

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ana Maria Janovik

**ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA QUANTO À
PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA NO SISTEMA
ÚNICO DE SAÚDE: PROPOSTAS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL**

Porto Alegre

2016

Ana Maria Janovik

ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA QUANTO À
PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA NO SISTEMA
ÚNICO DE SAÚDE: PROPOSTAS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Maffini.

Linha de pesquisa: Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica.

Porto Alegre

2016

*Vicente, vieste na hora exata
Com ares de festa e luas de prata...*

O resultado desta dissertação carrega um pouco de todos que me instigaram ao direito público, à vida acadêmica e à consultoria jurídica.

Em primeiro lugar, à Delegações de Prefeituras Municipais, que me abrindo as portas, me mostrou uma República Federativa Brasileira muito diferente daquela que conheci nos bancos acadêmicos. Obrigada, além disso, pelo crédito e apoio às minhas ideias.

À Professora Doutora Marta Marques Ávila, amiga e colega de profissão, e, por intermédio dela, ao Professor Doutor Cezar Saldanha Souza Junior, que fazem do ensino um contentamento para quem aprende. Foram fundamentais para este passo na vida acadêmica.

Ao Professor Doutor Rafael Maffini, pelo conhecimento dividido em aulas, em livros, na orientação desta dissertação, pela paciência com o tempo de maturação do tema, pelas conversas e revisões, pelo apoio irrestrito às minhas decisões, com as precisas correções sempre oportunas.

À amiga, colega na vida acadêmica e profissional, parceira de muitos projetos e agora Mestre em Direito Público, Márcia Bello de Oliveira Braga, por ter trilhado comigo mais essa jornada, por todas as contribuições e auxílios no desenvolvimento do tema, na pesquisa, na revisão e na formatação da dissertação.

À minha família, em especial ao Cleber, que durante todo o tempo teve a paciência que eu precisava para com a pesquisa, os livros e a escrita, e ao Vicente, cujo sorriso se tornou a minha razão de viver, pelas muitas horas roubadas de nós dois.

RESUMO

O presente estudo trata da discricionariedade administrativa na opção de complementação dos serviços do Sistema Único de Saúde pela iniciativa privada, conforme previsto no artigo 199, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e como ela pode ser controlada judicialmente. É proposta uma revisão sobre a discricionariedade administrativa e a sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário, afirmando-se que se trata de competência outorgada pelo próprio Direito que, quando expressamente prevista, pode ser objetivamente localizada na estrutura lógico formal da norma jurídica. Analisa-se combinadamente o princípio da inafastabilidade da tutela judicial e o princípio da separação e harmonia entre os Poderes, tanto para verificação do exercício concreto da discricionariedade pela Administração, quanto da norma de atribuição desta competência ao legislador pela Constituição. Especificamente quanto ao direito à saúde, verifica-se que as normas constitucionais que tratam da composição do Sistema Único de Saúde foram disciplinadas na Lei nº 8.080/1990, que regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, prevendo, no artigo 24, a possibilidade de participação complementar da iniciativa privada quando as disponibilidades da rede pública forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área. A partir da noção de políticas públicas como uma programação integrada das ações estatais para efetivação dos fins determinados na Constituição, que se soma às noções tradicionais do Direito, propõe-se o deslocamento da análise mais isolada da norma jurídica atributiva de discricionariedade para outra, em que são considerados os objetivos perseguidos pelo Estado, que no caso é, fundamentalmente a composição de um sistema público e gratuito de saúde. Refere-se que a complementaridade da iniciativa privada deve estar inserida no planejamento da política pública, cuja decisão depende de aprovação democrática. Finaliza-se propondo, a partir da compreensão do tema, quais são o alcance e os limites do controle jurisdicional sobre o agir administrativo relativo à complementação dos serviços públicos de saúde com serviços prestados por pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa, saúde, política pública, controle judicial.

