

Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Constitucional

MICHAEL YANI MARTINS NETO

DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
Controle pelo Supremo Tribunal Federal da Discricionariedade
Administrativa em Políticas Públicas de Saúde

Brasília – DF

2013

MICHAEL YANI MARTINS NETO

**DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
Controle pelo Supremo Tribunal Federal da Discricionariedade
Administrativa em Políticas Públicas de Saúde**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Especialista
em Direito Constitucional, no Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* em Direito
Constitucional do Instituto Brasiliense de
Direito Público-IDP.**

**Orientador: Dr. Flavio Henrique Unes
Pereira**

**BRASÍLIA – DF
2013**

MICHAEL YANI MARTINS NETO

DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Controle pelo Supremo Tribunal Federal da Discricionariiedade Administrativa em Políticas Públicas de Saúde

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Orientador: Dr. Flavio Henrique Unes Pereira

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção___(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

Aos meus familiares, especialmente aos meus pais, ANTONIO (*in memoriam*) e NILA, pelos exemplos de virtude e ética.

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Professor Dr. Flávio Henrique Unes Pereira, e aos demais professores do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do IDP.

EPÍGRAFE

“A letra mata, mas o espírito vivifica.”

PAULO DE TARSO

RESUMO

Este trabalho aborda o direito fundamental à saúde, que está abarcado no direito à vida, ambos insculpidos na Constituição Federal de 1988 e em outros diplomas do Direito Internacional, bem como a discricionariedade administrativa e seu controle judicial, sobretudo nas políticas públicas relacionadas ao tema da saúde. Pretende-se, além da revisão bibliográfica sobre o tema, pela pesquisa dogmática e jurisprudencial, demonstrar a polêmica em torno do controle judicial da discricionariedade administrativa e o controle pelo Supremo Tribunal Federal em políticas públicas de saúde, a discussão sobre o limite e legitimidade do exame completo da legalidade, pelo Judiciário, dos atos administrativos ditos discricionários. Almeja-se, com isso, investigar se há critérios objetivos para o julgamento das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, que chegam ao STF por meio de ações individuais e coletivas, como forma legítima e eficaz de intervenção judicial nas políticas públicas de saúde.

Palavras-chave:

Discricionariedade administrativa. Judicialização de políticas públicas de saúde. Direitos fundamentais. Jurisdição constitucional.

ABSTRACT

This paper addresses the fundamental right to health, which is encompassed in the right to life, both sculptured in the Federal Constitution of 1988 and other international instruments, as well as its administrative discretion and judicial control, especially in public policy related to the topic of health. It is intended, in addition to the literature review on the topic, the research dogmatic and jurisprudential demonstrate the controversy surrounding the judicial control of administrative discretion and control by the Supreme Court in public health policies, the discussion about the limits and legitimacy of the examination full of legality, the judiciary, said discretionary administrative acts. One hopes, therefore, to investigate whether there are objective criteria for the adjudication of claims related to the right to health, to reach the Supreme Court through individual and collective actions, as a legitimate and effective judicial intervention in public policy health.

Key words:

Administrative discretion. Judicialization of public health policies. Fundamental rights. Constitutional jurisdiction.

Sumário

Introdução.....	9
Capítulo 1. Ato vinculado e ato discricionário.....	12
1.1. Evolução histórica da discricionariedade.....	15
1.2. Fundamentos da discricionariedade.....	22
1.3 Poder discricionário e mérito administrativo.....	26
1.4. Discricionariedade administrativa e controle judicial.....	32
1.5. Limites da discricionariedade.....	34
1.6. Poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados.....	36
Cap. 2. Políticas Públicas de Saúde.....	47
2.1. Direito Sanitário e Políticas Públicas de Saúde.....	52
2.2. O direito à saúde e aos medicamentos.....	56
2.3. Ações Públicas de Saúde.....	57
Cap. 3. A Jurisprudência do STF nas Políticas Públicas de Saúde.....	58
Conclusão.....	79
Referências bibliográficas.....	83

Introdução

O tema Discricionariedade da Administração Pública: Controle pelo Supremo Tribunal Federal da Discricionariedade Administrativa em Políticas Públicas de Saúde envolve relações jurídicas entre a Administração Pública e os administrados, bem como a discussão sobre separação de Poderes.

O tema proposto abrange, ainda, a discussão sobre o limite e legitimidade do exame completo da legalidade, pelo Judiciário, dos atos administrativos. Inclusive, na análise dos critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, conceituados por mérito, elemento que compõe o ato expedido com discricionariedade pela Administração Pública.

O tema escolhido deveu-se por ter sido, em parte, no que tange ao tema discricionariedade administrativa e seu controle judicial, objeto de estudo pelo pós-graduando, quando do desenvolvimento de monografia na graduação em Direito. Já a parte relacionada às políticas públicas de saúde e seu controle judicial, foi objeto de estudo do aluno no curso de extensão “O Direito Achado na Rua – Introdução Crítica ao Direito à Saúde”, ofertado pela Universidade de Brasília - UNB.

A motivação pela escolha do tema deu-se pela importância do debate sobre a separação dos poderes e o papel do Poder Judiciário na democracia, sua participação por uma intervenção que contribua, ou não, para o desenvolvimento do Sistema de Saúde e a revolução democrática da justiça.

Pretendeu-se, com isso, investigar se há critérios objetivos para o julgamento das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, que chegam ao STF por meio de ações individuais e coletivas, como forma legítima e eficaz de intervenção judicial nas políticas públicas de saúde.

O direito à saúde tem sido amplamente debatido no Judiciário, principalmente, quando devidamente provocado em demandas relacionadas às políticas públicas de saúde, sendo esse movimento chamado de “judicialização” da saúde. Além disso, este debate envolve os três níveis da Federação, bem como a separação de Poderes do Estado Democrático de Direito e sua organização político-social.

Portanto, o debate, acerca dos temas discricionariedade administrativa e o controle judicial de políticas públicas de saúde, são bastante polêmicos, principalmente, por tratar de um direito fundamental abarcado pela Constituição Federal de 1988, o direito à saúde. Motivando com isso, em torno desse debate, críticas devido à postura assumida por alguns magistrados em determinadas decisões judiciais, denominada ativismo judicial, e as consequências decorrentes desses movimentos denominados judicialização da saúde e neoconstitucionalismo.

A pesquisa teve como finalidade estudar os contornos da discricionariedade administrativa, bem como a judicialização da saúde no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e a repercussão da intervenção judicial na gestão de políticas públicas relacionadas ao direito à saúde.

O objetivo da pesquisa é demonstrar a evolução no Direito, sobretudo no Direito brasileiro, da importância da discussão sobre o limite e legitimidade do controle judicial no reexame completo da legalidade de determinados atos administrativos, principalmente no que se refere aos atos praticados com certa margem de liberdade pela Administração Pública, denominados “atos discricionários”, relacionados com políticas públicas de saúde.

Assim, o tema em estudo é um assunto da maior importância para o Direito e possui relevância política, social e acadêmica. Isto, devido ao fato de estar diretamente relacionado ao contexto democrático, à efetivação de direitos fundamentais, e ao debate em torno da separação dos Poderes.

O primeiro capítulo trata dos conceitos e a diferenciação de ato vinculado e ato discricionário, bem como o conceito de discricionariedade. No item 1.1 aborda-se a evolução histórica da discricionariedade administrativa e seu contexto no tempo e espaço, o surgimento das escolas de exegese e o positivismo da teoria pura do direito de Hans Kelsen, e ainda uma breve introdução sobre os conceitos jurídicos indeterminados. No item 1.2 são abordados os fundamentos da discricionariedade administrativa, o posicionamento da doutrina brasileira acerca da discussão da discricionariedade, interpretação e conceitos jurídicos indeterminados.

No item 1.3 trata-se do poder discricionário e mérito administrativo, bem como os conceitos de discricionariedade e mérito administrativo. No item 1.4 são abordados os temas da discricionariedade administrativa e o controle judicial. Já no item 1.5 discute-se o tema dos limites da discricionariedade administrativa. Finalizando-se o primeiro capítulo, no item 1.6, aborda-se o poder discricionário e os conceitos jurídicos indeterminados, sua evolução histórica e os posicionamentos doutrinários sobre o tema no Brasil e em outros países.

O segundo capítulo trata do tema específico das Políticas públicas de saúde. No item 2.1 aborda-se o assunto do Direito Sanitário e as Políticas Públicas de saúde. No item 2.2 é demonstrado o problema dos direitos à saúde e aos medicamentos.

O capítulo 3 trata da Jurisprudência aplicada pelo Supremo Tribunal Federal nas demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde e as Políticas Públicas de saúde.

Em seguida, trata-se da conclusão da pesquisa.

Capítulo 1. Ato vinculado e ato discricionário

Antes de se diferenciar o ato administrativo em vinculado e discricionário necessário se faz conceituar a discricionariedade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹ discricionariedade é:

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Ao se discorrer sobre o tema controle judicial da discricionariedade da Administração Pública, deve-se, preliminarmente, conceituar o ato administrativo e suas nuances. Para Diógenes Gasparini o ato administrativo conceitua-se como sendo:

(...) toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.²

Ainda na lição de Gasparini³, dos atos praticados pela Administração Pública, excluir-se-á da categoria dos atos administrativos os materiais e os regidos pelo Direito Privado, e incluir-se-á os chamados atos de governo ou políticos. Estes últimos, em outros sistemas constitucionais, seu regime jurídico é diverso e veda sua sindicabilidade. Nesses ordenamentos não podem ser examinados pelo Poder Judiciário ainda que causem dano a alguém. Porém, atualmente, no sistema constitucional brasileiro, tais atos ditos de governo ou políticos são atos administrativos examináveis pelo Judiciário.

Segundo o autor citado acima, são sete os requisitos do ato administrativo, denominados: agente público competente, finalidade, forma, motivo, conteúdo,

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Cap. VII. p. 426.

² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Cap. III Ato Administrativo. p. 61.

³ *Ibidem*. PP. 59 – 60.

objeto e causa. Salvo este, os demais são instituídos do art. 2º e respectivo parágrafo da Lei federal n. 4.717/65, chamada Lei da Ação Popular.⁴

Os atos administrativos são classificados de várias formas por diversos autores. Diógenes Gasparini⁵ segue os passos, quase que integralmente, de Celso Antônio Bandeira de Mello classificando os atos administrativos agrupando-os segundo os seguintes critérios: natureza da atividade administrativa, natureza do conteúdo, destinatários do ato, grau de liberdade da Administração Pública para decidir, efeitos, abrangência dos efeitos, composição da vontade e vontade administrativa.

Ao examinarem-se as várias classificações dos atos administrativos, tem-se quanto ao grau de liberdade da Administração Pública a que os agrupa em vinculados e discricionários, em razão da maior ou menor liberdade que tem a Administração para agir ou decidir. Essa realidade faz com que alguns digam não existem essas espécies de atos, mas unicamente atos administrativos praticados segundo uma competência vinculada ou discricionária. Assim, para esses, vinculada ou discricionária é a competência, não os atos administrativos.⁶

Gasparini⁷, com muita precisão, ensina o que são atos administrativos discricionários e o que é mérito:

Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo. O ato administrativo discricionário, portanto, além de conveniente, deve ser oportuno. A oportunidade diz respeito com o momento da prática do ato. O ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde? Já ou depois? A conveniência refere-se à utilidade do ato. O ato é bom ou ruim, interessa ou não, satisfaz ou não ao interesse público? A oportunidade e a conveniência do ato

⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Cap. III Ato Administrativo. p. 62.

⁵ *Ibidem*. p. 79.

⁶ *Ibidem*. p. 82.

⁷ *Ibidem*. p. 98.

administrativo compõem o binômio chamado pela doutrina de mérito. Mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade (...).

Para adentrar-se no tema controle judicial da discricionariedade da Administração Pública, preliminarmente, devem-se agrupar os atos administrativos em atos vinculados e atos discricionários, para uma melhor compreensão didática do assunto.

Bandeira de Mello⁸ diferencia atos vinculados e atos discricionários nos seguintes termos:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

O autor citado adverte que o contraponto que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ defende, contrariando o entendimento que prevalece pacificamente na jurisprudência e na doutrina brasileira e majoritariamente fora do Brasil, que pode haver certa discricionariedade quanto ao fim do ato administrativo:

(...) Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma objetividade absoluta. Preferimos dizer que o fim é sempre vinculante (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Cap. VII. p. 424.

⁹ *Ibidem*. p. 424.

¹⁰ *Ibidem*. p.. 425.

qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, de juízo discricionário.

O posicionamento da doutrina na atualidade é de que nas atividades administrativas são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura. Assim, não há uma oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário.¹¹

1.1. Evolução histórica da discricionariedade

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹² leciona sobre a origem da expressão ato administrativo:

Onde existe Administração Pública, existe ato administrativo; no entanto, nem sempre se utilizou essa expressão, pois se falava mais comumente em atos do Rei, atos do Fisco, atos da Coroa.

Embora não se saiba exatamente em que momento a expressão foi utilizada pela primeira vez, o certo é que o primeiro texto legal que fala em atos da Administração Pública em geral, foi a Lei de 16/24-8-1790, que vedava aos Tribunais conhecerem de “operações dos corpos administrativos”. Depois, a mesma proibição constou da Lei de 3-9-1795, onde se proibiu “aos tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie”. Essas normas é que deram origem, na França, ao contencioso administrativo; para separar as competências, houve necessidade de elaboração de listas dos atos da Administração excluídos da apreciação judicial.

Odete Medauar¹³ ensina que o termo discricionariedade, antes de figurar nas obras de direito administrativo, indicava mero atributo do soberano, expressando sua aptidão, e a de seus agentes, para bem desempenharem suas funções. Na segunda metade do século XIX, doutrinadores franceses denominaram atos de pura administração às decisões resultantes do que hoje é o poder discricionário. No fim do século XIX e início do século XX, o termo já integrava a linguagem da doutrina e jurisprudência do direito administrativo. A partir do final do século XIX surgiram várias teorias para caracterizar o poder discricionário, evoluindo no sentido de apontar-lhe parâmetros.

¹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 6. p. 111.

¹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 191.

¹³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 6. PP 112 – 113.

Das primeiras concepções sobressaiu a ideia de escolha livre baseada somente em apreciações subjetivas da autoridade, afastando-se seu conteúdo a toda disciplina legal. Na França, até o início do século XX, os atos discricionários ou atos de pura administração eram conceituados como aqueles insuscetíveis de apreciação pelo juiz. Em 1908, o mais alto tribunal administrativo francês deixou de admitir a existência de atos totalmente livres, exigindo observância de regras de competência e de forma. Posteriormente desenvolveu-se o entendimento de que o poder discricionário consistia na liberdade de apreciação, mas em vista do atendimento do interesse público.¹⁴

Segundo Luis Manuel Fonseca Pires¹⁵, a discricionariedade administrativa, assunto do direito administrativo que é, em si, fonte amplíssima de profusas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, é vista de forma equivocada, quando se sustenta sua existência pelo fato de haver, em determinado comando, conceitos indeterminados. Nas palavras do autor:

(...) Não poucas vezes se sustenta a existência de discricionariedade à Administração Pública pelo fato de haver, em determinado comando normativo, ou palavras e termos ambíguos (conceitos indeterminados), ou porque há a necessidade, para a inteligência da norma jurídica, de uma ponderação por parte do administrador-intérprete.

Assim, de um jeito ou de outro, para parcela francamente majoritária da doutrina, e mesmo segundo a jurisprudência incontestavelmente dominante, tanto nacional quanto estrangeira, a competência discricionária existe, dentre outras situações, quando há algum espaço ao subjetivismo, à vontade da Administração na interpretação jurídica.

