

**LIMITES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM
POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVAS PERSPECTIVAS A PARTIR DO TEMA 698
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Limits of Judiciary Intervention in Public Policies: New Perspectives from Topic 698 of the Federal
Court of Justice*

Roberta Cristina Paganini Toledo¹

ITE

Hugo Vechiato Betoni²

ITE

<https://doi.org/10.62140/RTHB4462024>

Sumário: Introdução; 1 Separação de Poderes e Controle Judicial das Políticas Públicas; 2 Leading Case do Tema 698 de Repercussão Geral do STF; 3 Requisitos Estabelecidos pela Tese Firmada; 4 Repercussão Prática Nos Processos Judiciais Sobre Saúde Pública; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas é tema de debate recorrente pela doutrina e jurisprudência brasileiras nas últimas décadas. Uma linha tradicional tende a reconhecer que a definição das políticas públicas é tema afeto aos Poderes Legislativo e Executivo, de forma que a ingerência do juiz poderia configurar violação à Separação de Poderes. Todavia, o entendimento prevalecente atual admite que o Poder Judiciário interfira em caso de inércia injustificada dos demais Poderes, a fim de garantir efetividade à Constituição, especialmente às normas que consagram direitos fundamentais de cunho social. No julgamento do tema 698 de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, a questão foi novamente discutida, com definição de tese, em caráter vinculante, aprovada por maioria, com redação estabelecida pelo Ministro Luis Roberto Barroso. O tema foi delimitado como “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”. A referida tese fixou três itens a serem observados pelo juízo, que poderão auxiliar em maior padronização dos provimentos jurisdicionais que intervenham em políticas públicas, além de oportunizar a via da reclamação constitucional para decisões que violem o entendimento fixado. Assim, espera-se que a tese tenha, como efeito, uma melhoria qualitativa do acesso à Justiça, principalmente nos processos de natureza coletiva que tratam do direito fundamental à saúde.

Palavras-chave: Separação de Poderes; Políticas Públicas; Acesso à Justiça; Supremo Tribunal Federal; Precedentes vinculantes.

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Diretora do Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino (ITE). Advogada atuante, sócia da "Paganini Toledo Sociedade de Advogados".

² Mestrando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Pós-graduado em Processo Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (2015). Procurador do Estado de São Paulo.

Abstract: The intervention of the Judiciary in public policies is a topic of recurring debate in Brazilian doctrine and jurisprudence in recent decades. A traditional line tends to recognize that the definition of public policies is a matter related to the Legislative and Executive Powers, so that the judge's interference could constitute a violation of the Separation of Powers. However, the current prevailing understanding allows the Judiciary to intervene in the event of unjustified inertia of the other Powers, in order to guarantee the effectiveness of the Constitution, especially the norms that enshrine fundamental social rights.

In the judgment of topic 698 of General Repercussion by the Federal Supreme Court, the issue was discussed again, with a binding thesis definition approved by majority, with wording established by Minister Luis Roberto Barroso. The theme was delimited as 'limits of the Judiciary to determine obligations to the State, consisting of the holding of public tenders, hiring of civil servants and execution of works that meet the social right to health, to which the Constitution of the Republic guarantees special protection'.

The aforementioned thesis established three items to be observed by the court, which could help in greater standardization of jurisdictional provisions that intervene in public policies, in addition to providing opportunities for constitutional complaints for decisions that violate the established understanding. Therefore, it is expected that the thesis will have, as an effect, a qualitative improvement in access to justice, especially in processes of a collective nature that deal with the fundamental right to health

Keywords: Separation of Powers. Public policy. Access to justice. Federal Court of Justice. Binding precedents.

1. Introdução

O advento da Constituição Federal de 1988 inaugurou novas perspectivas de acesso à Justiça e concretização de direitos fundamentais, diante da consagração institucional de um Estado Democrático de Direito.

Logo nos primeiros anos de vigência da Constituição, percebeu-se que a mera declaração de direitos fundamentais no texto constitucional teria utilidade prática reduzida, caso se mantivesse o estado de ineficiência do Poder Público, na prestação de serviços à população.

