



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

AÇÃO CIVIL PÚBLICA (65) Nº 5016872-52.2019.4.03.6100 / 21ª Vara Cível Federal de São Paulo
AUTOR: CIDADANIA E SAUDE, MOVIMENTO PELO DIREITO A MORADIA - MDM, CENTRAL DE MOVIMENTOS POPULARES DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogados do(a) AUTOR: PATRICK MARIANO GOMES - SP195844, DENIS VEIGA JUNIOR - SP86893
Advogados do(a) AUTOR: DENIS VEIGA JUNIOR - SP86893, PATRICK MARIANO GOMES - SP195844
Advogados do(a) AUTOR: DENIS VEIGA JUNIOR - SP86893, PATRICK MARIANO GOMES - SP195844
RÉU: UNIÃO FEDERAL, MUNICIPIO DE SÃO PAULO

S E N T E N Ç A

Vistos.

Vieram-me os autos conclusos ante a petição encartada pela União Federal (ID 22243560), nominada como pedido de reconsideração, nos termos do artigo 296 do CPC, e com contraditório ofertado pela parte autora, em petição encartada sob ID 22415749 e, à luz das considerações deduzidas pelas partes, ofício no feito.

Em linhas gerais, rememorando os principais pontos jurídicos delineados nos autos, trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de liminar, ajuizada pela ASSOCIAÇÃO CIDADANIA E SAÚDE, MOVIMENTO PELO DIREITO A MORADIA – MDM e CENTRAL DOS MOVIMENTOS POPULARES DO ESTADO DE SÃO PAULO em face da UNIÃO FEDERAL, tendo como pedido “*a concessão de tutela de urgência de natureza antecipada, determinando-se à UNIÃO, que promova a prorrogação do Edital nº12 até que seja julgado em caráter definitivo a presente ação*”.

A parte autora, no libelo introdutório aduz as seguintes questões técnico-jurídicas:

a) a partir do acordo de cooperação firmado pelo Ministério da Saúde e o Município de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Saúde, realizou-se realizado chamamento público de médicos formados em instituições de educação superior brasileiras e estrangeiras para adesão aos Programas de Provisão de Médicos do Ministério da Saúde, disponíveis exclusivamente para o Município de São Paulo;

b) que o citado ato administrativo fora estabelecido por meio do Edital autuado sob nº 12, de 10 de maio de 2016. (Adesão de Médicos aos Programas de Provisão do Ministério da Saúde para o Município de São Paulo);

c) entendo que há a omissão do Ministério da Saúde em prorrogar os



contratos de adesão oriundos do Edital nº 12, de 10 de maio de 2016, considerando a expiração do prazo do acordo de cooperação que subsidiou referido Edital;

d) uma vez que o contrato objeto de acordo de cooperação encerrou seu prazo de prorrogação, pontua a existência do interesse da municipalidade na referida prorrogação, bem como alega que as bolsas dos profissionais envolvidos são custeadas pelo referido ente, não havendo qualquer ônus financeiro à União;

e) pontifica, ainda, que o Secretário Municipal de Saúde do Município de São Paulo encaminhou ofício ao Ministro da Saúde com solicitação de prorrogação do acordo de cooperação em debate;

f) a partir disso aduz que a citada solicitação ganhou apoio e simpatia suprapartidária de parlamentares dos três níveis de governo e acabou por mobilizar setores da sociedade civil organizada, uma vez que o encerramento da referida política pública de saúde impactará de forma dramática a já deficiente prestação de assistência médica básica;

g) por fim, sustenta que a interrupção abrupta do contrato representaria evidente retrocesso em matéria de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, bem como risco concreto à vida e a saúde de milhares de usuários atendidos pelo programa.

Distribuídos os autos a este Juízo, em razão das minhas férias regulamentares, o MM Juiz Federal Substituto designado para me substituir na 21ª Vara Federal, ante os argumentos técnico-jurídicos então apresentados no libelo introdutório, entendeu por bem deferir em parte a tutela de urgência, para determinar a prorrogação, pela União Federal, do Edital nº 12 pelo prazo de 6 (seis) meses (Id nº 22106199).