O autor citado continua sua explanação:

Este equívoco – desde logo o adiantamos – tem por raiz, como veremos ao longo do presente capítulo, a influência das doutrinas jurídicas sobre a interpretação do direito que se desenvolveram ao longo do século XIX, e, ainda mais marcadamente, da teoria pura de Hans Kelsen no início do século XX, todas a propugnar que a inteligência do direito, ao ter que interpretar uma norma jurídica, não passaria de envidar empenho em descrever, conhecer proceder a um labor exclusivamente cognitivo do direito, com a acentuada preocupação, e mesmo se iludindo, de que ao intérprete não se permite que o seu cabedal de convicções políticas, sociais,

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 6. P.P. 112–113.

¹⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 7.

religiosas, filosóficas, sua própria formação, instrução, cultura, que o seu ser, enfim, influencie a interpretação jurídica.¹⁶

Nesse contexto, Luis Manuel Fonseca Pires¹⁷ inicia sua visão crítica da doutrina majoritária, a qual sustenta a existência da discricionariedade derivada de conceitos indeterminados. Procurando diferenciar interpretação jurídica e discricionariedade administrativa, ele assevera:

O que entendemos ser primordial a desenvolver acerca da competência discricionária é a demarcação científica com o máximo de rigor e precisão possíveis sobre as diferentes categorias jurídicas: de um lado, a interpretação jurídica, objeto de estudo da teoria geral do direito, de outro, a competência discricionária da função administrativa, própria do direito administrativo.

(...) Equivocam-se, consoante entendemos, os que acreditam que ao juiz há “discricionariedade” em deferir, ou indeferir, um pedido liminar ou de antecipação de tutela, como se equivoca quem compreende que a presença de algum elemento volitivo na interpretação jurídica, o que normalmente ocorreria diante de conceitos imprecisos em razão da fluidez das palavras, é o suficiente para reconhecer-se ao administrador a mesma “discricionariedade”.

Assim, Luis Manuel Fonseca Pires, citando vários autores, faz uma análise crítica da evolução histórica da discricionariedade administrativa, da escola da exegese ao positivismo de Hans Kelsen, defendendo sua tese no sentido de que os conceitos jurídicos indeterminados não ensejam a discricionariedade, e que esta é função administrativa, ou seja, uma competência discricionária. Além, de, ainda, separar a interpretação jurídica da discricionariedade administrativa, como objetos de estudo independentes, dos ramos da teoria geral do direito e do direito administrativo, respectivamente.

Luis Manuel¹⁸, citando o jurista português José de Oliveira Ascensão (O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira, p. 378), demonstra a preocupação que sempre se teve com o controle da interpretação da lei:

(...) desde a época do Imperador Justiniano há a preocupação de controlar a interpretação da lei, e mesmo após a Revolução Francesa pretendeu-se excluir qualquer componente subjetivo na interpretação

¹⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p 8.

¹⁷ Ibidem. p. 7.

¹⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P.P. 10-11.

com o receio de que a atuação dos juízes pudesse comprometer as conquistas do movimento revolucionário.

Fonseca Pires¹⁹ afirma que no século XIX, quando se desenvolveu em França a “escola da exegese”, o centro das divergências entre as doutrinas que se preocupavam com a interpretação jurídica era, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Introdução ao estudo do direito, p. 266):

saber se o direito a ser declarado, a partir dos textos normativos, era o que expressava o pensamento do legislador (correntes subjetivas) ou o “espírito do povo” (correntes objetivas). Em busca da vontade do legislador é que, ainda segundo o jurista, orientava-se a “jurisprudência dos conceitos”, na Alemanha, e a já mencionada “escola da exegese”, em França.

Pretendia-se, segundo Rodolfo Luis Vigo, que as razões do legislador (exegese) e as do cientista (“jurisprudência dos conceitos”) apresentassem níveis de “perfeição, previsão e clarividência que as tornavam insuspeitas de silêncio ou incoerências”. (Interpretação jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas, p. 39.) Vislumbrava-se o direito, como adverte o autor, com todos os aspectos próprios de um sistema fechado: unidade, completude e coerência.

Luis Manuel Fonseca Pires²⁰ explica que nessa época desenvolveram-se as primeiras noções do método teleológico como a busca do fim do direito, do método axiológico como a ênfase aos valores que se encontram no direito ou gravitam em torno dele, do método sociológico que defende a consideração de aspectos sociais junto à ciência jurídica.

Segundo o autor²¹ citado acima, é neste contexto que Hans Kelsen formula, com fundamento no positivismo, a teoria pura do direito:

(...) O mestre de Viena sustentou que o cientista do direito deve ocupar-se da norma jurídica com exclusividade, o que implica rechaçar outros saberes que não se filiam à produção da norma jurídica, como a filosofia, a sociologia etc. Para a teoria pura do direito a norma jurídica é editada por uma autoridade e tem caráter prescritivo, o que difere, portanto, da proposição jurídica que é emitida pela doutrina e apresenta natureza descritiva.

Segundo Luis Manuel²², a preocupação de Hans Kelsen com a pureza metodológica da ciência jurídica conduziu sua teoria a preocupar-se com a norma

¹⁹ Ibidem. P.P. 13-14.

²⁰ Ibidem. p. 14.

²¹ Ibidem. P.P. 17-18.

jurídica, como o fundamento de validade que atribui certa competência a determinada autoridade, para nesta relação hierárquica e escalonada, piramidal, emitir outra norma jurídica. O direito, nesta concepção, é mesmo um sistema dinâmico, mas sob a perspectiva exclusivamente formal na medida em que as normas apenas se limitam a atribuir competências. Pouco importa, portanto, qual o seu conteúdo para a teoria pura do direito.

Luis Manuel Fonseca Pires²³ cita Rodolfo Luis Vigo (Interpretação jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas, p. 47), lecionando que o modelo dogmático pretendia que a interpretação fosse meramente cognitiva, sem qualquer compromisso ético ou axiológico, e é por isso que, ainda segundo o autor citado por Fonseca Pires (p. 46), “desde Aristóteles a lógica formal representa o estudo das falácias, é dizer, dos raciocínios inválidos que aparentam ser corretos.”

Fonseca Pires²⁴ explica que, em oposição ao dogma da completude, a normatização dos princípios, com expressivo desenvolvimento a partir da década de cinquenta do século XX, é um dos sinais de evolução do direito, no sentido de sobrepujar a compreensão da norma jurídica além de sua estrutura formal, para acolher os valores nela contidos.

Segundo este autor, é também a referência aos princípios, o reconhecimento do ordenamento jurídico como um sistema aberto, a admissão de que tantas vezes na redação da norma jurídica utilizam-se palavras e termos ambíguos. É, neste contexto, enfim, que se encontram doutrinas que se valem recorrentemente da palavra “discricionariedade” para tentar expressar a interpretação jurídica em razão da participação do intérprete na construção do sentido da norma.

Luis Manuel²⁵ afirma que Paulo Bonavides (Curso de direito constitucional, p. 273.) leciona que a evolução da compreensão dos princípios para a ciência do

²² PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 18.

²³ Ibidem. p. 27.

²⁴ Ibidem. P.P. 35-36.

²⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P.P. 35-36.

direito pode ser demarcada em três fases distintas: a) a jusnaturalista, na qual se recusa a sua normatividade jurídica; b) a positivista, em que se reconhecem os princípios como normas, mas como fonte normativa subsidiária; e a atual fase, c) pós-positivista, segundo a qual a norma é admitida como um gênero cujas espécies são os princípios e as regras.

Luis Manuel Fonseca Pires²⁶, concluindo sua posição, afirma que ao longo do século XIX firmaram-se doutrinas, como a “escola da exegese”, o “pandectismo”, a “jurisprudência dos conceitos”, entre outras, que apregoavam que a interpretação jurídica era a descoberta, a descrição seca, o revelar matemático da lei (ou da intenção que animara o legislador por ocasião da feitura da norma, ou a da que lhe era objetivamente extraível), enfim, que concebiam a possibilidade de ser utilizada a lógica formal dedutiva, isto é, a proposta de que bastaria invocar a lei (premissa maior) à qual automaticamente subsume-se o fato concreto (premissa menor) para imediatamente se encontrar a decisão (conclusão). Em síntese, propunha-se a metodologia própria das ciências exatas para identificar o direito aplicável ao caso concreto.

Ainda segundo Luis Manuel²⁷, no final daquele século e início do próximo, de teorias que objetivavam suprir a insuficiência da lógica formal, ainda com alguma reação, o direito tomou outro rumo: a ciência jurídica imiscuía-se e confundia-se com outros campos do saber humano, como a filosofia e a sociologia, por exemplo.

O autor salienta que neste período surgiu a teoria pura do direito de Hans Kelsen, que resgata a valorização do direito como um campo próprio das ciências, do qual se deve afastar o sincretismo científico com outras áreas do conhecimento humano.

Ao intérprete compete, como já anunciavam as doutrinas do século anterior, descrever o direito. Não uma, mas diversas soluções que juntas apresentam a moldura que circunda as interpretações possíveis.

O intérprete autêntico (a autoridade) deve, além de conhecer o direito, compô-lo com a sua vontade para prescrever como se interpreta a norma superior. Mas, se

²⁶ Ibidem p. 52.

²⁷ Ibidem. PP. 53-54.

reconhece, ainda assim, a possibilidade da vontade do intérprete autêntico em desconsiderar todas estas opções e adotar, a seu exclusivo critério, até mesmo uma solução não prevista no interior desta moldura hermenêutica.

Assim, firma-se, novamente, o entendimento de que a interpretação jurídica é o conhecer, o descrever, o revelar, o que seria realmente alcançável pela lógica formal própria da matemática e outras ciências naturais nas quais a relação de causa e efeito é conhecida como uma lei imutável e soberana da natureza.

Potencializa-se a preocupação de identificar-se o direito como um sistema fechado; em última análise, como uma unidade sempre completa e coerente – é o dogma da completude que proporciona ingentes estudos que buscam sistematizar os temas das antinomias e lacunas no direito (Noberto Bobbio).

Ainda na explicação de Manuel Fonseca²⁸, a ciência jurídica evoluiu. Desenvolveram-se, durante o século XX, inúmeras outras intelecções sobre o direito e a interpretação jurídica. A normatização dos princípios, o reconhecimento de uma “textura aberta” de certas disposições normativas (Hart), a tópica jurídica (Viehweg) e tantas outras teorias revelam, primeiro, que o intérprete não é só a autoridade, mas todos os que operam o direito, e, segundo, que o intérprete é um protagonista importante para encontrar a compreensão que se deve ter da lei para o caso concreto. Passa a ser comum reconhecer a construção do direito pelo intérprete (Dworkin), a presença de uma expressão volutiva, logo, o conseqüente abandono da lógica formal que é substituída por se compreender a interpretação jurídica propriamente dita só existe depois da imprescindível atuação do intérprete porque é preciso estimar os valores, reconhecidos pela ordem jurídica, e os respectivos fatos sociais (Miguel Reale, Maria Helena Diniz e outros). Enfim, formulam-se teorias que admitem a reconstrução do sentido da norma como produto da interpretação jurídica que tem por objeto o texto normativo (Grau, Scarpinella Bueno e outros).

Fonseca pires²⁹ afirma que esta reação doutrinária contra o formalismo exacerbado e acrítico que se vincula à interpretação quase gramatical da lei revela o que há séculos o apóstolo Paulo de Tarso, lembrado por Carlos Maximiliano

²⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P.P. 53-54.

²⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 16.

(Hermenêutica e aplicação do direito, p. 111) apregoava: “a letra mata, o espírito vivifica”.

1.2. Fundamentos da discricionariedade

Eros Roberto Grau³⁰ faz referências críticas à posição da doutrina brasileira, acerca da discricionariedade, acolhendo as lições de Seabra Fagundes na seguinte citação:

Entre as lições que nos deixou Seabra Fagundes, tantas – lições de juristas e lições de dignidade, exemplares; inesquecíveis –, colho a seguinte:

‘Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo. A competência diz-se então vinculada. A administração Pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos, e, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e como o objetivo determinado, viola a lei.

Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos a competência é livre ou discricionária. A propósito de tais atos, não é possível cogitar de nulidade relacionada com o motivo, com o objeto, ou com ambos, conforme a respeito de qualquer um desses requisitos, ou dos dois, possa deliberar livremente a Administração. No mais, entretanto, ou seja, quanto à manifestação da vontade (falta de competência pessoal para agir e defeito pessoal na vontade do agente), finalidade e forma, o ato discricionário incide nos mesmos casos de invalidez dos atos vinculados’ (1979/74-76; grifos no original).

É a lei, diz o Ministro Seabra – como o chamávamos –, que ‘deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo’. Esse o primeiro ponto a enfatizar.

E a discricção que a lei deixa à autoridade administrativa se refere, quanto ao motivo, à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência); quanto ao objeto (conteúdo), a discricção está em a autoridade administrativa poder praticar o ato com o objetivo variável, ao seu entender.

Daí posso extrair duas verificações:

i) a discricionariedade é atribuída, pela lei, à autoridade administrativa; não decorre da lei, utilizando-se o verbo decorrer,

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 9. P.P. 191-192.

aqui, para referir a circunstâncias de o emprego, pelo texto legal, de “conceitos indeterminados” conduzir à discricionariedade; vale dizer: a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas;

ii) no exercício da discricionariedade, a autoridade administrativa formula juízos de oportunidade, que, na dicção do Ministro Seabra, respeitam ou à ocasião em que o ato deve ser praticado, ou à sua utilidade, ou ao conteúdo do ato.

02. A lição de Seabra Fagundes não tem sido apreendida adequadamente pela maioria da nossa doutrina, que não apenas chega ao extremo de afirmar que pode haver discricionariedade inclusive quanto à finalidade da norma jurídica – e isso foi retrucado pelo próprio Ministro Seabra (1979/76-78, nota 8) –, mas também se enreda na confusão entre ato discricionário e juízo discricionário, este último incompatível com a legalidade.

Eros Grau, com essa crítica, diverge de parte da doutrina, encampada principalmente por Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual defende que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam a discricionariedade, e que pode haver certa discricionariedade, inclusive, quanto à finalidade da norma.

Assim, Grau,³¹ citando Francisco Campos, continua sua exposição crítica acerca do posicionamento da doutrina brasileira, encampada por Francisco Campos e Bandeira de Mello, a qual defende a ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam a discricionariedade:

O fundamento da atividade discricionária da Administração encontra-se no Francisco Campos (1958/7 e ss.) na estrutura lógica do juízo que constitui o seu ponto de partida (1958/17 e 32-33). Diz ele: ‘O fundamento do poder discricionário da Administração não reside, portanto, em qualquer atributo que seja peculiar ao juízo administrativo, mas na estrutura lógica de uma certa categoria de juízos, que só podem ser formulados com referência a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou suscetíveis, pela amplitude e indeterminação do seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto do juízo consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos, igualmente adequados ou do mesmo valor significativo’ (1958/17).

Daí por que, segundo ainda o mesmo Francisco Campos, cabe ‘à autoridade administrativa (no caso) escolher para o ato, dentre os vários conteúdos igualmente possíveis, o que lhe pareça mais

³¹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 9. P.P. 193-195.

adequado ao amplo critério legal que, devido à sua natureza, não é suscetível de uma determinação objetiva' (1958/23; grifei).

Esse entendimento, que põe, entre nós, as âncoras que justificam o exercício da atividade discricionária no uso, pela norma jurídica, de conceitos jurídicos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluidos, prospera ainda no seio da doutrina brasileira do direito administrativo.

Francisco Campos afirma, expressamente: 'A indeterminação do conceito legal constitui, evidentemente, o fundamento lógico e jurídico do juízo discricionário' (1958/22).

Celso Antônio Bandeira de Melo, por exemplo, conceitua discricionariedade como 'a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente' (1992/48 e 1993/420).

Ainda que mais elaborada a exposição de Celso Antônio, a posição que adota diante da discricionariedade é a mesma de Francisco Campos.

Ambos, porém, como os que os seguem, incidem no erro de admitir a existência de 'conceitos indeterminados', confundindo conceito e termo (expressão do conceito) e ignorando a distinção entre conceito e noção.

