

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5020247-11.2013.404.0000/RS

RELATOR : LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
AGRAVANTE : CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - CREMERS
AGRAVADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - CREMERS contra decisão, proferida em ação civil pública, que indeferiu antecipação da tutela.

Sustenta o Agravante que a atuação dos médicos que ingressaram pelo Programa Mais Médicos sem o diploma revalidado e sem proficiência em Língua Portuguesa certificada coloca em risco a saúde da população.

Assevera que a Medida Provisória nº 621/2013 ao dispor no art. 10 que *'O médico intercambista exercerá a medicina no âmbito das atividades de ensino, pesquisa e extensão do Projeto Mais Médicos para o Brasil, dispensada, para tal fim, a revalidação de seu diploma nos termos do §2º do art. 48 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996'* é inconstitucional por ferir o Princípio da Isonomia (art. 5º caput, CF/88) e por violar o art. 5º, inciso XIII da CF/88 que determina: *'é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;'*

Aduz ser necessário o exame de proficiência em Língua Portuguesa na medida em que o atendimento médico envolve uma compreensão adequada e suficiente por parte do médico sobre os sintomas que o paciente e/ou familiares descrevem, sob pena de um diagnóstico absolutamente equivocado e até fatal.

Requer a reforma da decisão recorrida com a concessão de antecipação da tutela *'para que o CREMERS não seja obrigado a efetuar o registro provisório dos médicos intercambistas que aderirem ao Projeto Mais Médicos para o Brasil, sem a comprovação documental da revalidação dos diplomas emitidos por universidades estrangeiras, bem como da apresentação de Certificado CELPE/BRAS para os estrangeiros até que o mérito desta questão possa ser analisado pelo Poder Judiciário em cognição exauriente.'*

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (evento 10) pelo MM. Juiz Federal Bruno Brum Ribas:

'O CREMERS propôs a presente ação civil pública contra a UNIÃO, postulando, como antecipação de tutela, provimento judicial que lhe assegure o direito a que 'não seja obrigado a efetuar o registro provisório dos médicos intercambistas que aderirem ao Projeto Mais Médicos para o Brasil, sem a comprovação documental da revalidação dos diplomas emitidos por universidades estrangeiras, bem como da apresentação de certificado CELPE/BRAS para os estrangeiros'.

Sustentou, em síntese, que a Medida Provisória n. 621, que institui o Programa Mais Médicos, ao dispensar o médico denominado intercambista (formado em instituição de educação superior estrangeira com habilitação para exercício da medicina no exterior) de revalidar seu diploma no País e de comprovar o domínio do idioma nacional, através da apresentação do Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiros, violou as Leis nº 3.268/57 e nº 9.394/96 (LDB), que exige a revalidação do diploma obtido em universidade estrangeira (art. 48), o princípio da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal, já que dá tratamento privilegiado a profissionais formados no exterior; o inciso XIII do mesmo artigo que autoriza o livre o exercício profissional, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, bem como o artigo 196 da Constituição, que assegura a prestação de um serviço de saúde adequado aos cidadãos.

Intimada, a União manifestou-se sobre o pedido de antecipação de tutela (evento 08). Alegou, em resumo: conexão com a ação civil pública nº 0038673-28.2013.4.01.3400 ajuizada pelo Conselho Federal de Medicina junto à 22ª Vara Federal do Distrito Federal, tendo mesmo objeto e causa de pedir; inadequação da via processual eleita. Uso da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade; ausência de interesse processual, tendo em vista que o bem jurídico tutelado pode e deve ser buscado pelos debates políticos, democráticos e dialéticos na instância parlamentar; vedação à concessão de medida antecipatória que esgote o objeto da ação; ausência de verossimilhança do direito, implicando restrição à independência e harmonia dos poderes (art. 2º da CF) e ao sistema presidencialista de governo; discorreu sobre o Programa Mais Médicos, a preservação do acesso aos cargos públicos mediante concurso, sobre o afastamento da necessidade de revalidação do diploma; a necessidade de proficiência em língua portuguesa; a inexistência de ofensa ao princípio da isonomia; defendeu a inexistência de periculum in mora, que ocorreria de modo inverso, em prejuízo da Administração que ficaria tolhida de prosseguir o Programa; - afirmou a impossibilidade jurídica do pedido, por pretender que o Judiciário pratique atos de gestão próprios da Administração; no que denominou mérito, discorreu sobre a constitucionalidade da MP 621/2013; por fim, postulou a limitação territorial da decisão à subseção judiciária de Porto Alegre.

Os autos vieram conclusos para decisão.

Conexão.

A União alega conexão com a ação civil pública nº 0038673-28.2013.4.01.3400 ajuizada pelo Conselho Federal de Medicina junto à 22ª Vara Federal do Distrito Federal, tendo mesmo objeto e causa de pedir. Afirma que se está a contemplar verdadeira pulverização de lides de mesma natureza nos diversos foros da Justiça Federal e que é necessário que se evitem decisões conflitantes, por força dos princípios da economia processual e segurança jurídica.

Ocorre que a própria União, ao final das suas informações e como faz costumeiramente em defesas em ações civis públicas, alega a incidência do art. 16 da Lei 9.494/97, que a partir da edição de uma medida provisória (ou seja, pela vontade do Executivo Federal) pretendeu restringir os efeitos da coisa julgada da sentença da ACP, nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Mesmo nas ações que tratam efetivamente de direitos difusos ou coletivos, a União pretende sejam decididas em todas as subseções judiciárias da Justiça Federal. Já na presente ação se insurge contra a possibilidade de que cada Conselho Regional de Medicina ajuíze uma ação, pois, efetivamente, todos os Conselhos estaduais detêm legitimidade para discutir uma obrigação que lhes é imposta pela Lei, ou seja, deferir o registro provisório aos médicos sem a observância dos requisitos até então exigidos.

Portanto, não há como obrigar o CREMERS a demandar a União, na defesa de interesse próprio (e não interesse difuso ou coletivo), como será analisado no tópico seguinte, em Brasília.

O parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85, que determina que a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, refere-se à competência de juízos com a mesma competência territorial de que fala o art. 16 da mesma Lei.

Afasto a alegação, portanto.

Da mesma forma não há que se falar em limitação territorial da decisão, visto que o pedido de se ver desobrigado de efetuar o registro provisório dos médicos não comporta divisão ou limitação, por não se referir a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Inadequação da via eleita.

Em relação ao cabimento da presente ação como forma de impugnação dos efeitos da Medida Provisória recém editada, entendo que não assiste razão à União quando alega a inadequação da via processual eleita.

Isso porque a presente ação civil pública não está sendo usada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, visto que o provimento postulado é de cunho declaratório e diz respeito unicamente à parte autora, havendo inequívoca limitação objetiva e subjetiva.

Não se trata de provimento genérico, próprio de ADI, muito embora, dada a especificidade da questão, o acolhimento da pretensão implique praticamente a inviabilização da execução da lei, visto que o exercício da medicina sem o competente registro junto aos conselhos profissionais constituiria exercício irregular da profissão. Todavia, a inconstitucionalidade alegada é mera causa de pedir, de forma que pode ser veiculada por meio de ação civil pública, nos termos da jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal.

O objeto da ação se define pelo pedido. E aqui postula-se o julgamento de procedência para que o CREMERS não seja obrigado a efetuar o registro provisório dos médicos intercambistas que aderirem ao Projeto Mais Médicos para o Brasil, sem a comprovação documental da revalidação dos diplomas emitidos por universidades estrangeiras, bem como da apresentação de certificado CELPE/BRAS para os estrangeiros.

Ou seja, cuida-se de mera ação declaratória negativa, pela qual a parte autora (única beneficiada pela decisão judicial postulada - o que demonstra que não se trata de ação coletiva) pretende não cumprir uma determinação legal, sob o fundamento de que a norma que a estabelece é inconstitucional, tratando-se, tipicamente, de hipótese de controle difuso de constitucionalidade.

A ação civil pública é espécie de processo coletivo a respeito do qual lecionam Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr:

Conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas. (p. 45)

Para classificar um direito como difuso, coletivo ou individual deduzido na ação, a pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. (NERY JÚNIOR, Nelson, Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 4ª Ed. - Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995,p. 130).

Portanto, a presente ação não veicula nenhuma pretensão de natureza coletiva, tendo em vista a especificidade do pedido deduzido. Tanto é assim que basta supor que a parte autora não fosse legitimada para propor ação civil pública e que houvesse classificado a presente demanda como ação ordinária. Mesmo nessa hipótese o interesse processual e a legitimidade ativa se manteriam íntegros, sem sombra de dúvidas.

Perfeita, nesse ponto, a alegação da União nas suas informações:

Observe-se que a petição inicial não apontou a efetiva existência de dano a um dos bens ou direitos contemplados no art. 1º, da L. 7.347/85, limitando-se a questionar a validade da Medida Provisória 621/2013 e, ao final, requerendo provimento judicial que determine 'obrigação de não fazer' em relação à imperatividade do referido instrumento normativo.

Em outras palavras, sob fundamento de inconstitucionalidade e de ilegalidade da MP 621/2013, busca a parte-autora desobrigar-se do seu cumprimento (dever legal de conceder inscrição provisória a médicos intercambistas que aderirem ao Programa em tela)

Ou seja, trata-se de mera ação individual, objetivando o controle difuso de constitucionalidade como fundamento do pedido, não havendo qualquer usurpação da competência do STF.

Ausência de interesse processual.

Rejeito a alegação de ausência de interesse processual, sob o fundamento de que o bem jurídico tutelado poderia ser buscado pelos debates políticos na instância parlamentar, visto que a medida provisória, produzindo efeitos desde logo, pode ser objeto de controle judicial imediatamente, pouco importando a circunstância de que poderá ser modificada ou rejeitada pelo Congresso Nacional, visto que os destinatários da norma estão obrigados à sua observância.

Vedação à concessão da medida antecipatória.

Entendo que não se está diante de hipótese de medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, podendo ser revertida a qualquer momento, caso deferida.

Impossibilidade jurídica do pedido.

A União alega a impossibilidade jurídica do pedido por pretender que o Judiciário pratique atos de gestão próprios da Administração.

Rejeito a preliminar, porque não há, no ordenamento jurídico, qualquer norma que impeça o ajuizamento de ação que postule a declaração de inexistência de relação jurídica, com fundamento em inconstitucionalidade da lei que institui uma obrigação, como no presente caso.

A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando o pedido está expressamente e a priori excluído da possibilidade de deferimento, não tendo nenhuma condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, e não quando simplesmente inexistente texto legal expresso dispondo sobre a pretensão, pois esta pode ser analisada com base em outras fontes do direito, podendo-se recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (CPC, art. 126).

O fato é que atualmente, devido à maximização do direito ao acesso à justiça, o acolhimento da impossibilidade jurídica do pedido, por não ser admissível nem hipoteticamente, está reduzido a poucos casos, como o mandado de segurança contra particular ou a cobrança de dívida de jogo.

Na maior parte das vezes as alegações deduzidas nesta preliminar confundem-se com o mérito do pedido, sendo motivos para o julgamento de improcedência e não para o afastamento da prestação jurisdicional. Conforme anota Ovídio Batista da Silva, não é demais registrar, todavia, o fato de haver LIEBMAN, partir da terceira edição de seu célebre Manual de direito processual civil - editado na Itália em 1973 -, excluído a 'possibilidade jurídica do pedido' como uma das condições da ação. Mesmo assim, continua-se no Brasil a incluí-la entre elas. (Curso de processo civil (processo de conhecimento). 3 ed. Porto Alegre, Fabris, 1996, p. 84).

Leciona Moniz de Aragão nos Comentários ao Código de Processo Civil: sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare em abstrato o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica. (Aragão, Egas Moniz de, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, 9ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 394-396).

No presente caso o bem jurídico pretendido e a via processual escolhida são admitidos pelo ordenamento jurídico vigente, não havendo que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

Quanto à verossimilhança do direito alegado.