ABSTRACT

This study is about the administrative discretion in complementing option the services of the National Health System by the private sector, as provided for in Article 199, § 1, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 , and how it can be controlled judicially. It is proposed a review of the administrative discretion and its control by the Judiciary, asserting that it is granted powers by the law, when expressly provided, can be objectively located in the formal logical structure of the rule of law. Is analyzed in combination of the principle of judicial protection and the principle of separation and balance between powers, both to verify the practical exercise of discretion by management, as assigning standard that power to legislator re by the Constitution. Specifically in relation to right to health, it appears that the constitutional provisions dealing with the composition of the National Health System were regulated in Law Nº 8.080/1990, which regulates, throughout the national territory, actions and health services providing, in Article 24, the possibility of further participation of the private sector when the resources of the public are insufficient to ensure healthcare coverage to the population of a given area. From the notion of public policy as an integrated program of government actions for realization of the purposes set forth in the Constitution, which adds to the traditional notions of law, it is proposed to offset the more isolated analysis of the rule of law conferring discretion to another in which are considered the objectives pursued by the State, which in this case is essentially the composition of a free public health system. Refers to the complementarity of the private sector should be inserted in the planning of public policy, whose decision depends on democratic approval. Ends up proposing, from the understanding of the subject , what are the scope and limits of the judicial control over the administrative act on the completion of public health services with services provided by legal entities of private law, or nonprofit.

Keywords: administrative discretion, health, public policy, judicial control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONTROLE JURISDICIONAL DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1 CONTROLE JURISDICIONAL DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA A PARTIR DA DENSIDADE DA SUA PROGRAMAÇÃO NORMATIVA.....	18
1.1.1 Discricionariedade administrativa fundamentada na estrutura lógico-formal da norma jurídica.....	20
1.1.2 Fundamentos metodológicos para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a partir da estrutura e da programação normativa	37
1.2 CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	51
1.2.1. Entre os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação e harmonia entre os Poderes: possibilidades e contornos do controle da atividade administrativa discricionária	54
1.2.2 Controle de atribuição do poder normativo conferido constitucionalmente ao legislador e controle de exercício do agir integrativo em sede de aplicação da norma jurídica pelo administrador público	63
2 CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO ORIENTADO PARA A PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	70
2.1 ASPECTOS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	81
2.1.1 Saúde: direito humano, direito fundamental, direito social	83
2.1.2 Sistema Único de Saúde: entre a atuação exclusiva pública e a possível participação complementar da iniciativa privada na Constituição	98
2.2 CONTROLE JURISDICIONAL DO AGIR ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO QUANTO À OPÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	115
2.2.1 Critérios metodológicos a serem considerados pela Administração na opção da complementação do Sistema Único de Saúde pela iniciativa privada	119

2.2.2 Alcance e limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a partir da estrutura e da densidade normativa do art. 24 no contexto da Lei nº 8.080/1990.....	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito humano indispensável para o desenvolvimento do indivíduo. Em uma dimensão mais ampla, é direito da própria sociedade, encontrando-se categorizado como direito social no art. 6º da Constituição da República, inserido no Capítulo II do Título II, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais. A saúde é indispensável à vida. Ambas são pressupostos da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III do art. 1º.

O artigo 196 da Constituição expressa que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, o que vincula, na sua efetivação, toda a sociedade brasileira em geral, e o Estado em particular, porque deverá ser garantida mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, por meio da ação governamental planejada, que vise à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como a sua recuperação, quando restar debilitada de qualquer modo.

A Constituição determina também que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, na forma de um sistema descentralizado, com direção única em cada esfera de governo, que deve garantir o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Nesta moldura, possibilita que instituições privadas participem, de forma complementar, do sistema público, seguindo as diretrizes deste.

A história recente do direito sanitário no Brasil nos mostra, entretanto, que nem sempre foi assim. Antes da promulgação da Constituição de 1988, os serviços públicos se orientavam pela prática curativa e individual, em detrimento de medidas de saúde, de interesse coletivo e caráter preventivo, sendo prestados à população por meio de um modelo organizativo que privilegiava as instituições privadas de saúde, cuja prática médica era orientada pela lucratividade. As opções feitas pela Constituição dão rumo contrário: privilegiam a estruturação de um sistema público, único, organizado em rede regionalizada e hierarquizada, seguindo a diretriz de descentralização com base municipal, atendimento integral e participação democrática.