Mais: não absorvendo a distinção que aparta juízos de legalidade e juízos de oportunidade, identificam, sem dar-se conta disso, a atividade discricionária da Administração com a atividade de interpretação do direito. E isso, note-se, porque recusam, esses autores e os seus seguidores, a postura crítica, incômoda porque converte o estudioso, de expositor, em censor do direito.

Ferindo desde logo este último ponto, relembro a observação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1982/27), ao anotar que, como a Administração não teria podido funcionar tolhida pela concepção rígida da legalidade, encontraram-se duas válvulas para contornar essa rigidez: a discricionariedade e as ordens de necessidade. A discricionariedade, na sua origem – e assim prossegue –, presta-se a instrumentar a atuação estatal a serviço da assim chamada, naquele momento histórico, burguesia.

Por isso – tenho insistido nesse ponto –, a doutrina do direito administrativo liberal constrói uma falsa legalidade, na medida em que a fragiliza mediante a introdução, nela, deste autêntico cavalo de Tróia, a discricionariedade. Ademais, enreda-se em equívocos que prontamente resultam exorcizados no âmbito da teoria geral do direito. A conclusão entre juízo de oportunidade e juízo de legalidade – também nisso insisto – é, nesse bojo, fatal.

Eros Roberto Grau³², ainda criticando a doutrina brasileira quanto à defesa de que a discricionariedade é ensejada por conceitos jurídicos indeterminados, afirma

³² GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 9. p. 206.

que há equívocos na conclusão que se tem quando se faz a indistinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade, quando se identifica a atividade discricionária da Administração com a atividade de interpretação do direito:

Penso ter bem demonstrado dois equívocos, determinantes de uma série de outros, que deles se desdobram, na posição adotada por grande parte da nossa doutrina em relação à discricionariedade: em primeiro lugar, a admissão da existência de 'conceitos indeterminados', no que se faz confusão entre conceito e termo (expressão do conceito) e a distinção entre noção e conceito ignorada; em segundo, a indistinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade.

Não se dão conta, quantos incidem nesses erros, de que estão a superpor e identificar a atividade discricionária da Administração com a atividade de interpretação do direito.

Ainda que Francisco Campos tenha sustentado que o fundamento do poder discricionário da Administração não reside em qualquer atributo que seja peculiar ao juízo administrativo, a doutrina, no tratamento tradicionalmente conferido à discricionariedade, insiste, em última instância, na voz de Celso Antônio (1992/26, nota 12), em afirmar que o mesmo juízo lógico, exatamente o mesmo juízo lógico, quando praticado pela Administração é discricionário (= juízo de oportunidade); quando praticado pelo Judiciário é dicção do direito (= interpretação, juízo de legalidade).

Nada mais errado.

Deveras, tanto a superposição da atividade discricionária da Administração à atividade de interpretação do direito quanto a alusão ao sujeito que a pratica como critério de distinção entre juízo de oportunidade (discricionariedade) e juízo de legalidade (interpretação do direito) são insustentáveis.

Diz Francisco Campos que, na discricionariedade, o conteúdo do ato a ser praticado (pela Administração) 'não é suscetível de uma determinação objetiva' (1958/23).

Isso, precisamente isso, o que sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello, a afirmar que, na discricionariedade, não se pode da lei 'extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente' (1992/48 e 1993/420). E tal porque, na dicção de Celso Antônio, essa solução unívoca ('providência ideal'), em muitas situações, 'é objetivamente incognoscível' – é '*in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma' (1992/43 e 48).

A estrutura de pensamento de ambos em relação à matéria, e dos que os seguem, é, como se vê, uma só.

Celso Antônio (1993/419), contudo, vai além e, citando André Gonçalves Pereira, diz: 'A discricionariedade começa onde acaba a interpretação... Reduzir a discricionariedade à simples formulação de um juízo é afinal negar o próprio poder discricionário, reduzir todo o poder à vinculação e pôr-se em contradição manifesta com o direito positivo'.

Daí por que importa (i) inicialmente perquirirmos se o direito brasileiro consagra hipóteses de discricionariedade, (ii) após, se as atividades que a doutrina tradicional aponta como de discricionariedade da

Administração, efetivamente, incluindo-se entre aquelas, distinguem-se da atividade de interpretação do direito.

A discricionariedade, vimos, expressa-se na formulação de juízos de oportunidade, importando eleição entre indiferentes jurídicos, à margem, pois, da legalidade.

Logo, no Estado de Direito, qualquer agente público somente deterá competência para a prática de atos discricionários – isto é, exercitando as margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da legalidade – quando norma jurídica válida a ele atribuir a formulação de juízos de oportunidade. Fora dessa hipótese, qualquer agente público estará jungido, subordinado, à legalidade. Inclusive quando lhe incumba o dever-poder de interpretar/ aplicar texto ou textos normativos que veiculem ‘conceitos jurídicos indeterminados’.

Eros Grau, referindo-se às posições doutrinárias defendidas por Francisco Campos e Bandeira de Mello, deixa bem demonstrado as divergências, acerca do tema discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. Como se observa, em seus comentários citados acima, há controvérsias quanto à ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam a discricionariedade administrativa. O tema não é pacífico.

1.3 Poder discricionário e mérito administrativo

Segundo a doutrina majoritária, encampada por Bandeira de Mello, conforme descrito por Eros Grau, citado no item anterior, o poder discricionário é aquele em que a lei confere ao administrador a faculdade de escolher perante certos casos uma entre várias soluções possíveis.

Essa escolha é feita por meio dos atos administrativos ditos discricionários, nos quais são utilizados critérios de conveniência e oportunidade. Este binômio conveniência e oportunidade compõe o denominado mérito administrativo.

Diógenes Gasparini³³, com muita precisão, ensina o que são atos administrativos discricionários e o que é mérito:

Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito

³³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Cap. III Ato Administrativo. p. 98.

comportamento. Essa escolha se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo. O ato administrativo discricionário, portanto, além de conveniente, deve ser oportuno. A oportunidade diz respeito com o momento da prática do ato. O ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde? Já ou depois? A conveniência refere-se à utilidade do ato. O ato é bom ou ruim, interessa ou não, satisfaz ou não ao interesse público? A oportunidade e a conveniência do ato administrativo compõem o binômio chamado pela doutrina de mérito. Mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade (...)

Odete Medauar³⁴ leciona que na discricionariedade, o administrador goza de uma certa margem de liberdade, que a lei lhe confere, para optar entre mais de uma solução num determinado caso, também previsto no ordenamento jurídico. Essa margem de liberdade de escolha pela Administração denomina-se mérito administrativo. Medauar afirma que o mérito administrativo revela-se do juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, efetuado pelo administrador competente, o qual a norma jurídica conferiu-lhe o poder discricionário.

Quando se discute o alcance do controle judicial da discricionariedade administrativa, surge o questionamento sobre a legitimidade da intervenção judicial no mérito administrativo. Algumas correntes da doutrina mencionam que ao Judiciário descaberia o exame do mérito das decisões administrativas. Contudo, a discussão envolvida neste ponto também não é pacífica.

A discussão em face do mérito dos atos administrativos vem evoluindo no sentido de delimitá-lo, objetivando a conveniência e a oportunidade do ato administrativo ao interesse público, impedindo-se, com isso, abuso de poder e desvio de finalidade.

³⁴ MEDAUAR Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 6. p. 114.

A respeito do mérito administrativo Bandeira de Mello³⁵ esclarece:

A lei, ao regular certas situações, pode deixar margem de liberdade de apreciação para a Administração quanto: a) ao momento da prática do ato; b) à forma do ato; c) ao motivo do ato; d) à finalidade do ato; e) ao conteúdo do ato.

O autor citado, num exame mais rigoroso da matéria, revela que toda a questão da discricionariedade está estreita e indissolúvelmente ligada a dois tópicos, a saber: 1) Ao exame da própria norma jurídica responsável pela existência desta liberdade; 2) ao exame do caso concreto.³⁶

Assim, necessário se faz a análise da norma para a verificação se esta outorga ou não a discricionariedade administrativa, além de cotejá-la ao caso concreto. Na vinculação, a previsão do acontecimento em função do qual o sujeito agirá é de uma objetividade absoluta, diferentemente da discricionariedade, em que a previsão do acontecimento em função do qual o administrador agirá é de uma objetividade relativa, a depender de critérios de conveniência e oportunidade, além da satisfação do interesse público.

As normas jurídicas destinam-se a disciplinar a conduta humana com o fito de se atingir certas finalidades, facultando ou exigindo certos comportamentos dos sujeitos de direito. A lei prevê certos acontecimentos, descritos com objetividade total ou parcial, que, conforme o caso, faculta ou obriga o agente a agir, especificando ou não qual o comportamento facultado ou obrigado, o qual deve sempre ter como norte uma finalidade enunciada ou subentendida mediante conceitos que podem ou não comportar alguma indeterminação.

De maneira diferente da vinculação, cuja norma é de uma objetividade absoluta que prevê um acontecimento em função do qual o sujeito agirá, na discricionariedade a norma reguladora carece desta precisão, porque não descreve antecipadamente a situação pela qual será requerido o comportamento administrativo, ou a situação é descrita por palavras que recobrem conceitos vagos, dotados de certa imprecisão, ou seja, sem objetividade total ou, independentemente de haver previsão da situação (contemplada mediante conceito preciso ou

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. – São Paulo: Malheiros, 2009. Cap. VII. p. 427.

³⁶ *Ibidem*. P.P. 427 – 429.

impreciso), a norma confere no próprio mandamento uma liberdade decisória, que envolve exame de conveniência, de oportunidade, ao invés de um dever de praticar um ato específico.

Nos casos em que o pressuposto não seja enunciado pela lei ou, havendo sido, sua descrição recubra conceito vago ou impreciso, a caracterização do motivo autorizador do ato dependerá de seu ajustamento à finalidade legal (com efeito: toda norma administrativa visa a alcançar um interesse público, uma formalidade pública).

Quanto ao exame do caso concreto, a simples existência de norma que enseja liberdade administrativa não é o suficiente para concluir-se que exista discricionariedade na prática de um determinado ato. Quando a lei se apresenta de conceitos vagos, indeterminados, imprecisos dos quais resultaria certa liberdade administrativa para ajuizar sobre a ocorrência de situações assim qualificáveis, tal liberdade só ocorre em casos duvidosos, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos para a espécie.

Desse modo, o problema da discricionariedade se apresenta diretamente ligado ao exame minucioso da norma jurídica responsável pela existência da liberdade conferida ao administrador e ao exame da aplicação desta norma ao caso concreto; sem deixar-se, também, de ater-se ao exame dos princípios norteadores de todo o sistema do ordenamento jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷ leciona que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Cap. XIX. p. 949.

Com essa assertiva de Bandeira de Mello, observa-se a importância dos princípios no sistema normativo e a relevância da ordem hierárquica de todo o arcabouço de normas.

Humberto Ávila³⁸, ressalta a importância dos princípios e da hierarquia normativa no exercício da exegese, apresentando postulados da teoria dos princípios, como o postulado da unidade do ordenamento jurídico, e sobretudo o postulado da hierarquia, consoante se destaca de sua lição:

No âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. Dentre os mais importantes está o postulado da unidade do ordenamento jurídico, a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade. Subelemento desse postulado, é o postulado da coerência, a impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores.

As condições do conhecimento reveladas pela hermenêutica são verdadeiros postulados: onde há uma parte há o todo; onde há um objeto cognoscível há um sujeito cognoscente; onde há um sistema, há um problema.

A compreensão do ordenamento como uma estrutura escalonada de normas baseia-se no postulado da hierarquia, do qual resultam alguns critérios importantes para a interpretação das normas, tais como o da interpretação conforme a Constituição.

No ordenamento jurídico brasileiro um dos principais princípios pelo qual se garante a legitimidade da garantia da proteção judicial do direito é o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por este dispositivo constitucional ressalta-se a superioridade do princípio da universalidade da jurisdição, pelo qual compete ao Poder Judiciário verificar completamente os atos praticados no exercício do poder discricionário, outorgado pela lei à Administração para o desempenho de certas atividades.

Perante este princípio, pauta-se a medida da extensão que ao Poder Judiciário compete investigar os atos administrativos expedidos pela Administração

³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P.P. 125-126.

Pública, no exercício de suas atividades praticadas com uma certa margem de liberdade discricionária.

A questão não é discutir se cabe ao Judiciário avaliar o mérito, ou seja, o conteúdo discricionário do ato administrativo decidido com base na oportunidade e conveniência pela administração; e sim, se o mérito constituído no ato revela-se em harmonia com os princípios e com todo o sistema de comandos explícitos e implícitos no ordenamento jurídico.

Ainda, frisando a observância que se deve ater na discricionariedade com os princípios, veja-se o que diz Juarez Freitas³⁹:

Toda discricionariedade Legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos da prudência, incompatíveis com os grilhões da irreflexão. Com base nisso, não se está a pedir, em especial ao Poder Judiciário, o controle dos juízos de conveniência em si, mas o controle das motivações obrigatórias, é dizer, a vigilância quanto a aspectos que dizem respeito não ao merecimento em si, mas à compatibilidade plena do ato administrativo com os princípios, entre os quais os da eficiência, da eficácia e da economicidade.

O escopo do princípio da inafastabilidade da prestação judicial (art. 5º, XXXV, CF 88) é dar competência ao Judiciário para fulminar atos que causem lesão ou ameaça a direito, quando estes não estiverem de acordo com o ordenamento jurídico, com os princípios e a legalidade, ou se não estiverem objetivando o interesse público, ou seja, se esses atos forem praticados com abuso de poder ou desvio de finalidade. Nestes casos, não há se falar em descabimento do exame do mérito das decisões administrativas.

Todavia, não competirá ao Poder Judiciário o exame da legalidade dos atos administrativos em casos que não ocorra lesão ou ameaça a direito, ou qualquer dúvida em torno da expedição do ato, tais como abuso de poder ou desvio de finalidade.

³⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

1.4. Discricionariedade administrativa e controle judicial

O controle judicial de determinados atos administrativos, em certa medida, legitima-se com o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988. Este preceito constitucional é a pedra fundamental em torno da legitimidade do controle judicial da discricionariedade da Administração Pública.

Segundo Eros Roberto Grau⁴⁰, o exercício, pela Administração, da autêntica discricionariedade, que somente norma válida pode atribuir, não está sujeito ao controle do Poder Judiciário, salvo quando esse exercício consubstancie desvio ou abuso de poder ou de finalidade.

Grau afirma, ainda, que atos motivados por razões de interesse público não são atos discricionários. Para ele “interesse público” é termo de “conceito indeterminado”, devendo, em cada caso, ser interpretado, e que ao tratar-se deste termo jamais exercita-se atividade discricionária. Para Eros Grau atos motivados por razões de interesse público, bem como todos e quaisquer atos de aplicação de conceitos indeterminados estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário, e que mesmo a doutrina que deriva a discricionariedade dos conceitos indeterminados admite e afirma o dever do Judiciário de sindicá-los, que segundo ele, chamam erroneamente de atos discricionários, pois para ele a competência é que é discricionária. Em suas palavras:

Exemplarmente – para que o equívoco proposital no enunciado da indagação imunize contra a perseverança no equívoco –, proponho a seguinte pergunta: incumbem ao Poder Judiciário o exame e controle de atos administrativos discricionários motivados por razões de interesse público?

A questão, como para logo se vê (ou se deveria ter visto), está equivocadamente formulada, dado que atos motivados por razões de interesse público não são atos discricionários.

“Interesse público” é termo de “conceito indeterminado” (vale dizer, de uma noção). Logo, interesse público deve, em cada caso, ser interpretado (relembre-se que interpretação = aplicação).

Ninguém, ao dele tratar, jamais, exercita atividade discricionária.