Em atendimento ao quanto determinado na decisão proferida em sede de antecipação de tutela, providenciou a parte autora a juntada dos Estatutos Sociais faltantes, colacionando-os ao ID nº 22186331.

Expediu-se as comunicações necessárias para cumprimento do “*decisum*”.

Vem os autos a União Federal, nos termos do art. 296 do Código de Processo Civil (evento ID 22415849). Exora a reforma do “*decisum*” anteriormente prolatado apresentando os seguintes pontos técnico-jurídicos:

a) extinção do feito sem julgamento do mérito, tendo em vista a falta de pertinência temática das autoras da presente ação civil pública;

b) o número de 43 médicos beneficiados pela medida liminar corresponde a 0,32% dos profissionais contratados pelo Município de São Paulo, cuja ausência pode ser suplantada pelos demais médicos em exercício, conforme critérios de remanejamento provisório no interesse público;

c) informa que “tomadas essas providências de gestão, os valores, os princípios e as normas, em aparente conflito, seriam plenamente preservados, com a proteção da saúde de todos os cidadãos interessados e a reserva dos institutos de direito



administrativo. Haveria nítida harmonia entre os direitos envolvidos, sem que se necessitasse auferir qual o direito prevalente”.

d) noticia que o número de profissionais médicos na rede municipal de São Paulo era da ordem de 13.860 (treze mil oitocentos e sessenta) em maio de 2016 e, em fevereiro de 2019, houve significativa redução deste número para 13.034 (treze mil e trinta e quatro) médicos, de modo que a questão aqui trazida não é inédita ou esporádica, vem como salienta que a política pública federal elegera novas prioridades de atendimento à saúde a municípios com maior vulnerabilidade;

e) sustenta que a antecipação de tutela concedida usurpa a competência executiva e exclusiva da União de realizar o processo seletivo dos médicos participantes e autorizar o exercício da medicina no âmbito da atenção básica, por intermédio de registro no Ministério da Saúde para participantes intercambistas;

f) alega que a liminar deferida impõe custos para o poder público no montante de R\$ 18.662.000,00 (dezoito milhões seiscentos e sessenta e dois mil reais), conforme tabela que colaciona aos autos;

Instada a se manifestar, a parte autora requer a intimação da municipalidade para manifestação nos autos, bem como que o pedido formulado pela União não seja conhecido, por se tratar de mera repetição de argumentos já lançados nos autos. Pretende, ainda, a manutenção da decisão liminar (Id nº 22415747).

O Ministério Público Federal (parecer ID 22561212) entende que a hipótese trazida a exame, poderia, em tese, ser objeto de transação entre as partes.

Este o relatório e, examinados os autos, decido.

Preliminarmente, atribuo o benefício econômico almejado nesta ação, como coerentemente dito, os valores expendidos à sua prorrogação e, assim sendo, assinalo o valor atribuído à causa o importe de R\$ 18.662.000,00 (dezoito milhões seiscentos e sessenta e dois mil reais).

Prosseguindo na análise das questões trazidas à exame, o nó górdio trazido à exame orbita na prorrogação, sem consentimento da União (uma das partes envolvidas no contrato) no acordo de cooperação datado de 29 de abril de 2016, firmado entre o Município de São Paulo e a União Federal, com a Coordenação do Projeto Mais Médicos do Brasil.

Editada a Lei nº. 12.871/2013, que instituiu o Programa Mais Médicos, iniciativa tendo como característica alguns pontos que merecem destaque: (i) diminuir carência de médicos em regiões prioritárias para o SUS (inciso I, art. 1º); (ii) fomentar o atendimento básico de saúde; (iii) reorganizar a oferta de cursos de medicina no Brasil; (iv) critérios para autorização e funcionamento de cursos de medicina no Brasil; (v) como os cursos de medicina devem pautar sua grade e conteúdo programático; (vi) possibilidade de convocação de médicos por meio de intercâmbio médico internacional.

Em que pese toda fundamentação constitucional do autor acerca de sua pretensão, carece o mesmo de interesse processual, em razão da eleição da via



processual inadequada.