Assim, a doutrina e os operadores do direito em geral passaram pressionar por um novo posicionamento do Poder Judiciário, que fosse capaz de retirar os Poderes Legislativo e Executivo da situação de apatia em relação ao atendimento de necessidades básicas dos cidadãos.

Comentando este fenômeno, Roberto Barroso anota:

Nos anos 2000, esse conjunto de transformações, oriundos de causas e circunstâncias diferentes, se agrupou sob a designação genérica de neoconstitucionalismo, novo direito constitucional,

constitucionalismo de direitos ou nova ordem constitucional. O rótulo não é importante. O relevante é que, no Brasil e em diversas partes do mundo, o direito constitucional passou a se identificar com constituições mais analíticas, catálogos densos de direitos fundamentais, tribunais dispostos a assegurá-los e métodos interpretativos menos formalistas e mecânicos. Foram imposições dos novos tempos e de novas realidades.³

Tal movimento acabou por induzir os juízes uma atuação proativa na concretização de direitos sociais.

Não obstante diversas críticas a esse comportamento “ativista” dos magistrados, tal fenômeno acabou por se consagrar na praxe judiciária, sendo o grande desafio definir os limites dessa participação do Poder Judiciário:

Tendo sido um defensor ardoroso da efetividade plena da Constituição e da ampliação do papel do Judiciário na sua concretização, tenho me dedicado nos últimos anos a procurar demarcar os espaços próprios da judicialização, bem como a controlar o ativismo judicial, para que não degenere em voluntarismos e, em última análise, em arbítrio.⁴

Há ainda uma tendência de se reconhecer a necessidade de priorização das tutelas coletivas:

A utilização do processo coletivo nas ações que discutem a prestação da atenção à saúde é um imperativo que decorre da própria natureza da prestação, vinculada como está, especialmente quando esta atenção esteja a cargo do poder público, à concepção de políticas públicas de saúde.

O próprio texto constitucional determina que a saúde, direito de todos, seja garantida pelo Estado “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” (art. 196 da Constituição Federal).⁵

Assim, o presente artigo procura analisar o impacto do tema 698 no fenômeno de judicialização das políticas públicas.

2. Separação de Poderes e Controle Judicial das Políticas Públicas

³BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida: E o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 193.

⁴ Ibid., p. 209.

⁵GLOBEKNER, Osmir Antônio. A Tutela Individual e Coletiva do Direito à Saúde Pelo Ministério Público. Revista Jurídica ESMP-SP, V.8, 2015. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/209>, acesso em 24 out. 2023, p. 141

De acordo com o artigo 2º da Constituição de 1988, os Poderes da República devem atuar de forma independente e harmônica entre si.

A ideia de Separação de Poderes tem origem em Aristóteles, que já concebia a divisão do Estado nas funções legislativa, executiva e judiciária.

Todavia, consagrou-se no mundo moderno por meio das obras de John Locke e Montesquieu, que efetivamente idealizaram a atribuição dessas funções para pessoas distintas, a fim de garantir maior limitação do Poder.

Assim, a Separação de Poderes é fruto de uma visão de Estado Liberal, em que se busca mecanismos institucionais para se evitar excessiva concentração de Poder e consequente abuso.

Cada Poder deve exercer suas funções típicas. Ao Poder Legislativo, incumbe a edição de leis gerais e abstratas para regulação da sociedade. Ao Poder Executivo, cabe a execução de atividades materiais de prestação de serviços à população. Por fim, deve o Poder Judiciário dar a última palavra nos conflitos sociais, atingindo a pacificação social por meio da jurisdição.