A pergunta feita na presente dissertação é como, neste contexto, pode se dar a participação das instituições privadas no Sistema Único de Saúde, ou melhor, no que consiste a complementação de que trata a Constituição. A partir disso, duas

outras questões se colocam: a primeira, sobre quais bases se fundamentam a opção pela complementação privada, ao invés da absorção de ações e serviços pela rede pública, o que diz respeito à atividade administrativa do Poder Executivo, e a segunda, sobre quais os parâmetros que devem ser considerados pelo juiz, no controle jurisdicional desta atuação administrativa, quando estas relações entre a Administração Pública, enquanto gestora do SUS na circunscrição territorial do ente federado, e a iniciativa privada é objeto de ação judicial.

Para tanto, a pesquisa foi dividida em duas partes: a primeira, que trata do controle jurisdicional da atuação administrativa discricionária, pressupondo que seja desta natureza a decisão sobre a participação complementar da iniciativa privada no SUS, e a segunda, que direciona os elementos desenvolvidos na primeira parte para a política pública de saúde brasileira, considerando o formato adotado pelo ordenamento jurídico para satisfação da obrigação prestacional que recai sobre o Estado.

O plano metodológico, de acordo com esta divisão, propõe demonstrar na primeira parte do primeiro capítulo, que a discricionariedade administrativa não é um fenômeno externo ao Direito, mas, ao contrário, é outorgada no seu bojo, podendo ser verificada na estrutura lógico-formal dos enunciados normativos, quando expressamente outorgada à Administração Pública pelo legislador, o que permite a sua localização, extraindo-se daí fundamentos tanto para o seu exercício, quanto para o seu controle jurisdicional. A partir disso, na segunda parte do primeiro capítulo, analisa-se o princípio da inafastabilidade da tutela judicial conjugado com o princípio da separação e harmonia entre os Poderes, tanto para verificação do exercício concreto da discricionariedade pela Administração, quanto da norma de atribuição desta competência ao legislador pela Constituição.

No segundo capítulo, que inicia com um breve apanhado histórico sobre o direito à saúde no Brasil, investigam-se, na primeira parte, os aspectos jurídico-institucionais das políticas públicas de saúde, desde a previsão deste direito na Constituição até a organização do Sistema Único de Saúde, propondo-se uma exegese dos artigos constitucionais 196 a 200, buscando compreender os limites entre a atuação exclusiva pública e a possível participação complementar da iniciativa privada. Já na segunda parte, a análise se centra especificamente no modo como o legislador regulou a participação complementar da iniciativa privada na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para verificar se há densidade normativa suficiente para

permitir à Administração Pública fundamentar, jus politicamente, a opção pela complementação privada, ao invés da absorção de ações e serviços pela rede pública. Com isso, ao final da pesquisa, objetiva-se ter condições de responder as perguntas investigativas, apresentando, assim, uma contribuição ao estudo da matéria.

O tema proposto comporta investigação doutrinária em diferentes searas da experiência jurídica constitucional e administrativa, análise pelo prisma da Constituição da República e legislação ordinária, sem adentrar nos regulamentados administrativos editados pelos diversos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde. Não há pretensão de se perquirir o direito à saúde e as formas como ele é oferecido no direito comparado, em face das peculiaridades do sistema adotado no Brasil. Além disso, são utilizadas orientações dos Tribunais de Contas e decisões jurisprudenciais com a finalidade de ilustrar o problema e verificar o seu tratamento pelo Poder Judiciário, sem a finalidade de sistematizar a jurisprudência existente sobre o assunto.