O exercício, pela Administração, da autêntica discricionariedade – formulação de juízo de oportunidade, que ape-nas poderá exercitar quando norma válida a ela atribuir essa faculdade – não está sujeito

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Prssuposto*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 9. P.P. 215-217.

ao controle do Poder Judiciário, salvo quando esse exercício consubstancie desvio ou abuso de poder ou de finalidade. Daí por que, embora o controle da discricionariedade apenas se justifique quando tal ocorra, o seu exame, pelo Judiciário, sempre se impõe. Por isso, demite-se de seu dever, afrontando o direito, o juiz que liminarmente recuse o exame de ato discricionário, embora deva, após esse exame, se, em determinado caso, apurar a inocorrência de desvio ou abuso de poder ou de finalidade, abster-se de controlar (no sentido de questionar a sua correção) o ato.

Atos motivados por razões de interesse público – bem assim todos e quaisquer atos de aplicação de “conceitos indeterminados” (vale dizer, de noções) (= juízos de legalidade) – estão, evidentemente, sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário.

Aliás, mesmo a doutrina que deriva a discricionariedade dos “conceitos indeterminados” admite, e afirma, o dever, do Judiciário, de sindicá-los, que erroneamente chama de discricionários.

Veja-se, por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello (1993/424 e ss.). A tarefa de exame da aplicação de “conceitos indeterminados” é, para Celso Antônio, interpretativa (1993/428); a sua aplicação, discricionária. Do que conclui que a distinção entre uma e outra atividades – interpretação e discricionariedade – estaria no sujeito que as pratica. Aqui, mais uma vez, por outro lado, a indevida cisão entre aplicação e interpretação (v. item 20, acima).

Com as assertivas de Eros Grau confirma-se duas correntes doutrinárias, em torno dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa, uma encampada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam a discricionariedade administrativa, além de defender também, poder haver, inclusive, discricionariedade quanto à definição do interesse público nos atos discricionários. A outra corrente, encampada por Eros Grau, defende que conceitos indeterminados não ensejam a discricionariedade administrativa e que não existem atos discricionários, mas sim competência discricionária.

Segundo Miguel Seabra Fagundes⁴¹ para tornar efetiva, no mecanismo estatal, a submissão da Administração Pública à ordem jurídica, existe um tríptico sistema de controle de suas atividades: controle administrativo, controle legislativo e controle jurisdicional. O controle administrativo é um autocontrole dentro da Administração Pública. Tem por objetivos corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral, e ensejar reparação a direitos ou interesses individuais, que

⁴¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 124

possam ter sido denegados ou preteridos em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei.

O controle legislativo ou parlamentar compete ao Poder Legislativo. É essencialmente político, destinando-se à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista geral da sua legalidade e conveniência ao interesse coletivo. Só indiretamente ampara o direito individual, em face do ato administrativo pelos benefícios implicitamente consequentes da boa aplicação da lei.

Quanto ao controle pelo Poder Judiciário, pela natureza da sua função, quando é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Os conflitos tomam, então, a forma de pleitos judiciais, estabelecendo-se o debate em torno da situação jurídica, de modo que seja possível esclarecer, definir e precisar com quem se acha a razão. Se com o Estado, negando direitos do administrado ou dele exigindo prestações, se com o próprio administrado, quando pede o reconhecimento de direitos, ou se revela insubmisso, alegando ilegalidade no procedimento administrativo.

Assim, legitima-se, com fundamento no princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, o controle pelo Poder Judiciário da discricionariedade administrativa, mormente, nos atos emanados com abuso de poder ou desvio de finalidade.

Entre os mecanismos de controle judicial da discricionariedade administrativa, destacam-se a teoria do desvio de finalidade ou de poder, e os princípios da Administração Pública, tais como os da eficiência, da eficácia e da economicidade.

1.5. Limites da discricionariedade

Os limites da discricionariedade administrativa e seu controle judicial é objeto de profusas discussões doutrinárias. Como visto, anteriormente, há os que dizem não haver atos discricionários e sim competência discricionária, dentre outras

controvérsias, como a que gira em torno dos conceitos indeterminados, implicando na discussão acerca do ensejo, ou não, de discricionariedade emanada por esses conceitos indeterminados. Diante de indeterminações como essas, surgem, também, questionamentos sobre os limites da discricionariedade administrativa.

A propósito do tema, Luis Manuel Fonseca Pires⁴² leciona:

Falar da discricionariedade administrativa necessita investigar a linguagem e as teorias da interpretação jurídica – mesmo que para distingui-los com rigor –, e falar da discricionariedade administrativa representa, em última análise, identificar o espaço legítimo da liberdade de escolha e decisão da Administração Pública, o que conseqüentemente significa demarcar os seus limites, isto é, perceber o que desborda e o que transborda deste espaço legítimo e enseja o controle judicial.

O autor citado acima segue a corrente que acredita não existir atos discricionários, mas sim competência discricionária. Fonseca Pires⁴³ demonstra que a compreensão da estrutura da norma jurídica, e a reflexão sobre os limites de atribuição da competência discricionária na estática da norma são relevantes no estudo da discricionariedade administrativa, e lança as seguintes perguntas:

Qual o limite à norma jurídica para atribuir uma competência discricionária? É possível que todo e qualquer tema seja passível de atribuição de competência discricionária por lei? Quais os critérios para a identificação de uma indevida delegação da função legislativa? Qual a amplitude possível que lei pode traçar como competência discricionária?

Nos questionamentos elencados acima, se percebe a ênfase à competência discricionária, atribuída pelo autor, e a análise de alguns pontos necessários a revelar os limites da discricionariedade administrativa.

Di Pietro⁴⁴ leciona sobre os limites da discricionariedade e afirma que o tema da discricionariedade – que nunca deixou de constituir preocupação dos estudiosos do direito administrativo, até porque não permaneceu estático no tempo – é da mais

⁴² PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 2.

⁴³ Ibidem. p. 3.

⁴⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> Acesso em 1º de novembro de 2011.

alta relevância porque envolve a definição de limites ao controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública.

Assim, os limites do controle jurisdicional dos atos administrativos estão diretamente ligados aos limites da discricionariedade administrativa. Ou seja, os limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, estão a depender dos limites envolvidos na discricionariedade exercida pela Administração Pública na expedição de seus atos administrativos.

1.6. Poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados

Ao falar-se de poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados pretende-se conceituar esses institutos situando-lhes no ramo do Direito Administrativo.

Segundo Luis Manuel Fonseca Pires⁴⁵:

(...) para parcela francamente majoritária da doutrina, e mesmo segundo a jurisprudência incontestavelmente dominante, tanto nacional quanto estrangeira, a competência discricionária existe, dentre outras situações, quando há algum espaço ao subjetivismo, à vontade da Administração na interpretação jurídica.

O autor citado acima entende que todo e qualquer conceito jurídico indeterminado deve ser determinado para o caso concreto, e que esta tarefa qualifica-se como um processo de interpretação jurídica, e não como um exercício de discricionariedade administrativa. O referido autor afirma, ainda, que a doutrina majoritária, tanto a nacional quanto a estrangeira, reconhece a possibilidade de os conceitos jurídicos indeterminados ensejarem a discricionariedade administrativa.⁴⁶

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷, para parte significativa da doutrina, da qual ele discorda, a existência de conceitos indeterminados de modo

⁴⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 7.

⁴⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 326.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. 10 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. I. P.P. 17-18.

algum autorizaria concluir pela existência de uma esfera de discricionariedade, relativa embora, na inteligência do conteúdo deles em face da situação concreta.

A respeito do poder discricionário Bandeira de Mello⁴⁸ ensina que o princípio da legalidade é próprio do Estado de Direito, em quaisquer de suas feições, e este se sujeita aos parâmetros da legalidade, submisso, inicialmente, aos termos constitucionais, em seguida aos termos propostos pelas leis, e, por último adstrito à consonância com os atos normativos inferiores de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Diante dessa hierarquia normativa, obviamente, não poderá nenhum agente estatal fugir, esteja ou não no exercício de poder discricionário.

Celso Antônio⁴⁹ afirma, ainda, que se fossem buscadas as raízes produtoras da feição própria do Estado de Direito, poder-se-ia encontrar a seguinte matriz: “O Estado de Direito é resultante da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau”.

Segundo Bandeira de Mello⁵⁰ o pensamento do barão de Montesquieu, acima de tudo pragmático, consistia na observação de um fato por ele afirmado como uma verdade e cuja procedência realmente não admite contestação:

Todo aquele que tem poder, tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites. Daí, sua clássica formulação de que, para contê-lo, é necessário que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵¹ afirma que não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei, e que o poder discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderá emergir com previsão, pela qual a lei o haja regulado.

⁴⁸ Ibidem. P.P. 10-11.

⁴⁹ Ibidem. I. P.P. 10-11.

⁵⁰ Ibidem. P.P. 11-12.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. 10 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. I. p. 13.

Para Bandeira de Mello⁵², a ordenação normativa propõe uma série de finalidades obrigatórias a serem alcançadas pelos agentes estatais, e a busca destas finalidades tem o caráter de dever antes do que “poder”, caracterizando uma função, em sentido jurídico.

Celso Antônio⁵³, em continuidade, explica que nesta função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o, porque é um dever. Então, conclui o autor, que o eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da ideia de poder, mas gira, sim, em torno da ideia de dever. Nas palavras do autor⁵⁴:

Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se diz ‘função administrativa’), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado ‘poder discricionário’ tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que um ‘poder discricionário’.

Para Bandeira de Mello, o poder-dever é um caráter funcional da atividade administrativa, o qual está subordinado à lei. O poder discricionário, assim entendido, então, é antes um dever administrativo ao invés de um poder propriamente dito.

Sobre os conceitos jurídicos indeterminados leciona Celso Antônio⁵⁵, há casos, embora excepcionais, em que a regra de Direito se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei a refira, contudo, ao mencioná-la, frequentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos vagos, fluidos, imprecisos, também chamados de indeterminados ou elásticos, tais como “situação urgente”, “notável saber”, “estado de pobreza”, “ordem pública”, “interesse público”, etc. Assim, portanto suscetíveis de interpretações ou inteleções variadas. Senão, quando a regra menciona a situação de fato, descrevendo-a em termos estritamente objetivos, defere no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador:

⁵² Ibidem. p. 13.

⁵³ Ibidem. p. 14.

⁵⁴ Ibidem. p. 15.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. 10 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. I.. p. 17.

Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz “pode”, ao invés de “deve”), ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permite-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicanda. Esta última hipótese tem lugar quando o administrador pode deferir ou indeferir algo, praticar o ato tal ou qual.

Antônio Bandeira de Mello⁵⁶ continua sua explanação a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados:

Anote-se, de passagem, que a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.

Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes “urgente”, “interesse público”, “pobreza”, “velhice”, “relevante”, “gravidade”, “calvície” e quaisquer outras do gênero. A precisão caso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um outro conceito – já agora preciso, portanto um novo conceito o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo.

(...) A moderna doutrina alemã, conforme refere Eduardo Garcia de Enterría, sustenta que os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentam tal característica considerados em abstrato; não porém diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação. À vista das situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos concretos, sempre se poderia reconhecer se uma dada situação é ou não “urgente”; se o interesse posto em causa é ou não “relevante”, se existe ou não um perigo “grave” e assim por diante. Pretendem que a questão suscitada por tais conceitos é meramente uma questão de “interpretação” definível, como qualquer outra, pelo Poder Judiciário e não uma questão de discricionariedade, a qual supõe certa margem de liberdade decisória para o administrador.

Bandeira de Mello⁵⁷ ressalta que o Judiciário tanto interpreta a lei nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela

⁵⁶ Ibidem. P.P. 20-22.

Administração, como quando verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, ou seja, se buscou as finalidades da lei. Afirma, ainda, que a discricionariedade jamais poderia ser entendida como margem de liberdade que obstasse o controlador (interno ou externo) da legalidade do ato de verificar se a inteligência das palavras normativas, efetuada pelo agente administrativo ao aplicar a lei, foi ou não desbordante do campo significativo possível daquelas palavras.

O mestre citado discorre sobre os conceitos jurídicos indeterminados citando Afonso Rodrigues Queiró na célebre observação de Bernatzik:

Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Já observou Bernatzik, colacionado por Afonso Rodrigues Queiró, que existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que ou outros tenham uma opinião falsa.

O referido autor⁵⁸ complementa:

Sem dúvida, perante inúmeros casos concretos (a maioria, possivelmente) caberão dúvidas sobre a decisão ideal e opiniões divergentes poderão irromper, apresentando-se como razoáveis e perfeitamente admissíveis. Nestas hipóteses a decisão do administrador haverá de ser tida como inatacável, pois corresponderá a uma opção de mérito; ou seja: a uma escolha não só comportada abstratamente pela norma, mas também compatível com a situação empírica, porque sintonizada com a própria razão de ser das alternativas abertas pela regra aplicanda.

Eros Roberto Grau⁵⁹ critica a posição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual afirma que o mesmo juízo lógico quando praticado pela Administração é discricionário (= juízo de oportunidade); quando praticado pelo Judiciário é dicção do direito (= interpretação, juízo de legalidade). Para Grau essa é uma visão errada.

Segundo a doutrina majoritária, o poder discricionário é aquele em que a lei confere ao administrador a faculdade de escolher perante certos casos uma entre várias soluções possíveis. Sempre se buscando a finalidade legal, qual seja: toda

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. 10 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. I. p 31.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 40.

⁵⁹ Grau, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 9. p. 206.

norma administrativa visa a alcançar um interesse público, em que pese ser este um conceito jurídico indeterminado.

Para Eros Grau⁶⁰ atos motivados por razões de interesse público não são atos discricionários. Para este autor “interesse público” é termo de “conceito indeterminado”, logo, deve, em cada caso, ser interpretado. Ele afirma que ninguém jamais exercita atividade discricionária ao tratar de conceito indeterminado. Para o citado autor, “O exercício, pela Administração, da autêntica discricionariedade somente está sujeito ao controle do Poder Judiciário quando esse exercício consubstancie desvio ou abuso de poder ou de finalidade.”

Luis Manuel Fonseca Pires⁶¹ defende que os conceitos jurídicos indeterminados encontram-se sob o pálio da interpretação jurídica, e não da discricionariedade. Fonseca Pires desenvolve em alguns tópicos de sua obra a evolução histórica da noção de conceito jurídico indeterminado em alguns países.

Segundo o autor citado⁶², um dos expoentes do tema em Portugal foi Afonso Rodrigues Queiró (Estudos de direito público, p. 112 e s.), cuja doutrina propõe reconhecer que há duas espécies de conceitos, os teóricos, que não ensejam discricionariedade, e os não-teóricos (ou de puro valor) que franqueiam o poder discricionário. Diz Queiró:

que a norma dirige-se a dois mundos: no mundo do ser, do que denomina de realidade empírica, da causa e efeito, da lógica ôntica, há conceitos extrajurídicos como os da matemática, os das leis naturais, e estes são os conceitos teóricos dos quais o poder da Administração é vinculado, pois é o mundo da realidade empírica; o outro mundo é o do dever-ser no qual rege a imputação (e não a relação causal), é o denominado mundo da razão prática, e neste se encontram os conceitos não-teóricos que permitem a presença da discricionariedade.

Segundo Luis Manuel Fonseca Pires⁶³, em Queiró, conceito jurídico indeterminado é sinônimo de discricionariedade, Assim como, na Alemanha e

⁶⁰ Ibidem. P.P. 215-217.

⁶¹ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 3.

⁶² Ibidem. P.P. 64-65.

⁶³ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 65.

Austria, para Jellinek a discricionariedade também está embricada com os conceitos jurídicos indeterminados.