Essa separação não é concebida como absoluta, visto que resultaria na existência de três esferas de poder absoluto:

Adotando-se a concepção de James Madison, a Constituição dos Estados Unidos, por um lado, fixou a existência de poderes separados e atribuídos a órgãos políticos diferentes, mas, por outro, adotou não a separação absoluta, mas sim uma separação flexível de poderes, e, através desta configuração, permitia-se que um pudesse interferir em outro, em determinadas situações, para limitá-lo e evitar que houvesse excessos. Este modelo ficou conhecido como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e seu objetivo era o de garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, mediante, a previsão de interferências legítimas de um poder sobre o outro, nos limites admitidos na constituição. Não se trata de subordinação de um poder a outro, mas, sim, de mecanismos limitadores específicos impostos pela própria Constituição, de forma a propiciar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento dos outros.⁶

Portanto, o grande mérito da Separação de Poderes está justamente na necessidade de diálogo entre os membros dos diferentes Poderes, impedindo que determinada pessoa ou órgão exerça suas funções de maneira despótica.

⁶ LEITE, Antonio José Teixeira. Montesquieu, Locke, Rousseau e a Tripartição de Poderes. Edição do Kindle, 2023, p. 43.

3. LEADING CASE DO TEMA 698 DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF

O tema 698 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal tem origem no Recurso Extraordinário nº 684.612, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

No referido processo, iniciado no ano de 2003, discutiam-se as condições precárias de atendimento no Hospital Municipal Salgado Filho, no Município do Rio de Janeiro. O Ministério Público pleiteou a realização de concurso público para suprir o déficit de médicos, enfermeiros e outros funcionários na unidade hospitalar.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, por considerar que a determinação de realização de concurso público seria uma indevida ingerência do Poder Judiciário da Separação de Poderes.

Em sede de apelação, houve reforma da decisão, julgando-se procedente o pedido, para realização de concurso público, assim como nomeação e posse dos aprovados no prazo máximo de 6 meses, sob pena de multa à municipalidade em caso de descumprimento da ordem judicial⁷.

Interposto Recurso Extraordinário pelo Município do Rio de Janeiro, a Repercussão Geral foi reconhecida em 2014, com a seguinte definição:

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.⁸

O julgamento foi iniciado por voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, apresentado em sessão virtual de 08/05/2020 a 14/05/2020, que negava provimento ao recurso, para fixar a seguinte tese:

⁷ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Processo n. 0048233-21.2003.8.19.0001. Recorrente: Ministério Público de São Paulo. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Luis Felipe Salomao. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0048233-21.2003.8.19.0001>>, acesso em 24 out. 2023.

⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 684.612. Rio de Janeiro. Direito Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas. Direito Social À Saúde. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público de São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>>, acesso em 24 out. 2023.

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.

Portanto, entendeu o Ministro Ricardo Lewandowski que é cabível a intervenção do Poder Judiciário em caso de inércia dos demais Poderes no atendimento de suas missões constitucionais. Tal posicionamento permite, inclusive, que o juiz venha a determinar a realização de concurso público, assim como a nomeação e posse dos aprovados, uma vez constatada que essa medida é eficaz para melhoria dos serviços de saúde prestados à população.

No entanto, pediu vista dos autos o Ministro Luis Roberto Barroso.

Apresentou voto destacado o Ministro Alexandre de Moraes, que dava provimento ao Recurso, para fixar a tese de que:

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.⁹

Em outras palavras, o Ministro Alexandre de Moraes reconheceu a possibilidade excepcional de atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, porém a determinação da medida específica de realização de concurso público implica indevida invasão do mérito administrativo, pois se trata de ato de natureza discricionária do Poder Executivo.

Finalmente, o Ministro Luis Roberto Barroso apresentou seu voto, ao que foi acompanhado pela maioria. Ele deu parcial provimento ao Recurso Extraordinário, para determinar à instância inferior que aplique ao caso concreto, diante do estado de fato atual

⁹ Ibid., p. 36.

do Hospital Municipal Salgado Filho, os parâmetros definidos na tese de Repercussão Geral, quais sejam:

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).¹⁰

Em resumo, prevaleceu que é cabível a intervenção Poder Judiciário em caso de comprovada inércia do Poder Executivo na prestação do serviço de saúde. Todavia, não cabe a determinação direta para realização de concurso público, pois existem diferentes meios pelos quais o Poder Executivo pode suprir o déficit de pessoal na unidade hospitalar, cabendo ao gestor público a escolha do meio, dentro de seu poder discricionário.