Dispõem os artigos 1º e 3º da Lei nº 7.347/85:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – à ordem urbanística; (Incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Renumerado do Inciso III, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

V - por infração da ordem econômica e da economia popular; (Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

VI - à ordem urbanística. (Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

(...)

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Assim, o ajuizamento de Ação Civil Pública é cabível para se questionar a responsabilidade por danos morais e patrimoniais ocasionados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica e à economia popular, à ordem urbanística.

Assim, a questão preliminar indicada pela União em relação à parte autora merece guarida.

A fim de se evitar o desvirtuamento da tutela coletiva, a legitimidade das associações para a propositura de ação civil pública deve ser vista com cautela. Isto porque, a atribuição desta legitimidade parte do pressuposto de que estes entes poderão exercer de forma mais adequada o direito à tutela jurisdicional.

A intenção do legislador, ao estabelecer no artigo 5º, inciso V, da Lei nº 7.347/85, foi a de exigir o requisito da pré-constituição, além da pertinência entre a atuação da associação em juízo e o interesse efetivamente tutelado refletido em seu estatuto.

Faz-se mister que a associação tenha fins concretos e previamente determinados, voltados à proteção do objeto da lide proposta.

No caso em apreço, a partir do exame dos objetos constitutivos das



demandantes, verifico que seus objetivos estatutários são demasiadamente amplos e por demais genéricos, de modo que, assiste razão à União quanto à alegação de ilegitimidade das associações para a propositura da presente demanda.

Observo que o rol de objetivos estampados nos Estatutos Sociais da Central dos Movimentos Populares do Estado de São Paulo, (ID nº 221186334), Movimento pelo Direito a Moradia (ID nº 22186339) e Associação Cidadania e Saúde (ID nº 21991070) não são compatíveis com o interesse coletivo aqui pleiteado, para dar suporte para o ajuizamento de ação civil como aqui pleiteado.

Destarte, concluo que as demandantes ASSOCIAÇÃO CIDADANIA E SAÚDE, MOVIMENTO PELO DIREITO A MORADIA – MDM e CENTRAL DOS MOVIMENTOS POPULARES DO ESTADO DE SÃO PAULO **não possuem legitimidade para o ajuizamento da presente ação**, uma vez que seus respectivos escopos de atuação não guardam pertinência temática com o objeto da ação, cuja pretensão é que os entes federados, União e Município de São Paulo, prorroguem o contrato administrativo estabelecido no Edital nº 12, relativamente ao programa popularmente nominado *Mais Médicos*.

Prosseguindo na análise dos argumentos apresentados pelas partes, mesmo que a parte autora detivesse legitimidade para prosseguimento da demanda, a questão nuclear não comporta deferimento.

Abrindo um parêntese, este Juízo, atento às vicissitudes da vida em seu cotidiano, não desconhece o esforço argumentativo tecido pela parte autora, principalmente com encarte de missivas encaminhadas por agentes políticos com o fito de dar “respaldo” à iniciativa prodigalizada pela autora.

No entanto, o Estado-Juiz, deve pautar a sua conduta além das vozes sociais, respeitando, sempre, os princípios constitucionais e legais, mesmo que, aparentemente, não reflitam os anseios de alguma das partes.

Com efeito, a questão orbita em óbices formais, orçamentários e de direito administrativo.

Qualquer programa ou iniciativa da Administração, deve basilarmente ser pautado em orçamento, este, que é uno para um respectivo exercício financeiro que trará um retrato geral das finanças públicas e principalmente, permite-se ao Poder Legislativo o controle formal, material, racional e direto das operações financeiras de responsabilidade do Executivo.

O princípio da unidade orçamentária é respaldado legalmente por meio do Art. 2º da Lei 4.320/64 e pelo § 5º do art. 165 da Constituição de 1988.

Princípio pelo qual o orçamento deve conter todas as receitas e todas as despesas do Estado, indispensável para o controle parlamentar, pois possibilita:

a) conhecer “a priori” todas as receitas e despesas do governo e dar prévia autorização para a respectiva arrecadação e realização;



b) impedir ao Executivo a realização de qualquer operação de receita e de despesa sem prévia autorização Legislativa;

c) conhecer o exato volume global das despesas projetadas pelo governo, a fim de autorizar a cobrança de tributos estritamente necessários para atendê-las.