Para a concessão de antecipação de tutela, exige o art. 273 do CPC a presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o

manifesto propósito protelatório do réu, bem como a verossimilhança da alegação, a ser fundamentada em prova inequívoca.

O art. 196 da Constituição Federal determina que 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.

As ações e serviços públicos de saúde são executados através do SUS - Sistema Único de Saúde, cujas diretrizes são a descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (art. 198, CF), disciplinadas pela Lei 8.080/90.

Certo que a saúde pública no Brasil, especialmente nos últimos anos, tem atingido níveis preocupantes de precariedade no atendimento, com crescente falta de leitos para internação, demora excessiva na realização de consultas e exames, falta de profissionais médicos em cidades pequenas, gerando enormes debates na sociedade e a crescente judicialização da saúde, especialmente em alguns Estados, como o Rio Grande do Sul.

Nesse contexto e em face das manifestações populares de junho, o Governo Federal, entre outras iniciativas, editou a Medida Provisória 621/2013, objeto desta ação, instituindo o 'Programa Mais Médicos' que estava sendo gestado e discutido há bastante tempo, o qual tem ocasionado ampla repercussão nos meios de comunicação e especialmente na classe médica, que através dos Sindicatos, Conselhos Profissionais e demais entidades que a representam tem ajuizado as diversas ações noticiadas pela União, oferecendo resistência ao Programa.

Os objetivos do Programa Mais Médicos e as ações correspondentes estão estampados nos artigos 1º e 2º da Medida Provisória n. 621/2013:

Art. 1o Fica instituído o Programa Mais Médicos, com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde - SUS e com os seguintes objetivos:

I - diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde;

II - fortalecer a prestação de serviços na atenção básica em saúde no País;

III - aprimorar a formação médica no País e proporcionar maior experiência no campo de prática médica durante o processo de formação;

IV - ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS, desenvolvendo seu conhecimento sobre a realidade da saúde da população brasileira;

V - fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço, por meio da atuação das instituições de educação superior na supervisão acadêmica das atividades desempenhadas pelos médicos;

VI - promover a troca de conhecimentos e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras;

VII - aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas de saúde do País e na organização e funcionamento do SUS; e

VIII - estimular a realização de pesquisas aplicadas ao SUS.

Art. 2o Para consecução dos objetivos do Programa Mais Médicos, serão adotadas, entre outras, as seguintes ações:

I - reordenação da oferta de cursos de medicina e vagas para residência médica, priorizando regiões de saúde com menor relação de vagas e médicos por habitante e com estrutura de serviços de saúde em condições de ofertar campo de prática suficiente e de qualidade para os alunos;

II - estabelecimento de novos parâmetros para a formação médica no País; e

III - promoção, nas regiões prioritárias do SUS, de aperfeiçoamento de médicos na área de atenção básica em saúde, mediante integração ensino-serviço, inclusive por meio de intercâmbio internacional.

No âmbito do Programa, instituiu-se o Projeto Mais Médicos para Brasil, através dos artigos 7º e seguintes da medida provisória, verbis:

Art. 7o Fica instituído, no âmbito do Programa Mais Médicos, o Projeto Mais Médicos para o Brasil, que será oferecido:

I - aos médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País; e

II - aos médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de intercâmbio médico internacional.

§ 1o A seleção e ocupação das vagas ofertadas no âmbito do Projeto Mais Médicos para o Brasil observará a seguinte ordem de prioridade:

I - médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País;

II - médicos brasileiros formados em instituições estrangeiras com habilitação para exercício da medicina no exterior; e

III - médicos estrangeiros com habilitação para exercício de medicina no exterior.

§ 2o Para fins do Projeto Mais Médicos para o Brasil, considera-se:

I - médico participante - médico intercambista ou médico formado em instituição de educação superior brasileira ou com diploma revalidado; e

II - médico intercambista - médico formado em instituição de educação superior estrangeira com habilitação para exercício da medicina no exterior.

§ 3o A coordenação do Projeto Mais Médicos para o Brasil ficará a cargo dos Ministérios da Educação e da Saúde, que disciplinarão, por meio de ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde, a forma de participação das instituições públicas de educação superior e as regras de funcionamento do Projeto, incluindo a carga horária, as hipóteses de afastamentos e os recessos.

Art. 8o O aperfeiçoamento dos médicos participantes ocorrerá mediante oferta de curso de especialização por instituição pública de educação superior e envolverá atividades de ensino, pesquisa e extensão, que terá componente assistencial mediante integração ensino-serviço.

§ 1o O aperfeiçoamento de que trata o caput terá prazo de até três anos, prorrogável por igual período caso ofertadas outras modalidades de formação, conforme definido em ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde.

§ 2o A aprovação do médico participante no curso de especialização será condicionada ao cumprimento de todos os requisitos do Projeto Mais Médicos para o Brasil e à aprovação nas avaliações periódicas.

Art. 9o Integram o Projeto Mais Médicos para o Brasil:

I - o médico participante, que será submetido ao aperfeiçoamento profissional supervisionado;

II - o supervisor, profissional médico responsável pela supervisão profissional contínua e permanente do médico; e

III - o tutor acadêmico, docente médico que será responsável pela orientação acadêmica.

§ 1o São condições para a participação do médico intercambista no Projeto Mais Médicos para o Brasil, conforme disciplinado em ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde:

- I - apresentar diploma expedido por instituição de educação superior estrangeira;*
- II - apresentar habilitação para o exercício da medicina no país de sua formação; e*
- III - possuir conhecimentos de língua portuguesa.*

§ 2º Os documentos previstos nos incisos I e II do § 1º sujeitam-se à legalização consular gratuita, dispensada a tradução juramentada, nos termos de ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde.

Art. 10. O médico intercambista exercerá a medicina exclusivamente no âmbito das atividades de ensino, pesquisa e extensão do Projeto Mais Médicos para o Brasil, dispensada, para tal fim, a revalidação de seu diploma nos termos do § 2º do art. 48 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 1º Fica vedado ao médico intercambista o exercício da medicina fora das atividades do Projeto Mais Médicos para o Brasil.