4. REQUISITOS ESTABELECIDOS PELA TESE FIRMADA

Faz-se necessário, para aprofundamento do tema, analisar minuciosamente cada um dos itens da tese, assim como a fundamentação do voto do Ministro Roberto Barroso, redator para o acórdão.

De acordo com o item 1 da tese fixada:

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.

Este item reflete a tendência atual da doutrina e da jurisprudência, já indicada nos tópicos introdutórios, em admitir intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, respeitados certos limites para que não haja violação à Separação de Poderes.

Para Barroso, é indispensável a demonstração de inércia do Poder Público, consistente na ausência ou deficiência grave do serviço.

Tal entendimento fica mais evidente na fundamentação de seu voto:

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

¹⁰Ibid, p. 83.

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.

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.

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.¹¹

Não se trata, portanto, de uma omissão presumida, mas sim de efetiva comprovação de inércia dos órgãos públicos.

Logo, não cabe exigir um estado de plena proteção dos direitos fundamentais, que talvez seja um ideal inatingível. Entretanto, constatada uma omissão concreta e específica de providência que poderia ser tomada, a intervenção do Poder Judiciário se torna justificada.

No item 2, o acórdão dispõe:

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.

Este item apresenta uma diretriz bastante relevante para os processos judiciais em que se discutem políticas públicas, pois reduz a possibilidade de os juízes determinarem atos administrativos específicos a serem praticados pelo gestor público.

Imaginando-se um processo em que se discute o excessivo atraso no agendamento de consultas, exames, cirurgias em determinadas especialidades, não caberá ao juiz determinado que seja construído uma nova unidade hospitalar ou adquiridos novos equipamentos, mas sim que a Administração Pública apresente um plano de ação para redução das filas.

Na fundamentação ao acórdão são trazidos mais detalhes sobre esse ponto:

¹¹ Ibid., p. 78.

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 administrativo.

(...)

Desse modo, o órgão julgador deve privilegiar medidas estruturais de resolução do conflito. Para atingir o “estado de coisas ideal” – 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.¹²

É possível notar uma proximidade com aquilo que a doutrina tem denominado “processo estrutural”:

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas¹⁸ (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e, pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).¹³

¹² Ibid., p. 79.

¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n° 75, jan./mar. 2020, p. 107. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>, acesso em 25 out. 2023.

O processo estrutural consiste, portanto, no esforço de cooperação entre os atores processuais na busca de uma solução dialógica em questões complexas, evitando decisões judiciais arbitrárias que acabam por se mostrar inexecutáveis.

De fato, é comum, principalmente em matéria de políticas públicas, que os juízes profiram ordens cujo cumprimento é absolutamente inviável, pois não houve análise aprofundada da complexidade da providência requisitada.

Diante da ineficácia da decisão, o juiz passar a recorrer ao uso de ameaças ao administrador público, como a responsabilização por crime de desobediência, o que somente contribui para uma atitude ainda mais evasiva do agente, que passa a atuar apenas no limite do mínimo necessário para não sofrer uma punição.

Apresentando a própria Administração Pública um plano de ação, torna-se mais factível que haja cumprimento do comando judicial. Paralelamente, cria-se um estímulo para que o agente público busque soluções criativas que, uma vez “homologadas” judicialmente, possuem maiores chances de implementação.

Por fim, o terceiro item nada mais é que uma especificação do segundo item:

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).

Assim, o Ministro Roberto Barroso mostra, no caso concreto, a existência de diferentes meios para atingimento da finalidade da política pública, a serem escolhidos pela Administração Pública no exercício de sua discricionariedade.

A ideia de que o déficit de profissionais somente pode ser suprido mediante novo concurso público se mostra falaciosa, já que existem outros meios para ampliação do quadro de pessoal, como o remanejamento de servidores e a contratação de entidades terceirizadas, como organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

A existência de diferentes meios nem sempre é evidente ao operador do direito, que não está habituado ao cotidiano da gestão pública. Muitas vezes se apresenta uma solução óbvia, mas não necessariamente a mais eficiente no que tange ao aproveitamento dos recursos públicos.