Na Itália⁶⁴, Renato Alessi assevera que é a determinação do interesse público que legitima a potestade, e o interesse público pode ser ou preciso ou não-preciso (impreciso):

Percebemos, pois, que para o autor o conceito impreciso, nestas circunstâncias, é causa da competência discricionária. E o é sobretudo porque há a vontade do agente – em decorrência da valoração do interesse público, – o que revela o alinhamento do pensamento deste renomado administrativista às contemporâneas doutrinas da teoria geral do direito (da primeira metade do século XX) sobre a interpretação jurídica.

Na Áustria e na Alemanha⁶⁵ o jurista português António Francisco de Sousa, ensina que a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu na Áustria, no século XIX, com a intenção de saber-se se estes conceitos seriam, ou não, passíveis de controle pelos Tribunais Administrativos:

E Bernatzik, em uma obra publicada em 1886, sustentou que por um “complicado processo interpretativo em cadeia”, ao qual denominou de “discricionariedade técnica” haveria o que alcunhou de teoria da duplicidade. Esta teoria sustenta a aplicação do direito como uma atividade de “puro silogismo”, logo, diante da ausência de critérios seguros de interpretação, diante deste “complicado processo interpretativo em cadeia” provocado pelos conceitos jurídicos indeterminados, considerou Bernatzik que os conceitos vagos atribuem discricionariedade – e esta sua posição foi acolhida, à época pelo Supremo Tribunal Administrativo austríaco.

Em oposição – prossegue António Francisco de Sousa⁶⁶:

Tezner defendia que os “conceitos discricionários” são “inimigos” do Estado de Direito, e a diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados e os determinados é apenas uma “diferença do grau de insegurança da palavra”. Sendo a distinção de grau, e não de qualidade, então os conceitos imprecisos são passíveis de controle pelo Judiciário. Esta formulação teórica é também conhecida por teoria da unicidade uma vez que os conceitos jurídicos indeterminados conduzem a uma única solução certa.

Na doutrina francesa⁶⁷, como a propósito adverte Fernando Sainz Moreno:

⁶⁴ Ibidem. p.67.

⁶⁵ Ibidem. p. 68.

⁶⁶ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 69.

não há uma técnica autônoma de conceito jurídico indeterminado. Os conceitos jurídicos indeterminados são controlados pelo controle dos fatos, trata-se de um controle dos motivos do ato, e o meio para tal aferição, normalmente, é o recurso por excesso de poder.

Na Argentina⁶⁸, identificam-se doutrinadores que recusam a possibilidade de os conceitos jurídicos indeterminados ensejarem a discricionariedade:

como é o caso de Augustin Gordillo e Juan Carlos Cassagne, este último que esclarece sua posição ao anotar que os conceitos jurídicos indeterminados, sejam eles conceitos empíricos ou de valor, devem conduzir a uma “única solução justa” – o que reflete, como veremos no próximo tópico, o pensamento dos espanhóis Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.

De outro lado, Domingo Juan Sesin associa os conceitos jurídicos indeterminados à discricionariedade. Defende que o preenchimento do sentido do conceito jurídico indeterminado compete, em princípio, ou aos Tribunais ou à doutrina, mas a depender da “natureza das coisas” ou da atividade, da dificuldade de operação, é preciso reconhecer à Administração, e não ao juiz, a margem de discricionariedade para a definição do conceito.

Correntes doutrinárias há, na Espanha⁶⁹,

que aceitam que os conceitos jurídicos indeterminados comportam uma “margem de apreciação” em favor da Administração Pública, isto é, que os conceitos vagos proporcionam a discricionariedade. É o caso de Miguel Sanchez Morón, que defende, em tal situação, a possibilidade de um controle judicial apenas frente ao campo da “certeza negativa”. Mas ao contrário da distinção que se costuma fazer entre cognição e volição – a primeira afeita à interpretação e a segunda à discricionariedade –, diz este autor que esta “margem de apreciação” possui uma natureza diferente porque não é volitiva, mas cognitiva (ou interpretativa), o que supostamente reduziria o grau de discricionariedade.

No Brasil, segundo Luis Manuel Fonseca Pires,⁷⁰ “para Regina Helena Costa o elemento diferenciador da discricionariedade em relação à vinculação é a vontade do agente aplicador da norma, só existente, para ela, na discricionariedade.” Para esta autora, os conceitos jurídicos indeterminados podem ou não conduzir à discricionariedade:

Afirma que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser conceitos de experiência (ou empíricos) e conceitos de valor; no

⁶⁷ .Ibidem. p. 76.

⁶⁸ Ibidem. P.P. 76-77.

⁶⁹ Ibidem. p. 78.

⁷⁰ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 86.

primeiro caso, após a interpretação procedida pelo administrador, o conceito torna-se preciso e não há margem à discricionariedade, mas no conceito de valor, aí existe, após a interpretação, um “campo nebuloso” e a sua definição procede por uma apreciação subjetiva que caracteriza a discricionariedade. De tal sorte, para a autora os conceitos de experiência são amplamente passíveis do controle judicial, mas para os conceitos de valor o controle judicial ‘...é apenas um controle de contornos de limites, pois, se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico’.

Ainda segundo Luis Manuel⁷¹, Eros Grau defende que os conceitos jurídicos indeterminados não conduzem à discricionariedade:

Já Eros Roberto Grau compreende ser indevida a denominação de conceitos a noções que, segundo defende, em realidade representam *fattispecie* ou conceitos tipológicos. A indeterminação, para o autor, não se encontra no conceito, mas na noção que representa uma ‘idéia temporal e histórica, homogênea ao desenvolvimento das coisas; logo, passível de interpretação’. Entende ele que o que se costuma denominar de conceitos jurídicos indeterminados (vale dizer, na terminologia do autor, de noções indeterminadas) não se confunde com a discricionariedade administrativa, pois os conceitos vagos não conduzem a uma situação de indeterminação em sua aplicação porque, em comunhão com a doutrina de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, aceita que há uma unidade de solução em cada caso, e em se tratando da potestade discricionária há uma pluralidade de soluções justas.

Para Flavio Henrique Unes Pereira⁷², a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração, especialmente em processos administrativos sancionadores, não compromete um amplo controle jurisdicional:

Com efeito, e ressalvado o âmbito de planificação administrativa (juízos de prognose), a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração, especialmente em processos administrativos sancionadores, não compromete um amplo controle jurisdicional, uma vez que se trata de interpretação e aplicação da norma – juízo de legalidade e não de mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade. Neste, há uma restrição a priori do controle sobre a opção administrativa, enquanto que naquele – juízo de legalidade está em pauta o exame da existência e qualificação jurídica de fatos.

⁷¹ Ibidem. P. 87.

⁷² Pereira, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa*. Disponível na internet: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/743/923>. Acesso em 1º de novembro de 2011.

Luis Manuel Fonseca Pires⁷³ em sua explanação, a respeito do tema tratado pela doutrina brasileira, cita as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de intelecção dos conceitos imprecisos – e que serão adiante encarecidamente referidos e sublinhados – seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o “caso concreto”, ganham, ‘em todo e qualquer caso’, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. ‘Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não’. Em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezes de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, ‘objetivamente reputável como incorreto’.

Conforme a posição de Luis Manuel Fonseca Pires⁷⁴, seria ilusória a crença de que os juristas referidos na doutrina da evolução histórica do tema conceitos jurídicos indeterminados, nos países em comento, elaboraram suas doutrinas sem a influência das noções de teoria geral do direito que fizeram parte de sua formação jurídica.

Segundo Luis Manuel⁷⁵ algumas concepções desenvolvidas, ao longo de pouco mais de um século, sobre a interpretação e aplicação do direito, influenciaram, influenciam e continuarão sempre a influenciar qualquer tese que se defenda sobre os conceitos jurídicos indeterminados:

Saber se estes conceitos restringem-se a um processo hermenêutico ou se franqueiam a competência discricionária é questão intimamente relacionada com as teorias sobre a interpretação jurídica que são acolhidas por quem enfrenta o tema.

Luis Manuel Fonseca Pires⁷⁶ afirma que algumas construções doutrinárias, que se formaram ao longo da história do direito administrativo, defendem que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam a discricionariedade porque estes conceitos, tal como a própria discricionariedade, apresentam a vontade do agente.

⁷³ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 91.

⁷⁴ Ibidem. p. 91.

⁷⁵ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 92.

⁷⁶ Ibidem. p. 92.

Fonseca Pires⁷⁷ assevera:

A interpretação do direito abarca, seja pelo jurista, seja pelo juiz, legislador ou administrador, além do conhecimento, também a vontade quanto à opção por certa solução. E tal componente psíquico (a vontade, a subjetividade) não pode também ser denominada de “discricionariedade” (“discricionariedade judicial” etc.) sob pena de corromper a cientificidade e a compreensão da competência discricionária da função administrativa.

(...) Estamos convencidos de que a interpretação jurídica não se realiza sem a vontade do intérprete porque, repetimos, o direito é uma lei cultural. Destarte, há sim uma construção da norma jurídica (Dworkin), a norma jurídica apenas surge depois da atuação do intérprete (Grau, Scarpinella Bueno e outros).⁷⁸

(...) Todo e qualquer conceito jurídico – determinado ou indeterminado, e neste último caso, de experiência ou de valor – cuida-se, em última análise, de mera interpretação jurídica, pois, insistimos, o elemento subjetivo é, para nós, comum tanto na interpretação jurídica – em qualquer interpretação jurídica – quanto na discricionariedade administrativa.⁷⁹

(...) Enfim, a *cognição* e a *vontade* são inerentes a qualquer interpretação jurídica. Por conseguinte, pouco importa se um conceito é considerado “determinado” ou “indeterminado” porque, em todo caso, é possível o controle jurisdicional.⁸⁰

Como visto, ao longo deste primeiro capítulo, a discricionariedade administrativa e seu controle judicial é tema de grande complexidade e importância, não somente para o Direito Administrativo, mas para o Direito como um todo.

Percebe-se, a discricionariedade administrativa evoluiu no decorrer do último século, dentro de inúmeras teorias e correntes doutrinárias, desde a escola de exegese em França até os dias atuais.

Teorias doutrinárias divergem em alguns pontos, tais como se os conceitos jurídicos indeterminados ensejam ou não a discricionariedade. Porém, em outros termos concordam que é possível o exame e sindicância pelo Poder Judiciário da legalidade de determinados atos ditos discricionários, sobretudo quando há desvio de finalidade ou abuso de poder e não observância do real interesse público, consubstanciados no Estado Democrático de Direito.

⁷⁷ Ibidem. p. 94.

⁷⁸ Ibidem. p. 96.

⁷⁹ Ibidem. P. 97.

⁸⁰ Ibidem. p. 102.

Cap. 2. Políticas Públicas de Saúde

Luis Manuel Fonseca Pires⁸¹ afirma que:

É dizer, da convação do estado natural para o estado civil surge o Estado que se erige e personifica-se com juridicidade para legitimar a vocação pública, a função política a ser representada por funções especializadas que apesar da independência devem harmonizar-se entre si: são as funções legislativa, executiva (ou administrativa) e judicial (art. 2º da Constituição Federal).

Segundo Luis Manuel⁸², devemos considerar que se a doutrina trata da divisão tripartida das funções (ou “poderes”) do Estado é porque pressupõe a função política acima, ou melhor, precedente, como gênero.

O referido autor, citando J.J. Gomes Canotilho, afirma que a função política do Estado é realizada pelos Poderes Legislativo, Executivo e, inclusive, Judiciário. Luis Manuel assevera que Canotilho ao analisar a Constituição portuguesa (que, neste aspecto, não diverge da nossa) realça que todas as funções são expressões do “poder político”:

Quando apesar da rejeição do conceito no texto constitucional, se utiliza a fórmula “poderes do Estado” pretende-se significar os complexos orgânicos do sistema do poder político dotados de funções ditas “supremas”, mas separados e interdependentes entre si. Bem andou, porém, a Constituição ao transitar dos poderes de Estado para órgãos de soberania. Na verdade, os poderes são sistemas ou “complexos de órgãos” aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de certas funções.⁸³

Luis Manuel⁸⁴ em nota de rodapé cita que Leonardo André Paixão:

Defende que a função política das Cortes constitucionais ocorre especialmente em quatro temas: a) separação de poderes; b) federalismo; c) proteção de direitos fundamentais; e d) controle do funcionamento das instituições democráticas. Assevera o autor que o fundamental para caracterizar a função política da Corte constitucional quanto aos direitos fundamentais é que o Tribunal, ao interpretar a Constituição, defina o interesse público e os meios de sua realização.

⁸¹ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 270.

⁸² Ibidem. p. 270.

⁸³ Ibidem. p. 271.

⁸⁴ Ibidem. p. 271.

Para Luis Manuel Fonseca Pires⁸⁵ a função política que é sempre jurídica – e não estranha ao largo do direito posto – é o gênero do qual são espécies – e, por conseguinte, com expressões do seu gênero – as funções legislativa, executiva (ou administrativa) e judicial.

O autor⁸⁶, citado acima, defende que os atos políticos são uma espécie do ato administrativo, acompanhando a doutrina de Eduardo Garcia de Enterría, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo; apesar das considerações de que os atos políticos são realmente atos com larga margem de discricionariedade, atos que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal. Assim, o autor considera ato político o ato administrativo exercido com competência discricionária e com fundamento de validade diretamente retirado da Constituição – Federal ou Estadual.

Luis Manuel⁸⁷ toma por conceito de “políticas públicas” a formulação de Maria Paula Dallari Bucci:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas Públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

No contexto do controle judicial de políticas públicas, Fonseca Pires⁸⁸ demonstra que, de um modo geral, as refutações ao controle judicial podem ser sintetizadas sob o título de teoria das reservas do possível. Segundo este autor esta teoria se desmembra em aspectos fáticos e aspectos jurídicos.

Conforme explica o autor citado acima, sob os aspectos fáticos diz-se que não há como o Judiciário exigir a implementação de políticas públicas porque há limites materiais aos recursos do Estado: a falta de dinheiro, a carência de número suficiente de profissionais nos quadros da Administração Pública, a ausência de equipamentos são realidades notórias que não devem ser desprezadas.

⁸⁵ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 272.

⁸⁶ Ibidem. p. 273.

⁸⁷ Ibidem. p. 285.

⁸⁸ Ibidem. p. 287.

Luis Manuel Fonseca Pires⁸⁹ assevera que em contraste com esse discurso, sob o manto da reserva do possível, evocado pela Administração Pública em demandas judiciais, deve-se considerar que há atividades concretas e notórias de empenho de quantias exorbitantes de recursos públicos – financeiros, de pessoal e de material – em campanhas de propaganda das realizações do governo, em projetos cujos bens almejados (festas populares, monumentos, etc.) são de discutível prioridade em relação aos valores preteridos (saúde, educação, segurança pública e outros).

Luis Manuel⁹⁰ leciona que quanto aos aspectos jurídicos, um dos limites que se pretende impor ao controle judicial é o de que os gastos públicos dependem de prévia disposição orçamentária. No entanto, o autor⁹¹ cita como anota Ana Paula de Barcelos, estes orçamentos limitam-se a aprovar “apenas uma verba geral para despesas, sem especificação; outros veiculam uma listagem genérica de temas, sem que seja possível identificar minimamente quais as políticas públicas que se deseja implementar”.

O autor⁹² citado diz que outro limite sob o aspecto jurídico seria o da separação dos poderes. Conforme explica Luis Manuel, com a singela invocação deste dogma pretende-se que não seja possível admitir que o Judiciário determine as ações do Executivo; no entanto, ainda na explanação de Fonseca Pires, a teoria da separação dos poderes ao longo dos séculos nunca se apresentou, tanto em sua proposição filosófica quanto em sua posituação jurídica, com um caráter absoluto. Continua o autor:

Aristóteles apenas identificou as diferentes funções do Estado – deliberativa, executiva e judicial – sem sugerir a sua distribuição a distintos e independentes órgãos, tal como no século II a.C. propôs Políbio com o chamado “governo misto” e Cícero, ainda um século adiante, ao defender a combinação da monarquia, aristocracia e democracia. Se foi John Locke, em 1690, com o Segundo Tratado sobre o Governo Civil, que formulou a outorga das diversas funções a órgãos distintos, o Legislativo, como vimos com Leonardo Paixão, deveria ter uma convocação temporária e periódica, e mesmo com o mais famigerado de todos estes pensadores quanto à divisão das

⁸⁹ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 288.