§ 2º Para exercício da medicina pelo médico intercambista no âmbito do Projeto Mais Médicos para o Brasil será expedido registro provisório pelos Conselhos Regionais de Medicina.

§ 3º A declaração de participação do médico intercambista no Projeto Mais Médicos para o Brasil, fornecida pela coordenação do programa, é condição necessária e suficiente para a expedição de registro provisório pelos Conselhos Regionais de Medicina, não sendo aplicável o art. 99 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e o art. 17 da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957.

§ 4º O registro provisório será expedido pelo Conselho Regional de Medicina no prazo de quinze dias, contado da apresentação do requerimento pela coordenação do programa de aperfeiçoamento, e terá validade restrita à permanência do médico intercambista no Projeto Mais Médicos para o Brasil, nos termos do regulamento.

§ 5º. O médico intercambista registrado provisoriamente estará sujeito à fiscalização e ao pagamento das anuidades estabelecidas pelo Conselho Regional de Medicina em que estiver inscrito, conforme legislação aplicável aos médicos inscritos em definitivo.

§ 6º O médico intercambista não participará das eleições do Conselho Regional de Medicina em que estiver inscrito.

(...)

Art. 12. O médico intercambista estrangeiro inscrito no Projeto Mais Médicos para o Brasil fará jus ao visto temporário de aperfeiçoamento médico pelo prazo de três anos, prorrogável por igual período em razão do disposto no § 1º do art. 8º, mediante declaração da coordenação do projeto.

(...)

Da exposição de motivos dessa Medida Provisória, colhem-se as seguintes informações que justificariam a adoção do Programa:

8. A expansão e a qualificação da atenção básica, organizadas pela estratégia de Saúde da Família, compõem parte do conjunto de prioridades apresentadas pelo Ministério da Saúde e aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), sendo possível verificar que o Brasil avançou muito nas últimas décadas nesta área. Entretanto, o país convive com muitos vazios assistenciais, que correspondem a localidades que não conseguiram prover e fixar profissionais de saúde na atenção básica, em especial os médicos, não garantindo acesso aos serviços básicos de saúde por parte da população brasileira.

9. Compreende-se que a atenção básica bem estruturada possibilita a resolução de até 85% dos problemas de saúde, contribuindo assim para ordenar as Redes de Atenção à Saúde - RAS e organizar a demanda para outros serviços, tais como os de urgência e emergência.

10. Ressalte-se, ainda, que na 14ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 2011, foi aprovada como diretriz que todas as famílias e todas as pessoas devem ter assegurado o direito a uma equipe de saúde da família.

11. O Brasil possui 359.691 médicos ativos e apresenta uma proporção de 1,8 médicos para cada 1.000 (mil) habitantes, conforme dados primários obtidos no Conselho Federal de

Medicina (CFM) e na estimativa populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

12. A proporção de médico/1.000 habitantes constatada no Brasil é menor do que em outros países latino-americanos com perfil socioeconômico semelhante ou países que têm sistemas universais de saúde, a saber: Canadá 2,0; Reino Unido 2,7; Argentina 3,2; Uruguai 3,7; Portugal 3,9; Espanha 4,0 e Cuba 6,7 (Estadísticas Sanitarias Mundiales de 2011 e 2012 - Organização Mundial da Saúde - OMS).

[...]

28. Além disso, os Ministérios da Saúde e da Educação desenvolvem políticas para responder a necessidade de provimento e fixação de médicos nas diversas regiões do país. Nos anos de 2012 e 2013, foram realizadas chamadas nacionais para médicos, através do Programa de Valorização do Profissional da Atenção Básica/PROVAB, ofertando a possibilidade de curso de especialização na modalidade integração ensino-serviço em regiões de extrema pobreza e periferias, com incentivo aos participantes mediante acréscimo na pontuação no processo seletivo da residência médica.

29. Na primeira edição do Programa, apesar de uma demanda significativa dos municípios por esses profissionais, somente 381 médicos foram vinculados. Na segunda edição do programa, aderiram 2.838 municípios que solicitaram 13.862 médicos para atuar na atenção básica, sendo que apenas 3.577 médicos foram vinculados ao Programa para atuação em 1.260 municípios.

30. Ainda assim, mesmo com aumento importante na participação de médicos, permanece um número significativo de vagas ociosas, correspondendo a 74,2% da demanda inicial (Sistema de Gerenciamento de Programas da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde do Ministério da Saúde).

31. Tendo em vista a situação descrita acima, a instituição do Projeto Mais Médicos para o Brasil visa possibilitar a seleção de médicos interessados em participar de ações de aperfeiçoamento em atenção básica, em regiões prioritárias para o SUS.

32. Para tanto, serão oferecidos cursos de especialização, concessão de bolsas-formação, bem como será garantida contínua supervisão e acesso a recursos de suporte clínico, a exemplo do Telessaúde.

33. Para execução do Projeto Mais Médicos para o Brasil, além da atuação dos Ministérios da Saúde e da Educação, poderão ser celebrados termos de adesão e compromisso com Estados, Distrito Federal e Municípios, além de instrumentos de cooperação com outros países, organismos internacionais, instituições de educação superior nacionais e estrangeiras, entidades públicas e privadas.

34. Nesse sentido, o Projeto Mais Médicos para o Brasil selecionará médicos para participarem do Projeto, garantindo-se a prioridade para a escolha de médicos formados em instituições de educação superior nacionais ou com diploma revalidado. Na hipótese de permanecerem vagas não preenchidas, estas serão ofertadas primeiramente a médicos brasileiros formados em instituições estrangeiras com habilitação para exercício da medicina no exterior e, posteriormente, a médicos estrangeiros com habilitação para exercício de medicina no exterior, mediante chamamento público internacional ou celebração de instrumentos de cooperação com organismos internacionais.