Essa falta de expertise do Poder Judiciário no tratamento do tema é bem anotada pelo próprio Ministro Roberto Barroso em sua fundamentação:

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.¹⁴

Como consequência, importante não só ouvir a Administração Pública, como terceiros, representantes da sociedade civil, que sejam capazes de apontar alternativas à solução do problema estrutural:

Em quinto lugar, sempre que possível, o órgão julgador deverá abrir o processo à participação de terceiros, com a admissão de *amicuriae* 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.¹⁵

Portanto, a tese fixada no tema 698 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, lida em conjunto à fundamentação do acórdão, apresenta parâmetros relevantes sobre a forma de atuação do Poder Judiciário em processos que se discutem políticas públicas, principalmente na área da saúde.

5. REPERCUSSÃO PRÁTICA NOS PROCESSOS JUDICIAIS SOBRE SAÚDE PÚBLICA

Inicialmente, vale ressaltar que a tese fixada em sede de Repercussão Geral possui caráter vinculante, a ser observado pela Administração Pública e todos os demais órgãos do Poder Judiciário, em decorrência do art. 927, inciso III do Código de Processo Civil:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;

¹⁴ BRASIL, op. cit., p. 81.

¹⁵ Ibid., p. 82.

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.¹⁶

Na redação original do Código de Processo Civil de 2015, o descumprimento de decisão de repercussão geral era hipótese expressa de reclamação:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.¹⁷

O inciso IV teve sua redação alterada pela Lei 13.256/2016, excluindo a menção a “casos repetitivos”.

Todavia, parágrafo quinto do mesmo artigo dispõe:

§ 5º. É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.¹⁸

A contrario sensu, interpreta-se o cabimento de reclamação por inobservância de tese fixada em Repercussão Geral, desde que esgotadas as instâncias ordinárias.

Comentando a importância dos precedentes, afirma Miranda:

Normalmente, raciocinar sobre precedentes induz-nos a um olhar retrospectivo do direito, porque são as condutas do passado, vistas pelo intérprete do presente, que definem as posturas exigíveis dos jurisdicionados no futuro, à luz do que se construiu no passado. Por isso, falar sobre precedentes é inexoravelmente um olhar para o passado, para a história. Todavia, essa constatação não esvazia a importância de se enxergar o precedente judicial como um trilho de um trem em constante construção e cujo passado já está

¹⁶ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

pavimentado, mas com um futuro que está sendo idealizado e construído à luz do que se fez na estrada já edificada pelos antecessores.¹⁹

Assim, o tema 698 de Repercussão Geral funcionará como um marco de diálogo entre o passado e o futuro, nas discussões a respeito dos limites da intervenção do Poder Judiciário nas políticas.

Em primeiro lugar, o precedente exige efetiva instrução probatória da demanda, para que se demonstre a ausência ou deficiência grave do serviço prestado. Logo, não mais poderá o autor da demanda alegar genericamente a omissão do Poder Público, devendo comprovar a grave situação de inércia no caso concreto, o que somente pode ser obtido mediante apresentação de documentos, testemunhas, perícias e outros meios de prova moralmente legítimos.

Em segundo lugar, a impossibilidade de indicação de meios pela ordem judicial e a exigência de um plano de ação por parte da Administração Pública será bastante desafiadora, pois exigirá um diálogo e cooperação entre as partes que não faz parte tradição adversarial do processo civil brasileiro.

Sobre o princípio da cooperação no processo civil, leciona a doutrina:

É importante frisar que o artigo 6º do CPC nasceu do dever de diálogo entre todos os sujeitos do processo, que vincula as partes e também o magistrado, bem como os demais atores do processo. Cooperar indica uma atitude muito mais positiva e ativa dentro do desenrolar processual. É não só ter boa-fé, mas também vontade de que o provimento jurisdicional seja rápido e justo.