A questão controvertida que se refere ao pedido formulado na exordial é a manutenção/prorrogação do termo de cooperação assinado pela União com o Município de São Paulo.

Com efeito, o instrumento jurídico termo de cooperação é aquele utilizado pela Administração Pública Federal para a descentralização de créditos orçamentários.

Nesse contexto, diante das divergências entre os conceitos exibidos, foi publicado o Decreto nº. 6.619, de 29 de outubro de 2008, alterando a redação de alguns dispositivos do Decreto nº. 6.170/2007 e revogando o artigo 5º do Decreto nº. 825, de 28 de maio de 1993.

Das modificações promovidas pelo aludido decreto, destaca-se a alteração do conceito de termo de cooperação no Decreto nº. 6.170/2007, no intuito de alinhar a norma à definição apresentada pela Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/2008. Eis a nova redação do inciso III do § 1º do artigo 1º do Decreto nº 6.170/2007:

III - termo de cooperação - **instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão da administração pública federal** direta, autarquia, fundação pública, ou empresa estatal dependente, para outro órgão ou entidade federal da mesma natureza; (Redação dada pelo Decreto nº 6.619, de 2008) (grifamos)

A partir da entrada em vigor da ***Lei de Responsabilidade Fiscal*** (Lei Complementar nº. 101/2000) as exigências para a realização de transferência voluntária seriam cobradas apenas quando houvesse repasse de recursos a outros entes da Federação. Para a descentralização de créditos orçamentários, as regras seriam outras, mais dinâmicas. Dessa forma, a União teria mais agilidade e flexibilidade para a execução orçamentária.

Conforme preconiza o artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal "***entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde***".

Ora, todas as informações dos órgãos integrantes da Administração Pública Federal estão disponíveis nos vários sistemas informatizados utilizados pela União. Além disso, todas as entidades públicas federais prestam contas, anualmente, ao Tribunal de



Contas da União. Ou seja, os órgãos de controle federais não têm maior dificuldade em acompanhar a execução do crédito orçamentário descentralizado.

Portanto, o convênio passou a ser celebrado apenas para formalizar as transferências de recursos nas quais figuram os órgãos ou entidades da administração pública federal, direta ou indireta, de um lado, e, do outro, os órgãos ou entidades da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, as entidades privadas sem fins lucrativos. É importante conferir o conceito de convênio, expresso no inciso I do § 1º do artigo 1º do Decreto nº. 6.170/2007:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da [Seguridade Social](#) da União e tenha como partícipe, **de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos**, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação; (g.n.)

Logo em seguida, em 5 de novembro de 2008, foi publicada a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº. 342 modificando o conceito de termo de cooperação disposto no inciso XVIII do § 1º do artigo 1º da Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº. 127/2008. Essa alteração foi considerável, pois retirou do ordenamento jurídico a necessidade de publicação de portaria ministerial para a realização de descentralização orçamentária.

Nesse contexto, relembramos que a definição veiculada pelo Decreto nº 6.170/2007 foi alterada no mesmo sentido pelo Decreto nº 6.619, de 29 de outubro de 2008. A seguir, o conceito de termo de cooperação, após a modificação do inciso XVIII do § 1º do artigo 1º da Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/2008:

XVIII - termo de cooperação - **instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão ou entidade da Administração Pública Federal para outro órgão federal da mesma natureza ou autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente.** (grifamos)

Recentemente, foi publicada a Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507, de 24 de novembro de 2011, com o objetivo de regular os convênios, contratos de repasse e **termos de cooperação** celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com os órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos. A referida portaria foi publicada em substituição à revogada Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/2008.

O artigo 1º, § 2º, inciso XXIV, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 estabeleceu o seguinte conceito para o termo de cooperação:



XXIV - termo de cooperação: instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão ou entidade da Administração Pública Federal para outro órgão federal da mesma natureza ou autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente; (grifamos)

No termo de cooperação os **interesses são recíprocos**, pois os partícipes pactuam a realização de um mesmo fim, o que significa, em outros termos, que seu objeto deve representar um objetivo comum das partes.