35. Deve-se advertir que, no caso de seleção de médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras para participação no Projeto Mais Médicos para o Brasil, o Estado respeitará as diretrizes estabelecidas no Código Global de Práticas para Recrutamento Internacional de Profissionais da Saúde da OMS (2010), que reúne princípios éticos no sentido de reforçar os sistemas dos países em desenvolvimento, incluindo assuntos como a capacidade e a qualidade de formação de profissionais, as políticas de apoio à fixação de profissionais de saúde, a reciprocidade dos benefícios, a coleta e intercâmbio de informações, o monitoramento e a pesquisa no tema. Ao mesmo tempo, é importante considerar a qualidade da formação, conforme as medidas tomadas pela Arco-Sur.

36. Baseado nas premissas preconizadas pela OMS, não poderão ser selecionados médicos oriundos de países que apresentem relação estatística médico/habitante menor que a do Brasil.

37. Ressalte-se que tais medidas não são dotadas de ineditismo, pois diversos países já as adotaram, a exemplo de Reino Unido, Canadá e Austrália.

Insurge-se o Conselho demandante com relação à contratação de médicos estrangeiros para atuar no programa sem submissão ao processo de revalidação de diploma previsto na Lei n. 9.394/96, verbis:

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

(...)

§ 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação.

Não há que se falar em ilegalidades na Medida Provisória quando disciplina os requisitos para o exercício da medicina no âmbito do Programa Mais Médicos de forma diversa da disciplinada por outros diplomas legais (Decreto 20.931/32, Lei 3.268/57, art. 17 e 18, Lei 9.394/96), tendo em vista o status constitucional da medida provisória, editada com força de lei, a qual encontra vedação à sua adoção apenas nas matérias disciplinadas no art. 62, § 1º, da Constituição Federal, instituído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

E a matéria veiculada na MP impugnada não está entre aquelas interditas constitucionalmente.

A Medida Provisória tem eficácia desde a data de sua vigência e suspende a vigência de normas legais com ela incompatíveis. Caso não seja aprovada pelo Congresso Nacional, esses diplomas normativos voltarão a ter eficácia. Aprovada a Medida Provisória, as normas com ela incompatíveis são revogadas ou derogadas.

Por esse motivo todos os argumentos veiculados na inicial a esse respeito são destituídos de verossimilhança, visto que, apesar de salutar o controle prévio da capacitação de certas categorias profissionais para o exercício de algumas profissões, esses requisitos são frutos da vontade política do legislador. Veja-se que o exercício da medicina por formados no Brasil não está sujeito à avaliação prévia (o que se pode entender como medida desejável), senão pela instituição de ensino em que se formou.

Nesse sentido, afastar a necessidade da revalidação do diploma de quem estudou em faculdade de medicina estrangeira - com habilitação para exercício da medicina no exterior - substituindo por outros mecanismos de controle da atuação profissional, não viola, a priori, qualquer dispositivo legal, por ser determinado por norma com força de lei que revoga as disposições em contrário.

No presente caso, trata-se de norma especial que afasta a exigência da revalidação do diploma apenas para a situação específica da atuação no âmbito do 'Programa Mais Médicos'.

Da mesma forma, entendo que essa disciplina não ofende quaisquer normas constitucionais, em um primeiro exame.

Saliente-se que os médicos do Programa Mais Médicos estarão sujeitos à inscrição e à fiscalização dos CRMs e ficarão submetidos à supervisão e avaliações periódicas, sujeitando-se às penas de advertência, suspensão e desligamento (art. 8º, § 2º, e art. 15 da MP 621/13).

A avaliação da qualificação profissional dos médicos participantes pode ser até mesmo muito mais efetiva do que a existente hoje em relação aos profissionais formados no Brasil, os quais, se pressupõe, tenham os conhecimentos mínimos necessários pelo simples fato de terem colado grau. Assim, os profissionais do programa Mais Médicos não estarão imunes ao controle técnico nem em situação privilegiada em relação a todos os demais médicos, como alegado. Até ao contrário, estão em situação inferiorizada, pois somente podem atuar no âmbito do Programa e ficarão sujeitos à dupla fiscalização, sem vínculo empregatício e percebendo apenas remuneração a título de bolsa, sem os demais direitos trabalhistas ou estatutários.

A legislação impugnada exige como requisito do médico participante possuir conhecimentos de língua portuguesa. Tal requisito será avaliado no processo de acolhimento e avaliação desenvolvido pelos Ministérios da Educação e da Saúde, no qual vai ser aferida capacidade de comunicação em língua portuguesa, como bem demonstrado nas informações da União.

Em relação a essa avaliação prevista, deve-se presumir que será efetivamente realizada, de forma que não se vislumbra qualquer risco no exercício da medicina por esses profissionais, não sendo motivo para o reconhecimento de qualquer inconstitucionalidade na norma impugnada.

A resolução nº 1.831/08 (alterada pela Res. CFM nº 1.842/08) que exige do médico com diploma de graduação obtido em universidade estrangeira o Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiro - CELPE/BRAS é ato normativo regulamentar que não pode ser oposto à norma veiculada por Medida Provisória, sob pena de inversão da hierarquia das leis.

A parte autora invoca o art. 196 da Constituição Federal como norma violada, visto que o serviço de saúde deve ser adequado e que estaria sendo posta em risco a saúde da população.

Na realidade o programa constitucional estabelecido como dever impositivo do Estado determina o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, o que não se está alcançando hoje pela ausência de profissionais médicos em inúmeros municípios, mesmo para atendimento básico e preventivo em saúde, o que é fundamental no Sistema como forma de diminuir a demanda por atendimento especializado ou atendimento básico em centros regionais ou nas próprias Capitais (e mesmo atendimento centralizado em unidades das grandes cidades, devido à ausência de profissionais nas periferias das grandes cidades).

Nesse sentido, o programa instituído com a finalidade de incrementar o atendimento na atenção básica em saúde em regiões prioritárias do SUS pode não ser o melhor ou o único possível, mas indiscutivelmente busca a efetivação (ou contribuir para isso) do acesso universal à saúde onde hoje não há nenhum atendimento ou grande deficiência desse atendimento. Esse sim pode ser considerado um cidadão de segunda categoria, por não encontrar à sua disposição o mais simples atendimento médico.

