIZAÇÃO DAS MEDIDAS REQUERIDAS NA AÇÃO JUDICIAL

O entendimento firmado no acórdão ainda consagrou a tese de que deve ser verificada pelo Poder Judiciário a possibilidade de a medida administrativa demandada ser adotada não apenas na unidade hospitalar objeto da ação e sim em todas as demais da respectiva rede, uma vez que uma solução judicial para apenas um caso poderia gerar comprometimentos administrativos e orçamentários para o restante do sistema de saúde do ente público.

C) O JUDICIÁRIO PODE DETERMINAR A FINALIDADE A SER ATINGIDA, MAS NÃO AS PROVIDÊNCIAS CONCRETAS A SEREM ADOTADAS, QUE SE ENCONTRAM NO LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Este parâmetro diz respeito à natureza da possível providência judicial. Segundo o Ministro Barroso, cabe ao Judiciário identificar a omissão na política pública, determinar que ela seja suprimida, mas não especificar as providências administrativas que deverão ser adotadas, que se situam no campo da discricionariedade administrativa.

No caso sob exame, em sendo comprovada a carência de profissionais alegada pelo autor, deveria o Tribunal determinar que ela fosse suprida, sendo, contudo, exorbitante de suas atribuições constitucionais a determinação de quantitativos, bem como a forma de

contratação necessariamente por concurso público, tendo em vista que é possível que ela se dê por meio de Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), por exemplo. O que se pode exigir judicialmente da Administração Pública é que apresente um plano de reestruturação da unidade de saúde e de correção dos problemas administrativos constatados no curso do processo.

D) PARÂMETROS TÉCNICOS DEVEM BALIZAR A DECISÃO, EM RAZÃO DA FALTA DE CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

A decisão judicial deve estar respaldada em critérios técnicos relativos à política pública em questão, pois naturalmente os integrantes do Poder Judiciário não possuem o conhecimento técnico-especializado necessário para aferir quais são as medidas necessárias para sanar as omissões administrativas identificadas.

Aqui, o único ponto a ser criticado é o fato de que o Ministro Barroso se refere no caso concreto aos pareceres do Conselho Regional de Medicina e do Sindicato dos Médicos como paradigmas decisório, quanto na realidade ambos são entes corporativos da classe médica, que obviamente não possuem a isenção necessária para avaliar a qualidade do serviço público de saúde, uma vez que motivados pelos interesses profissionais da categoria que representam.

E) PROCESSO DEMOCRÁTICO DE DELIBERAÇÃO JUDICIAL

Em ações de grande repercussão, envolvendo políticas públicas, deve o processo decisório judicial ser aberto à participação dos diversos atores envolvidos,

por meio da admissão de *amici curiae*, a realização de audiências públicas com a sociedade civil, de forma a dar maior legitimidade à decisão judicial e propiciar um cumprimento eficiente do julgado pelo poder público, de vez que se trata de providência construída a partir de um processo diálogo, em que se manifestaram diversos interessados e que se encontra respaldada por diferentes visões a respeito da parte de técnica e das expectativas da sociedade em relação à política pública em questão.

DA DECISÃO DO CASO CONCRETO E DA FORMULAÇÃO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL

A decisão final do STF não adentrou à questão probatória do processo, que extrapolaria as competências constitucionais da Corte, mas assumiu que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a omissão específica consubstanciada nas condições precárias de atendimento do Hospital Municipal Salgado Filho quando do ajuizamento da ação.

Por outro lado, a Suprema Corte entendeu que a forma como foi determinada a contratação de pessoal para a unidade hospitalar interferiu no mérito administrativo. Por tal razão, foi anulado o acórdão recorrido, havendo sido determinado novo exame da matéria pelo Tribunal de origem, à luz da situação presente da unidade de saúde, tendo em vista o tempo decorrido desde o ajuizamento da ação, devendo ser também levados em consideração os parâmetros de análise firmados na decisão do STF.

CONCLUSÃO

Muito embora a tese firmada no Tema 698 tenha reconhecido a possibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas, a fim de concretizar os direitos fundamentais, dentro de uma linha que já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência do STF, a presente decisão é de grande importância, porque contribui para uma espécie de balizamento dessa intervenção, ao propor parâmetros para que ela se dê.

A principal inovação deste Tema reside no fato de que consagra a tese de que não compete aos Tribunais determinar medidas administrativas pontuais a serem adotadas e sim exigir um plano da Administração Pública para suprir a omissão e tornar efetivos os direitos fundamentais que se pretende ver tutelados.

O caso envolvia a determinação de contratação de servidores da área de saúde por concurso público para uma unidade hospitalar, havendo o STF entendido que tal mandamento era exorbitante, pois as carências na prestação do serviço poderiam se dar por outros mecanismos, a serem escolhidos pelo administrador público, no exercício de sua competência discricionária.

O Tema 698 foi estabelecido no contexto da política pública de saúde, mas os critérios nele fixados para a judicialização são perfeitamente aplicáveis aos diferentes campos das políticas públicas, contribuindo sobremaneira para a racionalização do processo de controle judicial de tais políticas, a partir de uma perspectiva de efetiva existência de omissão administrativa, visão orgânica das políticas públicas, deferência às escolhas e às capacitações técnicas dos gestores públicos e processo democrático de deliberação.