⁹⁰ Ibidem. p. 288.

⁹¹ Ibidem. p. 288.

⁹² Ibidem. P.P. 289-290.

funções, Montesquieu, a função jurisdicional deveria ser exercida por apenas certo período do ano por um tribunal formado por pessoas do povo, o que em nada se aproxima do que se elaborou nos Estados Unidos da América com a atribuição à Suprema Corte, e não à câmara alta do Legislativo, da solução de conflitos entre os Poderes e ainda com a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis. Em suma, a divisão das funções e a distribuição destas aos diferentes órgãos nunca foi absoluta e estanque, e mesmo ao se partir da realidade positiva do nosso sistema jurídico, a independência dos Poderes reclama, em igual passo, a harmonia entre si (art. 2º da Constituição Federal), o que caracteriza, nos moldes delineados pela ordem constitucional, a realização do chamado sistema de “freios e contrapesos” – isto é, e em análise do presente tema, a indiscutível possibilidade, o dever, de o Judiciário intervir para recompor a ordem jurídica toda vez que esta for violada por ação ou omissão do Executivo.

Fonseca Pires⁹³ demonstra que, ao contrário das refutações ao controle judicial pela teoria das reservas do possível, há argumentos favoráveis ao controle, como a teoria do núcleo essencial do direito fundamental e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

O autor⁹⁴ adota a definição de direitos fundamentais proposta por Ingo Wolfgang Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Luis Manuel⁹⁵ afirma “compreendamos como núcleo essencial de um direito fundamental o mínimo necessário a ser realizado pelo Estado para o reconhecimento do próprio valor que se almejou resguardar-se juridicamente”.

O autor⁹⁶ complementa: “Por conseguinte, não pode a Administração Pública, ao pretender exercer o seu espaço legítimo de discricionariedade administrativa,

⁹³ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 293.

⁹⁴ Ibidem. p. 295.

⁹⁵ Ibidem. p. 298.

⁹⁶ Ibidem. p. 298.

solapar o núcleo essencial do direito fundamental que lhe exige uma prestação positiva em favor do administrado”.

Quanto ao segundo argumento favorável ao controle judicial, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, Luis Manuel⁹⁷ assevera que trata-se de um reforço à ideia de auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais. O autor⁹⁸ cita J.J. Gomes Canotilho:

(...) a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um “princípio operativo” de todas as normas constitucionais, e invocando sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais: no caso de dúvida, deve-se dar maior eficácia aos direitos fundamentais.

Luis Manuel Fonseca Pires⁹⁹ arremata:

Isto é, se rege a hermenêutica constitucional a preocupação de dar-se a máxima efetividade possível às normas constitucionais, se dentre as normas as que mais clamam por esta inteligência são os direitos fundamentais, e se em relação a estes é pacífica a compreensão de que um mínimo, de que o núcleo essencial deve ser realizado, então todo direito fundamental que representa um direito à prestação contra o Estado deve gerar, em alguma medida, o dever de concreta realização por parte da Administração Pública – o que franqueia o controle judicial para assegurar o cumprimento desta situação jurídica.

Luis Manuel¹⁰⁰ afirma que “Naturalmente, o ato político sujeita-se, ainda, ao controle dos seus pressupostos e/ou elementos vinculados, como a competência ou o sujeito, o motivo de fato, a motivação e a finalidade, e este último de acordo com a teoria do desvio de finalidade”.

Luis Manuel Fonseca Pires,¹⁰¹ defendendo a tese exposta acima, cita a síntese de Jean Carlos Dias (O controle judicial de políticas públicas, p. 103):

Atos de governo não podem estar fora do controle jurisdicional, quando seu conteúdo ou forma vierem a promover violação à democracia, à profissionalização dos agentes e aos direitos

⁹⁷ Pires, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 300.

⁹⁸ Ibidem. p. 300.

⁹⁹ Ibidem. P.P. 300-301.

¹⁰⁰ Ibidem. P.P. 274-275.

¹⁰¹ Ibidem. p. 275.

fundamentais, que são os objetivos do sistema de separação dos poderes.

Diante das teses opostas, das refutações ao controle judicial pela teoria das reservas do possível e dos argumentos favoráveis ao controle judicial, como a teoria do núcleo essencial do direito fundamental e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, conclui-se que o ato político sujeita-se ao controle dos seus pressupostos e/ou elementos vinculados, como a competência ou o sujeito, o motivo de fato, a motivação e a finalidade.

Conclui-se, ainda, que os direitos fundamentais abarcados pela Constituição, assim como o núcleo essencial de um direito fundamental, bem como o mínimo necessário a ser realizado pelo Estado aos administrados, não podem ser desprezados pela Administração Pública ao exercer o seu espaço legítimo de discricionariedade administrativa, exigindo-se, assim, uma prestação positiva por parte do Estado.

Desta maneira, consagra-se o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, ou seja, atribui-se o sentido de dar maior eficácia às normas constitucionais, invocando-se no âmbito dos direitos fundamentais, no caso de dúvida, maior eficácia ao seu núcleo essencial, o que justifica o controle judicial para assegurar o cumprimento desta situação jurídica.

2.1. Direito Sanitário e Políticas Públicas de Saúde

Conforme expõe Fernando Mussa Abujamra Aith¹⁰², o Direito Sanitário é o ramo do direito que abrange o conhecimento e a aplicação das normas jurídicas voltadas à proteção do direito à saúde.

Este autor¹⁰³ afirma que:

É o Direito Sanitário que estabelece a regulação incidente sobre as ações e serviços de interesse à saúde no país, tendo como grandes objetivos a redução dos riscos de doenças e outros agravos à saúde e a garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde. Por ações e serviços de interesse à saúde entende-se não só as ações e serviços de saúde propriamente ditos (vigilância em saúde, hospitais, atendimentos médicos etc.) como

¹⁰² COSTA, Alexandre Bernadino et alii. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2008. p. 67.

¹⁰³ Ibidem. p. 67.

também ações e serviços que possam acarretar riscos à saúde (produção, distribuição e comercialização de bens, produtos e serviços, pesquisas (bioética) etc.).

Segundo o autor¹⁰⁴ citado acima, o processo de consolidação do Direito Sanitário no Brasil acelerou-se de forma bastante intensa a partir do reconhecimento da saúde como direito fundamental pela Constituição de 1988.

Para Sueli Dallari¹⁰⁵:

O Direito Sanitário se interessa tanto pelo Direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado.

No Direito Internacional, diversos documentos foram produzidos com preocupação direta ou indireta para a proteção do Direito à Saúde, como a Carta das Nações Unidas, aprovada na Conferência de São Francisco em 26 de junho de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, O Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, de 1966. Ainda no sistema global de proteção do direito à saúde, destaca-se a Organização Mundial de Saúde (OMS), organismo que entrou em funcionamento no dia 7 de abril de 1948. No preâmbulo de sua Constituição, os Estados-partes declaram que, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, os seguintes princípios são básicos para a felicidade, relação harmoniosa e segurança de todos os povos¹⁰⁶:

- a. saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades;
- b. o gozo do maior padrão de saúde desejado é um direito fundamental de todos os seres humanos, sem distinção de raça, religião, opção política e condição econômica e social;
- c. a saúde de todos os povos é fundamental para a consecução da paz e segurança e depende da cooperação dos indivíduos e dos Estados;
- d. o sucesso de um país na promoção e proteção da saúde é bom para todos os países;

¹⁰⁴ COSTA, Alexandre Bernadino et alii. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2008. p. 67.

¹⁰⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Manual do Curso de Especialização em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. P.P. 47-116.

¹⁰⁶ COSTA, Alexandre Bernadino et alii. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2008. P.P. 71-72.

- e. o desenvolvimento iníquo em diferentes países para a promoção da saúde e controle de doenças, especialmente as contagiosas, é perigo comum;
- f. o desenvolvimento da saúde da criança é de importância básica;
- g. a extensão para todos os povos dos benefícios advindos dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir a saúde;
- h. opinião informada e cooperação ativa do público são de importância crucial na melhoria da saúde da população;
- i. governos têm a responsabilidade pela saúde de seus povos, que pode ser garantida apenas através da adoção de medidas sociais e de saúde adequadas.

Ainda segundo Fernando Mussa¹⁰⁷, no Brasil a consolidação do Direito Sanitário deve-se, em grande parte, ao tratamento especial que a Constituição de 1988 deu ao tema. Antes já existiam algumas Leis Federais que expressamente tratavam de temas de interesse à saúde, como as Leis 5.991, de 1973, 6.259, de 1975, 6.360, de 1976 e 6.437, de 1977. A legislação da década de 1970 representa a gênese do Direito Sanitário brasileiro, porém a consolidação desse ramo do direito somente veio afirmar-se na década de 1990, começando pelo reconhecimento da saúde como um Direito, expresso no art. 6º da Constituição Federal, até a estruturação de um Sistema Único de Saúde nacional, que organiza as ações do Estado para a promoção, proteção e recuperação da saúde. O Direito Sanitário encontra hoje na Constituição de 1988 as suas grandes bases jurídicas.

A importância da Constituição de 1988 para a consolidação do Direito Sanitário brasileiro é expressa, sobretudo, pelo Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, que trata da Ordem Social, com enfoque para a sua Seção II, que trata especificamente da Saúde (arts. 196 a 200). A partir daí viu-se uma produção normativa nunca antes vista no que se refere ao tratamento do Direito Sanitário: destaquem-se as Leis que representam, em seu conjunto, o que se convencionou chamar de Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080 e 8.142, ambas de 1990); os diversos Códigos Sanitários Estaduais e Municipais; as Leis de criação das Agências Nacionais de Vigilância Sanitária (Lei n. 9.782/1999) e de Saúde Suplementar (Lei n. 9.956/1998); a Lei que criou a Hemobrás e também a Lei de Bioética (Lei n. 11.105/2005), entre outras diversas que tratam exclusivamente de

¹⁰⁷ COSTA, Alexandre Bernadino et alii. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2008. P.P. 73-74.

assuntos relacionados com a promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil¹⁰⁸.

Maria Célia Delduque e Mariana S. de Carvalho Oliveira, no texto “Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde” demonstra o papel do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário na construção do direito à saúde:

Com a previsão constitucional do direito à saúde e da conseqüente criação de um sistema de saúde, as ações e serviços passam a ser responsabilidade precípua do Poder Executivo. Conforme afirma Arretche (2006, p. 29), “a fase de implementação do SUS operou um deslocamento da arena principal de formulação da política de saúde: do Parlamento para o Poder Executivo”. Em que pese a importância dos demais poderes para a consecução do direito à saúde, cabe ao Poder Executivo, em parceria com a sociedade civil, elaborar, implementar e executar as políticas públicas sanitárias. A Reforma Sanitária institucionalizou-se no âmbito do Poder Executivo e hoje o Ministério da Saúde (MS) é a principal autoridade federal que cumpre o dever do Estado de garantir o direito à saúde a todos.

(...) Como dito, quando a Constituição Federal de 1988 erigiu a saúde como direito de todos, criou para o Estado o dever de garantir ações e serviços de saúde por meio de políticas públicas. É por intermédio das políticas públicas que se busca a efetivação do acesso à saúde de maneira universal e igualitária.

A competência para desenvolver políticas públicas cabe ao Poder Executivo, por meio da definição de prioridades e da escolha dos meios para sua realização, e ao Poder Legislativo, por meio da elaboração de leis, inclusive orçamentárias.

(...) O dogmatismo que impôs ao aplicador do direito a neutralidade na aplicação de normas positivas vem cedendo lugar a um ativismo jurídico, que, embora ainda tímido no Brasil, vem ganhando espaço na arena pública de resolução de conflitos.

As autoras citadas demonstram ainda, em seu texto, o papel do Ministério Público na construção do direito à saúde:

A Constituição Federal de 1988, que inovou ao prever em seu texto o direito à saúde, inovou também em relação ao Ministério Público, concedendo-lhe independência, autonomia e poderes para defender a sociedade, o regime democrático e a lei contra ofensas de indivíduos e do próprio Estado. Assim, tanto a saúde como o Ministério Público tiveram um sopro inspirador naquela Assembléia Nacional Constituinte.¹⁰⁹

¹⁰⁸ COSTA, Alexandre Bernadino et alii. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2008. p. 74.

¹⁰⁹ Ibidem. P.P. 73-74.

As autoras, mencionadas acima, demonstram a importância da harmonia entre os Poderes da República, Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como, também, o papel do Ministério Público, na construção e implementação de um Sistema Único de Saúde (SUS) que garanta o direito fundamental à saúde e à vida.

2.2. O direito à saúde e aos medicamentos

Ramiro Nóbrega¹¹⁰ afirma que as bases das políticas públicas relativas a medicamentos foram lançadas pela Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria n. 3.196/1998 do Ministério da Saúde. Segundo o autor, o propósito desta norma é garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Para Nóbrega¹¹¹ vários fatores têm exercido pressão sobre o Estado para que seja garantido à população não só os medicamentos essenciais, mas também aqueles de uso contínuo e os excepcionais. Segundo o autor a questão que tem levantado maior atenção diz respeito ao crescente número de demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos excepcionais. Segundo ele, este movimento está inserido em uma tendência maior de busca de realização de políticas públicas e direitos sociais por meio do apelo ao Judiciário. “É a chamada ‘judicialização das políticas públicas’, que tem nas políticas de saúde um dos principais focos de debates.

Ainda segundo Ramiro Nóbrega¹¹², a maior parte das ações apresentam pedidos para fornecimento de um determinado medicamento a um paciente. Mas, por outro lado, o Ministério Público e Associações de Usuários do SUS atuam em um âmbito coletivo para melhoria no atendimento de serviços específicos, como tratamentos aos portadores de doenças renais, câncer ou pessoas submetidas a transplantes. O instrumento processual utilizado é a ação civil pública.

¹¹⁰ COSTA, Alexandre Bernadino et alii. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2008.. p. 310.

¹¹¹ Ibidem. p.p. 313-314.

¹¹² Ibidem. p. 314.

2.3. Ações Públicas de Saúde

Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira¹¹³ afirma que é por determinação constitucional, que as ações públicas de saúde no nosso país se fazem por intermédio de um sistema único, gerido nas esferas federal, estadual e municipal, baseado em transferências federais para os entes subnacionais, sendo certo que os recursos financeiros do SUS devem ser depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde (art. 33 da Lei n. 8.080/1990).

Contudo, para que Estados, Municípios e o Distrito Federal recebam transferências da União, é necessária a implementação de outras exigências, como plano de saúde, relatórios de gestão e contrapartida com recursos próprios no orçamento (art. 4º da Lei n. 8.143/1990).

¹¹³ COSTA, Alexandre Bernadino et alii. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2008. P. 354.

Cap. 3. A Jurisprudência do STF nas Políticas Públicas de Saúde

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536 Amapá, Relator Min. LUIZ FUX, Agravante: Estado do Amapá, Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Ementa¹¹⁴:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante dessa Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).
2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.
3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Observa-se nesse julgado, que o STF utilizando-se do método da ponderação entre princípios, quais sejam, o do “mínimo existencial” e o da “reserva do possível”, admite a intervenção judicial, sem, contudo, estar inovando na ordem jurídica, em se tratando de direito à saúde, determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas, com a adoção de providências administrativas visando à melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 642.536 Amapá, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, Agravante Estado do Amapá, Agravado Ministério Público do Estado do Amapá. Brasília, DF, julgamento em 05/02/2013, DJe-038 DIVULG 26/02/2013 PUBLIC 27/02/2013.

Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 809.018 Santa Catarina, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Embargante Estado de Santa Catarina, Embargado Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatório¹¹⁵:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Estado de Santa Catarina opõe tempestivos embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionais reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

3. Agravo regimental não provido”. (...)

Neste julgado foram rejeitados os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator: “As questões postas pela parte recorrente foram enfrentadas adequadamente no julgamento do recurso. Inexiste, portanto, quaisquer dos vícios do art. 535 do Código de Processo Civil.” Assim, no Agravo regimental não provido reconheceu-se a legitimidade do Ministério Público para, em Ação civil pública, requerer em Juízo a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de modo a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso de acesso à saúde. E reconheceu-se, ainda, que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas a assegurar direitos constitucionais reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 809.018 Santa Catarina, Primeira Turma, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Embargante Estado de Santa Catarina, Embargado Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Brasília, DF, julgamento em 25/09/2012, DJe-199 DIVULG 09/10/2012 PUBLIC 10/10/2012.

Recurso Extraordinário 665764 Rio Grande do Sul, Relatora Min. CÁRMEM LÚCIA, Recorrente União, Recorrido Associação de Caridade Santa Casa do Rio Grande. Ementa¹¹⁶:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. 1. Possibilidade de o Poder Judiciário determinar políticas públicas. Precedentes. 2. Responsabilidade solidária dos entes federados. Precedentes. 3. Configuração de litisconsórcio passivo necessário afastado na origem. 4. Alegado descumprimento de limite orçamentário previsto em portaria. Análise de norma infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Neste julgado foi negado Agravo regimental da seguinte decisão monocrática:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. 1) POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR POLÍTICAS PÚBLICAS. PRECEDENTES. 2) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES. 3) INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Federal da 4ª Região:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). PÓLO PASSIVO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL. AÇÃO DE COBRANÇA. AGRAVO RETIDO. RAZÕES REITERADAS EM APELAÇÃO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO. REPASSE DE VERBAS NEGADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE ULTRAPASSARAM O LIMITE FÍSICO ORÇAMENTÁRIO. DIREITO DA AUTORA RECONHECIDO. ATUALIZAÇÃO PELA TAXA SELIC. NÃO-CABIMENTO. CONECTIVOS.

1. Agravo retido conhecido porque requerida expressamente a sua apreciação nas razões do recurso de apelação, em conformidade com o disposto no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

2. Quanto à legitimidade passiva da União, embora as ações e serviços de saúde integrem uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, mas descentralizado, com direção única em cada esfera de governo (art. 198, caput e inciso I), a realização obrigatória de exames cujo repasse das verbas não foi realizado, com fundamento no teto físico orçamentário, está

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 665764 Rio Grande do Sul, Primeira Turma, Relatora Min. CÁRMEM LÚCIA, Recorrente União, Recorrido Associação de Caridade Santa Casa do Rio Grande. Brasília, DF, julgamento em 20/03/2012, DJe-068 DIVULG 03/04/2012 PUBLIC 09/04/2012.

diretamente relacionada com ato da requerida, não havendo que se falar, portanto, em litisconsórcio necessário com os demais entes públicos.

3. Não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ou em intervenção do Judiciário no mérito administrativo (conveniência e oportunidade), uma vez que “aqui o problema não diz respeito ao conteúdo e ao motivo dos atos, mas sim a elementos que não podem deixar de ser fiscalizados, porque nesse caso preleva o princípio da legalidade e da supremacia da Constituição” (CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 787)” (fl. 176).

2. A Recorrente alega que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 1º, 2º, 3º, inc. III, 48, inc. II, 61, inc. II, alínea b, 63 inc. I, 165, e 196 da Constituição da República.

Sustenta que “a eliminação do teto global financeiro do SUS, nos termos da r. decisão recorrida, gera ofensa ao princípio da reserva orçamentária e também desigualdade no atendimento à saúde” (fl. 214).

Assevera que, “tendo o Legislador estabelecido os critérios para o repasse de verbas, não pode o Poder Judiciário substituir os critérios eleitos por Lei, criando uma situação diferenciada para determinado estabelecimento, sob pena de violação dos princípios da igualdade, da separação dos poderes, bem como do princípio democrático” (fl. 218).

Argumenta que não seria admissível que “apenas um dos entes da União arque com toda a responsabilidade pelos custos relativos à saúde” (fl. 223).

Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste à Recorrente.

4. Este Supremo Tribunal Federal assentou que o Poder Judiciário poderá determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde, desde que não haja inovação jurídica, para determinar que o Poder Executivo cumpra as políticas antes estabelecidas nos termos constitucionais.

Confira-se por exemplo:

“EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (SL 47 –AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30.4.2010).

No mesmo sentido:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido” (AI 734.487 –AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20.8.2010, grifos nossos).

5. Ademais, o Tribunal a quo decidiu a controvérsia em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.335, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 30.4.2010, assentou a responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde.

Nesse julgamento, o Ministro Relator afirmou que:

“União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigatoriedade solidária e subsidiária entre eles” (grifos nossos).

A Primeira Turma deste Supremo Tribunal reafirmou essa orientação: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária. II - Ao contrário do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. III – Agravo regimental improvido” (AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010, grifos nossos).

6. Quanto à alegada existência de litisconsórcio passivo necessário, este Supremo Tribunal, em casos análogos, assentou sua inexistência quando a decisão da causa não acarretar obrigação direta para o terceiro chamado à lide.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. 1) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 2) INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 586.995, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 16.8.2011).

Dessas orientações jurisprudenciais não divergiu o acórdão recorrido.

7. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
Publique-se.
Brasília, 13 de dezembro de 2011.
Ministra CÁRMEM LÚCIA
Relatora”

Neste julgamento foi negado Agravo regimental no Recurso extraordinário, o qual a recorrente sustentou que “a eliminação do teto global financeiro do SUS, nos termos da r. decisão recorrida, gera ofensa ao princípio da reserva orçamentária e também desigualdade no atendimento à saúde”, e que “tendo o Legislador estabelecido critérios para o repasse de verbas, não pode o Poder Judiciário substituir os critérios eleitos por Lei, criando uma situação diferenciada para determinado estabelecimento, sob pena de violação dos princípios da igualdade, da separação dos poderes, bem como do princípio democrático”, sustentou, ainda, que não seria admissível que “apenas um dos entes da União arque com toda a responsabilidade pelos custos relativos à saúde”.

Na decisão, a Relatora Min. CÁRMEM LÚCIA colacionou vasta jurisprudência confirmando a possibilidade de o Poder Judiciário determinar políticas públicas, bem como reafirmando a responsabilidade solidária dos entes federados, quanto à obrigação da prestação de serviços assegurados constitucionalmente ao direito à saúde; e, confirmou, ainda, a inexistência de litisconsórcio passivo necessário, quando a decisão da causa não acarretar obrigação direta para o terceiro chamado à lide.

Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607.381 Santa Catarina, Relator Min. LUIZ FUZ, Embargante Estado de Santa Catarina, Embargado Ruth Maria da Rosa. Ementa¹¹⁷:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 607.381 Santa Catarina, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUZ, Embargante Estado de Santa Catarina, Embargado Ruth Maria da Rosa. Brasília, DF, julgamento em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16/06/2011 PUBLIC 17/06/2011.

1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o decisum, não há como prosperar, porquanto incorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.

2. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A pretensão de revisão do julgado, quando manifestamente infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos de declaração.

Precedentes.

4. Embargos de declaração REJEITADOS.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário, opostos pelo ESTADO DE SANTA CATARINA, com fulcro no art. 535, II, do Código de Processo Civil, em face de acórdão prolatado pela Eg. Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, de minha relatoria, negando provimento a agravo regimental por ele manejado, nos termos da seguinte ementa, in verbis:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.

2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF).

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.

5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. (fls. 190/197).

Aduz o embargante, em suas razões, que o acórdão recorrido foi contraditório e omisso em não apreciar as questões por ele

aventadas nas razões do apelo extremo, posteriormente reproduzidas no agravo de instrumento. Assevera que, em havendo solidariedade para a prestação de atendimento pelo SUS, que garanta o direito à saúde do paciente, é cabível o chamamento da União ao processo. Assim, “A presença da União na lide, portanto, seja como litisconsorte passivo necessário, seja facultativo, é questão fundamental para dimensionar a extensão do direito à saúde plasmado no art. 196 da Constituição Federal.” (fl. 205).
É o relatório.

Neste julgado, observa-se o posicionamento do STF no sentido de julgar a inexistência de litisconsórcio necessário, ao rejeitar os embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário, opostos pelo Estado de Santa Catarina, em face de acórdão prolatado pela Primeira Turma negando provimento a agravo regimental, no qual o agravante requereu o chamamento da União ao processo como litisconsórcio necessário. Neste caso, a Suprema Corte entendeu que tratava-se de medida meramente protelatória, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários ao restabelecimento da saúde da recorrida. O Relator ressaltou a importância do Estado criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, direito fundamental, além da implementação de políticas públicas preventivas garantidas pela Constituição Federal.

Agravo de Instrumento n. 734487 Paraná, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Agravante Ministério Público do Estado do Paraná, Agravado Estado do Paraná. Ementa¹¹⁸:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRÓSSEGIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.
2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 734487 Paraná, Segunda Turma, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Agravante Ministério Público do Estado do Paraná, Agravado Estado do Paraná. Brasília, DF, julgamento em 03/08/2010, DJe-154 DIVULG 19/08/2010 PUBLIC 20/08/2010.

constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

Veja-se o Despacho que conheceu do agravo de instrumento e deu provimento ao recurso extraordinário, para que o juízo de primeiro grau prosseguisse no julgamento da presente ação civil pública:

Despacho

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que não admitiu o recurso extraordinário apresentado pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra acórdão que, nos autos de ação civil pública – na qual pretendia compelir o Estado do Paraná e a Universidade Estadual de Londrina à ampliação da unidade de terapia intensiva-adulta do referido Hospital –, extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 267, VI, do CPC, sob o fundamento de que tal pretensão ofenderia o Princípio da Harmonia e Independência dos Poderes (art. 2º da CF), nestes termos:

“No entanto, a harmonia entre os Poderes não significa que o Poder Judiciário está autorizado a usurpar as atribuições dos demais, dentre elas, a discricionariedade sobre a aplicação de verbas públicas para ampliação de alas hospitalares, até porque, nesses casos, faz-se necessária dotação orçamentária própria e disponibilidade financeira, respeitando-se as diretrizes da lei de responsabilidade fiscal” (fl. 300)

.....
 “Além disso, se o Poder Judiciário estivesse autorizado a fazer ingerências na administração do Poder Executivo, determinando que fossem cumpridas todas as normas programáticas previstas na Carta Magna, em especial o artigo 196 invocado pelo ente ministerial, além de violar o princípio da independência entre os poderes, estaria contribuindo para a prolação de decisões condenatórias inexecutáveis, pois é evidente que não há recursos orçamentários e financeiros para o atendimento de todas as necessidades da população.

Atender ao pedido formulado pelo Ministério Público é transferir a ele a alegada discricionariedade da administração pública, permitindo que o mesmo eleja qual município e qual hospital público deva ser preferencialmente amparado pelo Estado” (fl. 312).

2. No RE, o Ministério Público Estadual alega ofensa aos artigos 2º; 84, VI, a; 169, § 1º, I e II; 196 e 197, pleiteando, ao final, o seguinte:

“... requer o Ministério Público do Estado do Paraná a admissão, conhecimento e provimento deste recurso extraordinário, ao efeito de se reformar o v. acórdão nº 16415 (fls. 296/313), para o fito de que seja recebida a petição inicial (fls. 02/43) e seja dado prosseguimento à ação civil pública” (fl. 332).

3. Merece prosperar o recurso. Esta Corte, quanto ao direito à saúde, reconheceu que a sua jurisdição constitucional possui uma dimensão política que lhe impõe o “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” (ADPF 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.5.2004). No caso, o objeto da ação civil pública era impor ao Estado do Paraná uma obrigação de fazer, envolvendo liberação de recursos financeiros, ampliação da unidade de terapia intensiva-adulta do Hospital Universitário de Londrina (mínimo de 10 leitos) e a adoção de medidas necessária para o bom desenvolvimento do referido setor.

Em casos similares ao presente, nos autos de ações civis públicas, enfrentei nos RE 406.192/SC, DJe 05.02.2010; e RE 448.214/MG, DJe 08.02.2010, ambos de minha relatoria, tal questionamento – violação ou não ao art. 2º da CF frente às políticas públicas, concernente ao direito à saúde e ao meio ambiente (artigos 196 e 225 da CF).

Na ocasião, conclui, com apoio no parecer da Procuradoria-Geral da República, pelo provimento do recurso, destacando o seguinte trecho:

“a finalidade do Estado, com a Carta de 1988, em especial, é a promoção do bem-estar do cidadão, sendo a saúde uma meta fundamental a ser perquerida” (fl. 365).

A respeito, aponto, ainda, o RE 393.175-AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DF 02.02.2007, cujo trecho da ementa transcrevo:

“O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.”

Este Tribunal tem reconhecido, notadamente nas áreas de saúde e de educação, em termos de políticas públicas, que não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de tais políticas públicas constitucionalmente previstas. Nesse sentido, o RE 463.210-AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 03.02.2006; RE 384.201-AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007; o RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009; e o citado RE 193.175-AgR/RS.

3. Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, do CPC, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário, para que o juízo de primeiro grau prossiga no julgamento da presente ação civil pública, como entender de direito.

Publique-se.

Brasília, 07 de maio de 2010.

Ministra Ellen Gracie

Relatora

Neste Despacho, a Min. ELLEN GRACIE firmou entendimento, elencando precedentes, no sentido de que o direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas e que é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo; ao conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso extraordinário, para que o juízo de primeiro grau prosseguisse no julgamento da ação civil pública, reformando a decisão do acórdão que extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que tal pretensão ofenderia o Princípio da Harmonia e Independência dos Poderes.

A propósito do tema separação dos poderes merece destaque trecho da lição de José Afonso da Silva,¹¹⁹ “A independência e a harmonia a que alude a Constituição é característica dos novos contornos da teoria da separação dos poderes no presidencialismo, que não possui mais a austeridade enunciada por Montesquieu”.

Assim, no citado despacho da Min. ELLEN GRACIE, e precedentes, percebe-se que o STF tem reconhecido, principalmente nas áreas de saúde e de educação, em termos de políticas públicas, não há se falar em ingerência do Poder Judiciário nas questões que envolve o poder discricionário do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando está o Estado inadimplente.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109.

Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 Ceará, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Agravante União, Agravados Ministério Público Federal, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Ementa¹²⁰:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimentos de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Neste julgado merece destaque na íntegra a decisão que deu ensejo ao agravo regimental a que se negou provimento. Veja-se:

DECISÃO: Trata-se do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulado pela União, e do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178, formulado pelo Município de Fortaleza, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 408729/CE (2006.81.00.003148-1), que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza, com o fim de obter o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, portadora da doença Niemann-Pick Tipo “C” (fl. 3).

O Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará determinou a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ilegitimidade ativa do Ministério Público, com base na maioria da pessoa doente e no fato de que o Ministério Público Federal não poderia substituir a Defensoria Pública (fls. 90-95).

Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público Federal (fls. 96-111), a 1ª Turma do TRF da 5ª Região, reconhecendo a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública, deferiu antecipação de tutela para que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem o medicamento Zavesca (Miglustat) à jovem de 21 anos portadora da doença neurodegenerativa progressiva (Niemann-Pick Tipo “C”).

Contra essa decisão a União ajuizou pedido de suspensão, alegando, em síntese, a ilegitimidade ativa do Parquet Federal e a ilegitimidade passiva da União. Sustentou a ocorrência de grave lesão à ordem pública – uma vez que o medicamento requerido não foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e não

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, Tribunal Pleno, Relator Min. GILMAR MENDES, Agravante União, Agravados Ministério Público Federal, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Brasília, DF, julgamento em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29/04/2010 PUBLIC 30/04/2010.

consta da Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde – e de grave lesão à economia pública, em razão do alto custo do medicamento (R\$ 52.000,00 por mês). Inferiu, ainda, a possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”.