1 CONTROLE JURISDICIONAL DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

O surgimento do direito administrativo¹ e, por conseguinte, de suas categorias básicas, como a discricionariedade e sua insindicabilidade pelo Poder Judiciário, coincide com a concepção do Estado de Direito,² resultante da Revolução Francesa, em 1789, e seus ideais iluministas.³ Estruturado sobre os princípios da legalidade, inspirado em Rousseau,⁴ segundo quem o único poder legítimo é o que deriva da vontade geral do povo, manifestada pela lei, acima da qual nenhuma outra vontade

¹ Para uma abordagem descritiva mais detalhada da história do direito administrativo, com análise da Administração Pública no Estado Direito, desde o período liberal, passando pelo social e culminando no democrático, por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

² Por Estado de Direito refere-se, neste trabalho, a organização das formas do próprio Estado e do seu Governo a partir de um arcabouço jurídico (que regula também a vida em sociedade) e que tem como fundamento basilar uma constituição, que informa e sustenta todo o sistema jurídico instituído. Tem-se, com isso, a submissão de todos os indivíduos e do próprio Estado a tal ordem jurídica, garantida por uma jurisdição imparcial a qual todos se submetem. Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere que o “Estado submetido ao império do Direito veio a ser chamado, já no século XVIII, de Estado de Direito”, ou seja, no seu formato típico e original, se caracteriza pelo reconhecimento de que o Poder é limitado por um Direito superior, que não lhe é possível modificar. Visto pela perspectiva dos sujeitos passivos deste Poder, tal Direito é um feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene, e abarcam o campo da autonomia da conduta individual. O autor alude que tais ideias, próprias do liberalismo, descendem direta e imediatamente do iluminismo, que tinha como objetivo resguardar o fundamental: a liberdade, os direitos do homem. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4ª ed.,. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3-4. Gustavo Zagrebelsky assevera, oportunamente, que a ideia de Estado de Direito “[...] indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra em si consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad em el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos.” Trata-se da modificação da relação entre o poder e o Direito: enquanto no absolutismo, o monarca detém o poder absoluto e dita o Direito, no Estado de Direito, é este quem cria e se submete a ordem jurídica, que legitima o poder. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 21.

³ CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. 2ª ed.. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 37-38. O autor faz referência às raízes do Direito Administrativo, fincadas nas profundas transformações ocorridas no sistema feudal, a partir do século XI. Antes da Revolução Francesa, conhecia-se o Estado Absolutista, no qual havia administração estatal centralizada na pessoa do monarca, geralmente imbuído de uma condição divina, que o fazia exclusivamente em prol de seus objetivos egoístas. Não se cogitava da Administração Pública, conceito muito mais moderno, que, como referido, surge a partir da Revolução Francesa juntamente com as ideias de Estado de Direito e de tripartição dos poderes.

⁴ A partir da ideia de que “todo o homem nasce livre”, Jean-Jacques Rousseau afirmava que, apesar dessa liberdade individual intrínseca, para viabilizar a sua sobrevivência em sociedade, o ser humano necessita associar-se com outros por meio de um “pacto social”, que deve estabelecer que “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”. Para tanto, refere que “em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato, ganha unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade”, que é, enquanto figura pública, o próprio Estado, ficção jurídica capaz de representar a vontade geral, garantindo assim a consecução do bem comum. A lei, deste modo, seria justamente o instrumento de manifestação dessa vontade geral. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Livro I, Cap.I, p. 71.

se coloca, nem mesmo a do monarca, e da separação dos poderes,⁵ elaborado por Montesquieu, o Estado de Direito se estruturou conferindo primazia ao Poder Legislativo e colocando os outros dois, Executivo e Judiciário, sob a égide da Lei.⁶ Com isso, se pretendia assegurar proteção aos direitos individuais, sob os ideais de igualdade e liberdade, tanto nas relações entre particulares, como também entre estes e o Estado,⁷ em contraposição ao regime absolutista havido anteriormente, no antigo Estado de Polícia europeu, dos séculos XVI a XVIII.