Prosseguindo, o princípio orçamentário clássico, segundo o qual a arrecadação de receitas e a execução de despesas pelo setor público deve ser precedida de expressa autorização do Poder Legislativo.

O princípio se encontra legitimado pelo artigo 165, inciso III, da Constituição, que dispõe:

Art. 165. “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
I -
II - ...
III - Os orçamentos anuais.

Também no art. 167, inciso I, da CF, está evidenciada a vedação de se iniciar programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Ou seja, o princípio da legalidade em matéria orçamentária tem o mesmo fundamento do princípio da legalidade geral, segundo o qual a administração se subordina aos ditames da lei.

Por fim, ainda que diante de uma situação emergencial, em que postulados constitucionais encontram-se supostamente ameaçados, entendo que eventual procedência do pedido formulado teria o condão de malograr o princípio da separação dos poderes.

Como se entrevê do texto de Lei, o § 3º, do art. 30, pontifica que a execução dos projetos e programas dar-se-á por dotações orçamentárias destinadas aos Ministérios da Educação, da Defesa e da Saúde, consignadas no orçamento geral da União.

Este Juízo não desconhece a edição da MP n. 890, de 1º de agosto de 2019, que *“Institui o Programa Médicos pelo Brasil, no âmbito da atenção primária à saúde no Sistema Único de Saúde, e autoriza o Poder Executivo federal a instituir serviço social autônomo denominado Agência para o Desenvolvimento da Atenção Primária à Saúde”*.

A citada medida provisória fixou novos critérios para que o programa “mais médicos” detivesse o proveito econômico e principalmente social para qual foi instituído.

Como se observa, extraindo do exordial, revela-se que o pedido é nitidamente subjetivo travestido de cunho eminentemente ideológico, tentando, por via transversa, não



cumprir texto de Lei em plena vigência.

Ou seja, após uma detida análise dos autos, verifico que o caso em exame, não se trata de simples interesses coletivos de hipossuficientes ou de pessoas socialmente vulneráveis que está em discussão. Na verdade, trata-se de direitos e interesses personalíssimos e de maneira individualizada.

Não há sequer um estudo de caso quanto ao impacto e efeitos como supostamente arguidos pela parte autora que a não continuação do termo de cooperação impactaria em milhares de pessoas.

Trago às lições tecidas sobre os atos administrativos vinculados, como bem salientado pela eminente Ministra Cármen Lúcia, entendo, com o fito eminentemente profilático, trazer um excerto proferido no voto por Sua Excelência, que delinea bem a questão, *"in verbis"*:

"o Direito Administrativo, hoje, já nem fala em ato vinculado e ato discricionário. O que temos, verdadeiramente, é que não há um ato inteiramente vinculado nem um ato inteiramente discricionário. Todos os atos tem alguns elementos vinculados – por exemplo, competência, forma, finalidade – e alguns tem um âmbito de discricionariedade maior e, portanto, alguns elementos da discricionariedade. Aliás, isso não é muito novo.

Cito no meu voto Vitor Nunes Leal, o qual, em estudo chamava a atenção para o fato que:

O mais acertado não é falar-se em ato discricionário; o certo é falar-se de por discricionário, mas como frequentemente certos atos só tem existência material depois que a Administração manifestou a opção referida – sem a qual o ato não existiria -, é admissível eu s use em tais casos a expressão "atos discricionários", contanto que se reconheça a deficiência conceitual da expressão. Quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do poder discricionário, o que se quer dizer é que o poder discricionário está imune à revisão judicial. É preciso ter-se em mente que uma coisa é a limitação do poder discricionário, que pode ser conferido pela Constituição ou pelas leis em bases mais amplas ou mais restritas; outra coisa é a possibilidade de revisão jurisdicional da ação discricionária dos órgãos administrativos. Está bem claro que poder discricionário é o que se move em uma zona livre, isto é, não vinculada pela legislação. Pouco importa, para se conceituar o poder discricionário, a extensão dessa zona livre, desde que nessa zona livre, a critério da administração, se pudesse sobrepor outro critério, a saber, o do Judiciário. Então, já não teríamos essa zona livre nem se poderia mais falar de poder discricionário. Essa expressão seria, no caso, completamente vazia no sentido e estaria destinada ao museu das velharias jurídicas".