Importantes, a esse respeito, as informações constantes da exposição de motivos da MP 621/13:

28. Além disso, os Ministérios da Saúde e da Educação desenvolvem políticas para responder a necessidade de provimento e fixação de médicos nas diversas regiões do país. Nos anos de 2012 e 2013, foram realizadas chamadas nacionais para médicos, através do Programa de Valorização do Profissional da Atenção Básica/PROVAB, ofertando a possibilidade de curso de especialização na modalidade integração ensino-serviço em regiões de extrema pobreza e periferias, com incentivo aos participantes mediante acréscimo na pontuação no processo seletivo da residência médica.

29. Na primeira edição do Programa, apesar de uma demanda significativa dos municípios por esses profissionais, somente 381 médicos foram vinculados. Na segunda edição do programa, aderiram 2.838 municípios que solicitaram 13.862 médicos para atuar na atenção básica, sendo que apenas 3.577 médicos foram vinculados ao Programa para atuação em 1.260 municípios.

30. Ainda assim, mesmo com aumento importante na participação de médicos, permanece um número significativo de vagas ociosas, correspondendo a 74,2% da demanda inicial (Sistema de Gerenciamento de Programas da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde do Ministério da Saúde).

31. Tendo em vista a situação descrita acima, a instituição do Projeto Mais Médicos para o Brasil visa possibilitar a seleção de médicos interessados em participar de ações de aperfeiçoamento em atenção básica, em regiões prioritárias para o SUS.

Isso mostra a necessidade premente da adoção de alguma medida para preenchimento das vagas ociosas. Claro que pode haver outras formas de redistribuição dos médicos existentes hoje no Brasil, como a instituição de planos de carreira e conseqüente melhora da remuneração, apesar dessa também ser uma possibilidade de solução de discutível eficácia. Todavia,

essas soluções entram no contexto das escolhas políticas que não competem ao Judiciário realizar.

Nesse sentido a fundamentação da decisão do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, nos autos do Mandado de Segurança nº 32.238

Vê-se, pois, que o ato impugnado configura uma política pública da maior importância social, sobretudo ante a comprovada carência de recursos humanos na área médica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, o cenário indica, ao contrário do sugerido na inicial, a existência de periculum in mora inverso, ou seja, o perigo na demora de fato existe, porém milita em favor da população.

Não é dado ao Judiciário, em geral, e ao Supremo Tribunal, em particular, como regra, proceder à avaliação do mérito de políticas públicas, especialmente no tocante ao reexame dos critérios de sua oportunidade e conveniência, que são objeto de decisões cobertas pelo manto da ampla discricionariedade, própria das escolhas de cunho político.

Em recente julgado, na Sessão de 8/3/2012, o Plenário desta Suprema Corte assentou que,

'não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão (...), seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto' (ADI 4.029/DF. Rel. Min. Luiz Fux).

A respeito da distribuição de médicos e dos quantitativos ideais da relação médico/habitantes, em documento denominado 'Aumenta a Concentração de Médicos no Estado de São Paulo', publicado no portal do Conselho Regional de Medicina de São Paulo, lê-se que:

A densidade médica, a relação entre o número de médicos e o número de habitantes, é um indicador importante usado, juntamente com outros indicadores, para avaliar sistemas de saúde e para medir o índice de desenvolvimento humano (IDH) dos países.

Isoladamente, o indicador não é suficiente para avaliar a adequação da oferta de médicos. A jornada do trabalho médico, as especialidades médicas disponíveis, assim como as necessidades da população podem variar de acordo com a região ou município. Por isso, não existe uma concentração ideal de médicos.

Não há um índice recomendável que possa ser generalizado, pois depende de fatores regionais, sócio-econômicos, culturais e epidemiológicos, entre outros, o que varia de região para região, de país para país.

Durante muito tempo foi divulgado equivocadamente no Brasil que a relação de um médico para 1.000 habitantes seria considerada ideal pela Organização Mundial de Saúde (OMS). A OMS jamais defendeu esse índice, que não tem fundamento. (http://www.cremesp.org.br/pdfs/medico_por_habitantes.pdf).

O mesmo estudo mostra que no Brasil a distribuição de médicos é heterogênea entre os Estados e, num mesmo Estado, há discrepâncias entre as cidades que o integram, sendo que em São Paulo, o Estado mais desenvolvido do País, dentre os 645 municípios, 148 (mais de um quinto do total) não têm um único médico residindo em seu território. Já na comparação por regiões do país há maior concentração de médicos na região Sudeste, que tem 2,43 médicos por 1.000 habitantes; Centro-Oeste, com 2,30 médicos por 1.000 habitantes; Sul, com 1,87 médicos por 1.000 habitantes. Já o Nordeste, com 1,04 e o Norte com 0,92 médicos por 1.000 habitantes são as regiões com as mais baixas densidades de médicos.

Outro aspecto a ser ressaltado é que somente participarão da seleção os médicos que possuírem registro profissional em seus países e estes (países) devem possuir proporção de médicos por habitantes maior que a do Brasil. Como salientado nas informações da União:

Relativamente aos médicos intercambistas, só poderão participar dessa seleção os que, além de conhecerem a língua portuguesa, possuírem registro de exercício profissional em países com proporção de médicos maior que a do Brasil, ou seja, com pelo menos 1,8 médicos por mil habitantes. São, portanto, do ponto de vista técnico, dois requisitos: o índice exigido ($>$ ou $=$ 1.8 médicos/mil habitantes no país de exercício) e a comprovação de exercício profissional em tal país.

O índice de 1,8 médicos por mil habitantes é menor do que o encontrado em vários outros países, como Argentina (3,2), Uruguai (3,7), Portugal (3,9) e Espanha (4).

Já outros países da América do Sul possuem proporção menor de médicos que o Brasil. Estão nessa situação Peru (0,9), Chile (1), Paraguai (1,1), Bolívia (1,2), Colômbia (1,4) e Equador (1,7).

Portanto, os profissionais desses países não poderão participar do programa, nos termos da Portaria Interministerial nº 1369, de 8 de julho de 2013, art.19, inciso II, alínea 'c' e § 4º.