Em 8 de novembro de 2007, a Ministra Ellen Gracie determinou o apensamento da STA 178/DF a estes autos, por considerar idênticas as decisões formuladas.

Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 178, o Município de Fortaleza requereu a suspensão da decisão liminar com base, igualmente, em alegações de lesão à ordem pública, em virtude da ilegitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil pública a fim de defender interesse individual de pessoa maior de 18 anos (fls. 2-9 da STA 178).

A Procuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 135-149, manifestou-se pelo indeferimento do pedido de suspensão. Salientou a existência do periculum in mora inverso.

No despacho de fls. 153-155, determinei que o Ministério Público Federal informasse se a substituída Clarice Abreu de Castro Neves ainda realizava tratamento com o medicamento ZAVESCA (Miglustat), tendo em vista que a Agência Européia de Medicamentos (EMA) havia divulgado a retirada do pedido de indicação de uso do medicamento pelo Laboratório Actelion Registration.

A Procuradoria-Geral da República, às fls. 162-166, informou que a paciente ainda realiza tratamento com o medicamento ZAVESCA, conforme relatório médico do neurologista da Rede SARAH de Hospitais do Aparelho Locomotor, Doutor Dalton Portugal. Juntou, ainda, o comunicado da Agência de Medicina Européia, de 18 de dezembro de 2008, que confirma a indicação do medicamento em questão para o tratamento da doença Niemann-Pick Tipo C.

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis nºs 12.016/2009, 8.437/1992, 9.494/1997 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte.

No presente caso, reconheço que a controvérsia instaurada na ação em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensas aos arts. 2º, 6º, caput, 167, 196 e 198 da Constituição.

Destaco que a suspensão da execução de ato judicial constitui medida excepcional, a ser deferida, caso a caso, somente quando atendidos os requisitos autorizadores (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas). Nesse sentido, confira-se trecho de decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da STA nº 138/RN:

“[...] os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a antecipação da tutela ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se

estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual” – (STA nº 138/RN, Presidente Min. Ellen Gracie, DJ 19.9.2007).

Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR nº 846/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 8.11.1996 e SS-AgR nº 1.272/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.

O art. 4º da Lei nº 8.437/1992 c/c art. 1º da Lei 9.494/1997 autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A decisão liminar que a União e o Município de Fortaleza buscam suspender determinou que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem o medicamento Zavesca (Miglustat) à paciente Clarice Neves, com fundamento na aplicação imediata do direito fundamental social à saúde.

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Em 5 de março de 2009, convoquei Audiência Pública em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito desta Presidência, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde;

realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.

Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

A Lei Federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina em seu artigo 12 que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro do medicamento, como lembrado pelo Procurador-Geral da República, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer

benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que a Agência dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de

elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Como esclarecido pelo Médico Paulo Hoff na Audiência Pública realizada, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa.

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

No caso dos autos, ressaltos os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pleito:

a) a interessada, jovem de 21 anos de idade, é portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos,

tais como, “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas” (fl. 29);

b) os sintomas da doença teriam se manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia (fl. 29);

c) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C (fl. 30);

d) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês; e

e) segundo o acórdão impugnado, há prova pré-constituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade (fl. 108).

A decisão impugnada, ao deferir a antecipação de tutela postulada, aponta a existência de provas quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado, nos seguintes termos:

“(…) No caso concreto, a verossimilhança da alegação é demonstrada pelos documentos médicos que restaram coligidos aos autos. No de fl. 24, consta que ‘o miglustato (Zavesca) é o único medicamento capaz de deter a progressão da Doença de Niemann-Pick Tipo C, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente’. A afirmação é seguida de indicação das bases nas quais se assentou a conclusão: estudos que remontam ao ano de 2000. Além dele, convém apontar para o parecer exarado pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação – Associação das Pioneiras Sociais, sendo essa instituição de referência nacional. Nessa manifestação (fl. 28) consta: ‘Atualmente o tratamento é, preponderantemente, de suporte, mas já há trabalhos relatando o uso do Zavesca (miglustat), anteriormente usado para outras doenças de depósito, com o objetivo de diminuir a taxa de biossíntese de glicolípídios e, portanto, a diminuição do acúmulo lisossomol destes glicolípídios que estão em quantidades aumentadas pelo defeito do transporte de lipídios dentro das células; o que poderia possibilitar um aumento de sobrevida e/ou melhora da qualidade de vida dos pacientes acometidos pela patologia citada’. Acrescente-se que o medicamento pretendido tem sido ministrado em casos idênticos. (...) Esse quadro mostra que há prova pré-constituída de que a jovem CLARICE é portadora da doença Niemann-Pick Tipo C; de que a medicação buscada (miglustat) é considerada pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, ao menos, aumentar as chances de vida do paciente com uma certa qualidade; de que tem sido ministrado em outros pacientes, também em decorrência de decisões judiciais.” (fls. 107-108).

O argumento central apontado pela União reside na falta de registro do medicamento Zavesca (miglustat) na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, conseqüentemente, na proibição de sua comercialização no Brasil.

No caso, à época da interposição da ação pelo Ministério Público Federal, o medicamento ZAVESCA ainda não se encontrava registrado na ANVISA (fl. 31).

No entanto, em consulta ao sítio da ANVISA na internet, verifiquei que o medicamento ZAVESCA (princípio ativo miglustate), produzido pela empresa ACTELION, possui registro (nº 155380002) válido até 01/2012.

O medicamento Zavesca, ademais, não consta dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública.

Apesar de a União e de o Município de Fortaleza alegarem a ineficácia do uso de Zavesca para o tratamento da doença de Niemann-Pick Tipo C, não comprovam a impropriedade do fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS.

Por outro lado, os documentos juntados pelo Ministério Público Federal atestam que o medicamento foi prescrito por médico habilitado, sendo recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos (fl. 166).

Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

A análise da ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e da ilegitimidade passiva da União e do Município refoge ao alcance da suspensão de tutela antecipada, matéria a ser debatida no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a presente medida.

Inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, verifico que a suspensão da decisão representa periculum in mora inverso, podendo a falta do medicamento solicitado resultar em graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente.

Reforçando esse entendimento, a Procuradoria-Geral da República asseverou:

“[...] A suspensão dos efeitos da decisão pode, portanto, ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida da paciente, parecendo indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso, a demonstrar a elevada plausibilidade da pretensão veiculada na ação originária, minando, em contrapartida, a razoabilidade da suspensão requerida” – (fl. 148).

Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão de tutela antecipada.

Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão.

Publique-se.

Brasília, 18 de setembro de 2009.

Ministro GILMAR MENDES

Nesta decisão proferida pelo Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES observa-se a preocupação em se buscar critérios objetivos para o julgamento das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, por meio de ações individuais e coletivas.

Em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de tutela antecipada e de liminar em trâmite no STF, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenaram a Fazenda Pública ao fornecimento de diversas prestações de saúde, o Ministro GILMAR MENDES convocou Audiência Pública, com o fito de ouvir os depoimentos de representantes dos diversos setores envolvidos no tema da judicialização da saúde.

Isto feito, concluiu-se pela importância da construção de critérios ou parâmetros para as decisões judiciais relacionadas ao direito à saúde, em casos no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Segundo o Ministro GILMAR MENDES, após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil.

De acordo com o Ministro GILMAR MENDES,

(...) na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.¹²¹

Dentre os critérios sugeridos pelo Ministro GILMAR MENDES, para a construção de parâmetros para a decisão em casos como este, em que se discute o problema da judicialização da saúde, é considerar a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Caso a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-lo ou de uma vedação legal a sua dispensação.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, Tribunal Pleno, Relator Min. GILMAR MENDES, Agravante União, Agravados Ministério Público Federal, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Brasília, DF, julgamento em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29/04/2010 PUBLIC 30/04/2010.

Outro dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Pode-se concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Porém, não se pode afastar a possibilidade de o Poder Judiciário, ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deva ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Ainda segundo o Ministro GILMAR MENDES, há casos que, devido à omissão administrativa no tratamento de determinada patologia, poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. Entretanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá, nestes casos, configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Explica o Ministro GILMAR MENDES,

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.¹²²

Conforme demonstrado neste julgado, conclui-se que as decisões do STF no julgamento das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, por meio de ações individuais e coletivas, pautam-se pela busca de critérios objetivos estabelecidos a partir dos diversos depoimentos de autoridades dos setores envolvidos com a Saúde Pública, na Audiência Pública convocada pelo Ministro GILMAR MENDES.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, Tribunal Pleno, Relator Min. GILMAR MENDES, Agravante União, Agravados Ministério Público Federal, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Brasília, DF, julgamento em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29/04/2010 PUBLIC 30/04/2010.

Conclusão

O controle da discricionariedade da Administração Pública pelo Poder Judiciário, tema de relevante complexidade do Direito Constitucional e Administrativo, além dos outros ramos do Direito, revela ampla discussão doutrinária em sua evolução histórica, desde o surgimento do termo poder discricionário na segunda metade do século XIX, na França.

Dentre as divergências doutrinárias, acerca dos limites que descreve a discricionariedade da Administração Pública, a doutrina majoritária concorda que é dever do Poder Judiciário sindicarem os atos ditos discricionários.

Este controle legitima-se pelo princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, insculpido com fundamento no art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988. Por este princípio compete ao Poder Judiciário fulminar atos que causem lesão ou ameaça a direito, quando estes ferem o princípio da legalidade ou quando há abuso de autoridade, ou, ainda, quando há desvio de finalidade.

Na atualidade, sobretudo no direito pátrio, a corrente doutrinária mais acertada e em sintonia com os preceitos constitucionais da República, é aquela que defende que o poder discricionário é antes de mais nada um dever, um poder-dever. No Estado de Direito o poder discricionário deve estar submetido aos termos constitucionais, às leis e aos atos normativos inferiores de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público.

Desde a tripartição do poder, surgida da teoria de Montesquieu, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites. Dentro desta concepção de Estado de Direito e divisão do poder, a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, e a busca destas finalidades tem o caráter de dever, antes do que “poder”. Assim, a função administrativa deve estar submetida à Lei, e o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Desta maneira, o que há é um “dever discricionário”, antes que um “poder discricionário”.

O poder discricionário deve pautar-se pela busca do interesse público, pela busca do que estabelece todo o sistema hierárquico normativo. O interesse público é

um conceito jurídico indeterminado, o qual enseja certa margem de discricionariedade para defini-lo, sendo essa discricionariedade delimitada pela lei.

O sistema normativo evoluiu, não se tem mais a ideia de que seja um sistema fechado, ou seja, não se prega, hodiernamente, o dogma da completude. O sistema normativo, atualmente, é considerado um sistema aberto, devendo-se entender, sob esse prisma, a evolução da discricionariedade administrativa, que deixou de ser um instrumento para o uso da vontade do poder soberano e passou a ser como uma ferramenta para a busca do verdadeiro interesse público; mesmo sendo este um conceito indeterminado.

A finalidade da discricionariedade administrativa é alcançar os objetivos constitucionais consagrados na Carta Magna em consonância com a legislação infraconstitucional e atos normativos expedidos pela Administração Pública.

Os objetivos buscados pelo Estado Democrático de Direito, expressos na Constituição da República de 1988, consagra a resultante da confluência dos pensamentos de Montesquieu e de Rosseau.

Dentre os objetivos consagrados na Constituição de 1988 está a do poder ser dividido entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para que o poder detenha o poder, com seus freios e contrapesos. Propõe-se ainda, dentre os objetivos buscados pela Carta Maior de 1988, uma série de finalidades a serem alcançadas. A essas finalidades, certamente, se podem defini-las de interesse público. Ou seja, o interesse público são todos os esforços a serem alcançados pelas normas programáticas estabelecidas na Constituição da República de 1988.

Assim, a Administração Pública, no uso da discricionariedade que a lei lhe outorga, deve sempre buscar o interesse público. Cabendo ao Poder Judiciário sindicar seus atos e verificar se esses não foram expedidos com abuso de poder ou desvio de finalidade, bem como examinar a legalidade completa de tais atos, a formalidade e a competência discricionária.

O art. 196 da Constituição Federal estabelece o direito à saúde como um direito fundamental, sendo dever de todos e do Estado, nos três níveis da federação, garantir esse direito. Deve o Estado buscar, por meio do Sistema Único de Saúde

(SUS), a efetivação desse direito fundamental, por meio de políticas públicas voltadas à garantia do direito à saúde e à vida.

Portanto, compete, sim, ao Poder Judiciário intervir em Políticas Públicas de Saúde executadas pelo Poder Executivo e a cargo da expedição de legislação por parte do Poder Legislativo, quando houver algum tipo de omissão ou negligência quanto à efetivação dos comandos constitucionais relacionados ao estabelecimento dessas políticas públicas para toda a população.

Conclui-se, quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pela sua jurisprudência, conforme demonstrado nos julgados colacionados nesta pesquisa, que as decisões daquela Corte nos julgamentos das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, por meio de ações individuais e coletivas, pautam-se pela busca de critérios objetivos. Isto ficou bem demonstrado no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, citada anteriormente, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES.

Nesta ação viu-se a importância da convocação de Audiência Pública nos depoimentos das diversas autoridades envolvidas nos setores da Saúde Pública, e entendeu-se necessário o redimensionamento da questão da judicialização do direito à saúde no Brasil.

Conforme ficou demonstrado nesta ação, na maioria dos casos em que ocorre a intervenção judicial não acontece devido a uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas sim devido ao necessário cumprimento de políticas já estabelecidas, não sendo o caso, portanto, de interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade dos outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Nesta ação, também, verifica-se critérios sugeridos pelo Ministro GILMAR MENDES, para a construção de parâmetros para decisões em casos que se discute o problema da judicialização da saúde. Como, por exemplo, considerar a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada, bem como a observação se a não prestação, se for o caso, decorre de uma omissão legislativa

ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-lo ou de uma vedação legal à sua implementação.

Ainda, dentre os critérios sugeridos, necessário se faz a observância quanto à existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Podendo, conforme o caso concreto, após comprovação de que determinado tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz ao paciente, deixar de ser privilegiado em detrimento de opção diversa escolhida pela parte que pleiteia seu fornecimento. Neste caso, há a possibilidade de o Poder Judiciário, ou a própria Administração, decidir que medida diferente do tratamento fornecido pelo SUS deva ser autorizada ao paciente, objetivando um tratamento eficaz de acordo com as razões específicas do seu organismo.

Há, ainda, dentre os critérios sugeridos a serem observados, casos em que devido à omissão administrativa no tratamento de determinada patologia, poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. Contudo, imprescindível se faz que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que pode, nestes casos, configurar-se obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, conclui-se, que observados esses critérios sugeridos, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, há a necessidade de instruírem-se as demandas de saúde sem que haja a produção de padronizações nas iniciais, sentenças e peças processuais, devendo observar-se as peculiaridades do caso concreto, para que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

Pela presente pesquisa conclui-se que a Suprema Corte observa critérios objetivos, para o julgamento das demandas judiciais (individuais e coletivas) relacionadas ao direito à saúde, como forma legítima e eficaz de intervenção judicial nas políticas públicas de saúde; demonstrando a importância do papel do Poder Judiciário na democracia, sua participação por uma intervenção que contribui para o desenvolvimento do Sistema de Saúde e a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. 10 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.
- COSTA, Alexandre Bernadino. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. DELDUQUE, Maria Célia. OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. DALLARI, Sueli Gandolfi. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2008.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. *Manual do Curso de Especialização em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle Dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*. 7 ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa*. Disponível na internet: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/743/923>. Acesso em 1º de novembro de 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> Acesso em 1º de novembro de 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.