De outra parte, cabe salientar que não é admitida a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade ou para atacar normativo privativo do poder de polícia o executivo.

Preleciona Hugo Nigro Mazzilli:



“Sabemos que nas ações civis públicas ou coletivas, a inconstitucionalidade de uma lei poderá ser causa de pedir remota. Nelas, a sentença de procedência será imutável para todos os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas. Em tese, isso poderia gerar o risco de que a sentença proferida por juiz singular pudesse suprimir toda e qualquer eficácia erga omnes de uma lei – mas isso seria inadmissível, pois tal efeito só pode ser obtido em nosso sistema por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade. Para evitar esse risco, os tribunais não admitem que aquelas ações sejam usadas como sucedâneo da ação indireta de inconstitucionalidade. Assim, se numa ação civil pública ou coletiva o pedido vista, por vias transversas, a obter, em proveito da coletividade, a supressão de todos os efeitos pretéritos, atuais e futuros de uma lei (lei no sentido material, e não apenas formal), essas ações estariam servindo de indevido sucedâneo à ação direta de inconstitucionalidade.”
(A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Editora Saraiva, 22ª edição, págs. 140/141)

De acordo com o pedido formulado na inicial, verifica-se que o autor pretende, por via transversa, utilizar a presente ação como indevido sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, ou a cassação de normativo, o qual deverá ser dirigido a Corte Constitucional.

Outrossim, há de se observar que não cabe ao Poder Judiciário qualquer intervenção concernente à determinação do que deve constar da legislação, o que significaria atuar na anômala condição de legislador positivo, pois o controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos normativos só lhe permite agir como legislador negativo. Se assim não fosse, estar-se-ia adentrando à seara reservada a Poder diverso, o que implicaria a violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

Nesse sentido é a orientação do *col.* Supremo Tribunal Federal, consoante acórdão assim ementado:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO APENAS A EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. I - Não é dado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, mas apenas como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade. (...)”
(RE 493234 AgR/RS, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento 27/11/2007, Primeira Turma, DJe-165 DIVULG 18/12/2007 PUBLIC 19/12/2007, DJ 19-12-2007, PP-00047, EMENT VOL-02304-04, PP-00739, LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 252-255)
“AGRAVO DE INSTRUMENTO - IOF/CÂMBIO - DECRETO-LEI 2.434/88 (ART. 6.) - GUIAS DE IMPORTAÇÃO EXPEDIDAS EM PERÍODO ANTERIOR A 1. DE JULHO DE 1988 - INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONÔMIA - INOCORRÊNCIA - NORMA LEGAL DESTITUIDA DE CONTEUDO ARBITRÁRIO - ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - INADMISSIBILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO. (...) Os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da



exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. E de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO).

(AI 138344 AgR/DF, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 02/08/1994, Primeira Turma, DJ 12/05/1995, PP-12989, EMENT VOL-01786-01, PP-00183)

A interferência jurisdicional em políticas públicas deve ser exercida com parcimônia, a fim de evitar inversões dos papéis constitucionais reservados aos Poderes Executivo e Judiciário, bem como a exorbitância deste na proteção dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos

Se, de um lado, o Poder Judiciário assume papel fundamental de guarda da Constituição, porquanto dotado de instrumentos de proteção das demandas sociais, por outro lado, não é razoável que uma decisão judiciária vá além das possibilidades de sua atuação, impondo obrigações ao Poder Executivo, com potencial comprometimento do orçamento da administração pública, destinado à realização de suas políticas.