Esses fundamentos, em juízo preliminar, afastam a possibilidade de concessão da medida postulada.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de antecipação de tutela veiculado na inicial.'

Inicialmente, verifico tratar-se de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, não devendo o presente recurso ser convertido em agravo retido, conforme a alteração promovida no art. 527, inc. II, do CPC pela Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005, e sim processado como agravo de instrumento, consoante a exceção prevista no mesmo dispositivo legal. É que, embora a regra atualmente seja o agravo retido nos autos, são ressalvadas as hipóteses de decisões que possam causar à parte lesão grave e de difícil reparação, caso em que será admitida a interposição do agravo por instrumento. No caso concreto, é manifesta a possibilidade de a postergação da decisão causar lesão grave e de difícil reparação à parte. Admito, assim, o processamento do agravo via instrumento.

A Lei n.º 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, prevê, no seu artigo 12, a possibilidade de concessão de liminar, cujos requisitos são aqueles previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, conforme o artigo 19 da própria Lei n.º 7.347/87, que determina: *'Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições'*. O artigo 273 do Código de Processo Civil, por sua vez, faculta ao juiz antecipar a tutela pretendida no pedido inicial desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, de abuso de direito ou de manifesto propósito protelatório do réu.

No caso concreto, não vislumbro a presença de qualquer um dos dois requisitos autorizadores da antecipação pleiteada.

No que respeita à **verossimilhança**, em juízo preliminar, entendo indevida a intromissão do Poder Judiciário em matéria discricionária afeita ao Poder Executivo, na escolha de suas políticas públicas.

Com efeito.

A aplicação prática do princípio constitucional da separação dos Poderes tem causado profundas dificuldades ao Poder Judiciário desde a sua elaboração intelectual nos primórdios do Estado Liberal.

Já vai longe o tempo em que HAMILTON, MADISON e JAY ensinaram no jornal 'Federalist', periódico onde expuseram a doutrina da Constituição americana, que 'a concentração de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário nas mesmas mãos, seja de um único, seja de muitos, seja do maior número, por hereditariedade, nomeação ou eleição, pode ser justamente considerada como a verdadeira definição de tirania' (PEDRO CALMON. Curso de direito público. Freitas Bastos, Rio, 1938, p. 252). Após o exemplo americano, também a França, como fruto da revolução burguesa, enunciou na imorredoura

Declaração dos Direitos do Homem que 'toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição' (art. 16).

Podemos, pois, afirmar que o dogma da separação dos Poderes nasceu juntamente com o reconhecimento da primeira geração dos direitos fundamentais, os direitos de liberdade, que se caracterizam por sua 'eficácia negativa, segundo a qual a pretensão maior do cidadão é a limitação dos poderes do Soberano' (JAIRO SCHÄFER. Classificação dos direitos fundamentais. Livr. do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 20).

Entretanto, a manutenção da pureza do sistema de separação complicou-se sobremaneira com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda (direito de igualdade face à diversidade econômica) e, principalmente, de terceira geração (direitos de solidariedade), tendo em vista que, para a sua consecução, necessita o Estado Social e Solidário lançar mãos de políticas públicas. Ora, as políticas públicas, em princípio, constituem monopólio do Executivo, norteadas que são pelos julgamentos de conveniência e oportunidade, estranhos ao controle judicial. Porém, em caráter excepcional, visando à implementação dos comandos constitucionais, pode o Judiciário, transvestido de Procusto, obrigar o Executivo a implementá-las, ampliá-las ou reduzi-las ao molde legal.

É o que enunciou, com propriedade, VILIAN BOLLMANN:

'Assim, conjugando [a] a perspectiva de admissibilidade de controle jurisdicional da criação de políticas públicas que resguarde uma concepção procedimentalista da Constituição e [b] a fiscalização substancial das políticas já criadas com [c] o reconhecimento da eficácia dirigente dos direitos fundamentais e sua estrutura principialista, [d] a exigibilidade imediata de prestações que representem salvaguarda do mínimo essencial e [e] os parâmetros de controle diretos, finalísticos e de meios, funda-se na plena legitimidade das seguintes modalidades de tutela judicial:

[1] controle do procedimento utilizado pelo Estado (Executivo ou Legislativo) na formulação da política pública, implicando direitos de informação (para qualquer cidadão) e participação na formação da vontade vinculante (especialmente para os grupos atingidos pela medida e para aqueles que, embora excluídos, estejam em situação análoga);

[2] reconhecimento e determinação de medidas, especificadas ou não, que consubstanciem [2.1] medidas diretamente decorrentes do texto constitucional ou [2.2] novas políticas públicas necessárias para resguardar direitos, individuais ou coletivos, cuja efetivação configure um mínimo essencial;

[3] controle substancial das políticas públicas já implantadas, seja para [3.1] inclusão de novos beneficiados, ofendidos pelo princípio da igualdade, ('que permite atuação discriminatória, desde que o critério discriminador seja racionalmente justificável quanto ao tratamento desigual que será dado e quanto aos fins juridicamente constitucionalizados') ou para [3.2] alteração dos meios utilizados para concretizá-la, observando, nesse caso, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade' ('Políticas públicas, direitos fundamentais e os limites da atuação do Poder Judiciário' in PAULO AFONSO BRUM VAZ e JAIRO SCHÄFER. Curso modular de direito constitucional. Conceito Editorial, São José, 2008, p. 608/609).

Sobre a matéria, já se debruçou, com a percuciência que lhe é peculiar, o Min. Celso de Mello, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF:

'Não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do 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:

'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação da inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público (RTJ 185/794, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).'

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular ou implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almendina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, 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 de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático'.

Mais adiante, em seu alentado voto, S. Exa. traz à colação preleção de ANDREAS JOACHIM KRELL ('Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha', p. 22-23, 2002, Fabris):

'Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.'