Nessa linha, importante registrar que o abandono da visão tradicional de que o processo é um campo de batalha, na qual autor e réu dirigem-se à audiência prontos para um verdadeiro combate não é tarefa fácil. No entanto, após o advento do artigo 6º do CPC há o imperativo do dever de veracidade e lealdade processuais como um modelo a ser perseguido pelas partes.²⁰

Portanto, a efetividade da tese fixada no tema 698 de Repercussão Geral dependerá de mudança de postura pelos operadores do direito. Caso haja resistência à mudança pela praxe judiciária, o instrumento da reclamação poderá ser indispensável para garantir o cumprimento das diretrizes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁹ MIRANDA, Victor Vasconcelos. Precedentes judiciais: construção e aplicação da *ratio decidendi*. São Paulo: RT. 2022, p. 576.

²⁰ BARREIROS, Larissa de Freitas Couto; SILVA, Túlio Macedo Rosa; SANTOS, Adelson Silva dos. O Escopo do Princípio da Cooperação no Código de Processo Civil. Revista Jurídica Da Escola Superior Do Ministério Público De São Paulo, V. 18, 2020, p. 128. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/441/340340453>, acesso em 26 out. 2023.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre os limites da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas continua bastante atual na jurisprudência brasileira.

Atualmente, como se extrai da fundamentação do acórdão, a participação do Poder Judiciário em discussões sobre política pública é reconhecida como válida.

Todavia, os contornos exatos dos limites da intervenção são o grande desafio do Poder Judiciário, a fim de evitar violação à Separação de Poderes.

O tema 698 do Supremo Tribunal Federal contribui para delinear esses contornos, reduzindo a zona cinzenta sobre o que pode ou não ser determinado pelo Poder Judiciário.

A tese fixada passa a exigir a efetiva demonstração de ausência ou grave deficiência do serviço público, impedindo argumentação com base em omissão genérica da Administração Pública, sem adequada instrução probatória.

Além disso, impõe respeito à discricionariedade da Administração Pública e exige a cooperação entre os atores processuais.

Assim, busca-se superar a prática ineficiente da Justiça Brasileiro, em que primeiro se profere a ordem judicial, para apenas depois se analisar a viabilidade de seu cumprimento.

É indispensável que a ordem judicial leve em consideração a complexidade que geralmente envolve o aperfeiçoamento da prestação de serviços públicos.

Conclui-se que a decisão em comento tem potencial para promover uma melhoria do diálogo entre Poder Judiciário e Administração Pública e, consequentemente, tornar as intervenções do Poder Judiciário mais eficazes para atendimento das necessidades da população.

Para tanto, será necessária uma mudança de comportamento por parte dos operadores de direito e da própria Administração Pública, com esforço e comprometimento na busca do diálogo ao longo do processo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARREIROS, Larissa de Freitas Couto; SILVA, Túlio Macedo Rosa; SANTOS, Adelson Silva dos. O Escopo do Princípio da Cooperação no Código de Processo Civil. Revista Jurídica Da Escola Superior Do Ministério Público De São Paulo, V. 18, 2020, p. 128. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/441/340340453>, acesso em 26 out. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida: E o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 684.612. Rio de Janeiro. Direito Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas. Direito Social À Saúde. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público de São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandovski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>>, acesso em 24 out. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75, jan./mar. 2020, p. 107. Disponível em:

<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>, acesso em 25 out. 2023.

GLOBEKNER, Osmir Antônio. A Tutela Individual e Coletiva do Direito à Saúde Pelo Ministério Público. Revista Jurídica ESMP-SP, V.8, 2015. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/209>, acesso em 24 out. 2023.

LEITE, Antonio José Teixeira. Montesquieu, Locke, Rousseau e a Tripartição de Poderes. Edição do Kindle, 2023, p. 43.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratiodecidenti. São Paulo: RT. 2022, p. 576.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Processo n. 0048233-21.2003.8.19.0001. Recorrente: Ministério Público de São Paulo. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Luis Felipe Salomao. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0048233-21.2003.8.19.0001>>, acesso em 24 out. 2023.