O art. 20 da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655/2018, estabelece que, “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Já o artigo 22 da mesma Lei reza que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

O fato é que, com as alterações das regras de direito público, promovidas pela Lei nº 13.655/2018, introduziu-se uma condicionante para a força normativa dos princípios, qual seja, a consideração das possíveis consequências práticas da decisão. Vale ressaltar que, não obstante a amplitude da expressão “consequências práticas da decisão”, tudo leva a crer que a intenção do legislador foi a de impor que o julgador avalie, sobretudo, suas consequências econômicas.

Alinhavadas essas considerações, tratando-se de função típica do poder Executivo, não há como imiscuir-se o Poder Judiciário em eventual alocação de recursos públicos.

Por outro lado, não se afigurando hipótese de omissão do administrador, porquanto se verifica a atuação da Administração Pública no que concerne ao remanejamento provisório dos médicos a fim de suprir o desfalque dos profissionais ocorrido ao longo da vigência do programa, desde 2016, não compete ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador na escolha das políticas públicas.



É fato, conclui-se, que os atos discricionários não são totalmente imunes à tutela jurisdicional. Todavia, a judicialidade de tais atos é restrita, devendo limitar-se à prestação jurisdicional calcada na omissão ilegal do Poder Público.

Ressalta-se que eventual interferência deste Poder nas políticas públicas dar-se-ia, tão somente, em casos excepcionais, e não na generalidade.

Verifico que, diante da evidente falta de resistência da administração pública na prestação do serviço básico de saúde, não há interesse de agir daquele que judicializa a pretensão, sobretudo pelo fato de que o judiciário é a via destinada à solução de conflitos.

Quanto ao argumento trazido que nenhum ônus será devido à União Federal, infelizmente, tal pretensão não se revela coerente.

Com efeito, na cláusula segunda do termo de cooperação, aponta uma série de providências administrativas que a União Federal deverá realizar para que a realização da política seja levada a efeito.

E não é só. Nos termos da cláusula 11.2 é imperativo às partes o seguinte: “*O encerramento deste Acordo de Cooperação extingue automaticamente as vagas do PMBB a ele vinculadas e ocasiona, por consequência, o desligamento dos médicos ocupantes das mesmas*”.

Ou seja, nem administração municipal, nem a parte autora pode alegar a própria torpeza, onde, objetivamente, o termo de cooperação pontifica exaustivamente os critérios, inclusive, quanto à solução de continuidade do acordo.

O edital de chamamento à época, aberto pelo governo federal, disciplina como deve se pautar o programa.

Ou seja, o edital é um ato normativo elaborado pela administração pública com o fito de disciplinar o processamento do certame.

A Administração deve pautar suas ações na mais estrita previsibilidade, obedecendo às previsões do ordenamento jurídico, não se admitindo, assim, que se não se *respeite as regras do jogo, estabeleça uma coisa e faça outra*.

*O edital, está intimamente ligado ao **princípio da vinculação ao instrumento convocatório** possui extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas.*

É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº. 8.666/1993, “*verbis*”
:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da



moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que bem pontua sobre a situação por mim tecida:

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho^[3]:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.



Se o instrumento de convocação, normalmente o edital tiver falha, pode ser corrigido, desde que oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela.

Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto.

Como se vê, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.

Depreende-se que o autor busca precipuamente a tutela dos interesses específicos e particulares da categoria, não se enquadrando o objeto da presente ação civil pública em qualquer das hipóteses de responsabilidade por danos morais e patrimoniais previstas no artigo 1º da Lei nº. 7.347/85, bem como, demandar a ação civil pública como sucedâneo de controle direto de inconstitucionalidade.

Não se trata de negar acesso da parte ao Poder Judiciário, o que significaria violação ao direito de ação, garantia constitucional, contudo, é necessário que a controvérsia esteja adequada, a fim de que reste preenchido o interesse jurídico (necessidade/adequação), possibilitando que a relação processual instaurada seja capaz de provocar a prestação jurisdicional necessária à solução do conflito, em obediência ao devido processo legal.

Ante o exposto, **INDEFIRO LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL e JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO**, nos termos do inciso I, do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Sem custas e honorários advocatícios, a teor do disposto no artigo 18 da Lei nº. 7.347/85.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

São Paulo, data registrada no sistema.

LEONARDO SAFI DE MELO
Juiz Federal