Porém, o mesmo magistrado que acertadamente asseverou a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, em outro voto, advertiu sobre o perigo que poderia advir da generalização de tal prática no âmbito do Poder Judiciário:

'A manutenção, em bases permanentes, do valor real dos benefícios previdenciários tem, no próprio legislador - e neste, apenas -, o sujeito concretizante das cláusulas fundadas no art. 194, par. único, n. IV, e no art. 201, §4º (na redação dada pela EC 20/98), ambos da Constituição da República, pois o reajustamento de tais benefícios, para adequar-se à exigência constitucional de preservação de seu quantum deverá conformar-se aos critérios exclusivamente definidos em lei. O sistema instituído pela Lei 8.880/94, ao dispor sobre o reajuste quadrimestral dos benefícios mantidos pela Previdência Social, não vulnerou a exigência de preservação do valor real de tais benefícios, eis que a noção de valor real - por derivar da estrita observância dos 'critérios definidos em lei'(CF, art. 201, § 4º, in fine) - traduz conceito eminentemente normativo, considerada a prevalência, na matéria, do princípio da reserva de lei. O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanandos, exclusivamente, do legislador. Não cabe ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito do sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação dos poderes' (Resp 322.348 AgR, 2ª T., DJ 6-12-2002 apud EDUARDO APPIO, Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Juruá Editora, Curitiba, 2005, p. 149 - grifos nossos).

Em outras palavras, é o que afirma, em sede doutrinária, EDUARDO APPIO:

'A substituição do legislador/administrador público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (Executivo) e o legislador

foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas. Ademais, (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não a sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira 'reserva especial da administração' (CANOTILHO). A discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto Poder político, na medida em que teria de suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais Poderes. Portanto, o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais Poderes exercentes das funções do governo, não pode substituir esta atividade, a título de fiscalizar sua escorregadia exceção, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade jurisdicional. Finalmente (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade de interferência direta nas funções judiciais, através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre casos julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal' (id. ibid. p. 151/152).

No caso concreto, a matéria já foi tratada, ainda que em sede mandamental, nos autos da Medida Cautelar em MS Coletivo 32.238, impetrado pela ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA contra ato da Senhora Presidente da República, consubstanciado na MP 621/2013, que instituiu o '*Programa Mais Médicos*', com mesma causa de pedir e pedido análogo, tendo o Min. Ricardo Lewandowski assim se pronunciado:

Vê-se, pois, que o ato impugnado configura uma política pública da maior importância social, sobretudo ante a comprovada carência de recursos humanos na área médica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, o cenário indica, ao contrário do sugerido na inicial, a existência de periculum in mora inverso, ou seja, o perigo na demora de fato existe, porém milita em favor da população.

Não é dado ao Judiciário, em geral, e ao Supremo Tribunal, em particular, como regra, proceder à avaliação do mérito de políticas públicas, especialmente no tocante ao reexame dos critérios de sua oportunidade e conveniência, que são objeto de decisões cobertas pelo manto da ampla discricionariedade, própria das escolhas de cunho político.

Em recente julgado, na Sessão de 8/3/2012, o Plenário desta Suprema Corte assentou que, 'não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão (. . .), seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto' (ADI 4.029jOF. Rel. Min. Luiz Fux). De outro lado, em um exame preliminar dos autos, próprio de um juízo cautelar, de mera delibação, constato que as razões de pedir articuladas pela Associação Médica Brasileira, parecem objetivar a declaração de inconstitucionalidade, em tese, da Medida Provisória 621, de 8 de julho de 2013, que instituiu o Programa Mais Médicos, sem apontar, todavia, nenhuma situação in concreto. Com efeito, a AMB somente apontou inconstitucionalidades in abstracto. Entretanto, como se sabe, o 'mandado de segurança não é sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade' (MS 24.173-AgR/DF, Rel. Min. Ellen Gracie).

No mesmo sentido, cito, entre outros, os seguintes precedentes:

'Não se revelam sindicáveis, ela via jurídico-processual do mandado de segurança, os atos em tese, assim considerados aqueles -como as leis ou os seus equivalentes constitucionais - que dispõem sobre situações gerais e impessoais, que têm alcance genérico e que disciplinam hipóteses neles abstratamente previstas. Súmula 266/STF. Precedentes' (RTJ 110/77).

'Mandado de segurança coletivo impetrado, em caráter preventivo, contra futura aplicação de normas constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. Impetração contra ato em tese. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula 266/STF. Questão de ordem que se resolve no sentido do não-conhecimento da ação de mandado de segurança, restando prejudicada, em consequência, a apreciação do recurso de agravo' (MS 23.785-AgR-QO/MG, ReI. Min. Celso de Mello).

Não compete à Suprema Corte, ademais, aferir se os requisitos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias estão ou não presentes, salvo flagrante teratologia, desvio de finalidade ou abuso de poder, pois se trata de competência constitucionalmente atribuída ao Executivo e ao Legislativo, os quais representam diretamente a soberania popular. E, em uma primeira análise, tais vícios não se afiguram evidentes no caso sob exame.

Recordo que, quanto à alegada ofensa ao art. 62 da Constituição, 'esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente' (ADI 2527-MC/DF, ReI. Min. Ellen Gracie) e em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

(...)

Ante todo o exposto, indefiro o pedido de medida liminar, ante a ausência dos requisitos indispensáveis ao seu deferimento.

Quanto ao alegado *periculum in mora*, entendo que seja de maior gravidade o perigo inverso, visto que mais nocivo ao interesse público vem a ser a falta de assistência médica da população do que a assistência prestada por médicos estrangeiros intercambistas. Ademais, o tratamento com tais profissionais é voluntário, cabendo ao particular a escolha de submeter-se ou não a ele.

Ante o exposto, sem que se vislumbre, em juízo preliminar, qualquer ilegalidade flagrante na adoção do 'Projeto Mais Médicos para o Brasil', indefiro o pedido de antecipação de tutela.

Intimem-se as partes, sendo a agravada na forma do art. 527, V, do CPC. Após, voltem conclusos. Publique-se.

Porto Alegre, 04 de setembro de 2013.

Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6129217v8** e, se solicitado, do código CRC **C8061B68**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle

Data e Hora: 10/09/2013 15:34