No Brasil, a colônia portuguesa da época absorvia as repercussões dos acontecimentos além-mar, de modo que indivíduos e grupos passavam a ter consciência a respeito das iniquidades sofridas e da exploração do povo brasileiro pela Coroa, assumindo as verdades insofismáveis proclamadas entre as nações civilizadas do mundo.⁸ Reagindo em cadeia, o sistema colonial não suportou a crise instalada, proclamando-se a independência, em 15 de novembro de 1889, por meio do Decreto nº 1, de mesma data, que institui a República Federativa, entrelaçando as províncias brasileiras para a formação dos Estados Unidos do Brasil.

A primeira Constituição Brasileira do período republicano, de 1891, de marcado cunho liberal e individualista, tinha como objetivo tornar o Estado o guardião da ordem

⁵ Conforme Montesquieu: “Em cada Estado há três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.” Mais adiante, segue com a síntese do princípio da separação dos poderes: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Livro XI, Cap. VI, p. 167-168. O mérito de Montesquieu, em verdade, não foi a criação da teoria da tripartição das funções estatais, mas a sistematização e o aprofundamento das ideias de Aristóteles, que defendia a necessidade de que o Estado fosse dividido em funções, posteriormente designadas como “poderes”. MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 22.

⁶ Fundamentalmente, o princípio da legalidade ligava-se a uma noção de legalidade normativa, mais voltada à lei em sentido formal, que substancial, doutrina que ficou conhecida como da “vinculação negativa da Administração”, pela qual a lei apenas impunha barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9-10.

⁸ FALCON, Francisco J. C. Luzes e Revolução na Colônia. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 2, n.2, ago./1988. [on-line] Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200009&lng=en&nrm=iso Acessado em 30/09/2015.

pública,⁹ organizando a República Federativa por meio de três poderes nacionais, de acordo com a divisão de funções especializadas de Montesquieu, conforme estatuída no art. 15: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

Porém, para efetivar o sistema de freios e contrapesos submetendo a ação da Administração Pública ao controle jurisdicional, em 20 de novembro de 1894, foi editada a Lei nº 221, que completava a organização da Justiça Federal, prevista no texto constitucional. Esta Lei, no art. 13, ao referir que os juízes e tribunais federais processariam e julgariam “[...] as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por actos ou decisão das autoridades administrativas da União”, determinava, no § 9º, a anulação, no todo ou em parte, do ato ilegal, assim considerados “[...] os actos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente”, devendo, a autoridade judiciária, fundamentar sua decisão em razões jurídicas, “[...] abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade” (alínea *a*). Sendo, esta ideia, correspondente ao mérito do ato administrativo, a Lei nº 221/1894 foi além, determinando, no mesmo dispositivo, que “A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder” (alínea *b*). Como é possível depreender, a discricionariedade administrativa era concebida, então, não como um poder jurídico, mas político que, na lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, operaria no espaço livre da lei.¹⁰

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Centro de Atualização Jurídica, nº 10, jan./2002. [on-line] Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> Acessado em 30/09/2015.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo**. vol. 1. 1ª ed.. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 445. A afirmação dos autores é feita ao explicar as construções tradicionais do princípio da legalidade administrativa, especificamente tratando da aplicação singular da lei e a doutrina da vinculação negativa, de acordo com a qual a Administração Pública não poderia atuar por própria autoridade, senão quando amparada na autoridade da lei (e demais fontes do ordenamento jurídico, na medida em que fossem produzidas legitimamente). Esse processo se qualificava como de execução da lei, cujo problema consistia na sua concretização. Primeiramente, qualificava-se a técnica de execução da legalidade pela Administração como uma simples particularização, quando da atuação concreta dos mandatos abstratos das normas jurídicas, segundo o exemplo histórico oferecido pela sentença judicial aplicativa da lei. Mais tarde, essa noção foi repudiada ao se perceber que a Administração não ocupa posição similar a dos Tribunais, para realizar a aplicação da lei tal qual estes, formulando-se uma nova concepção: enquanto os Tribunais realizam a particularização da lei no caso concreto, singularmente considerado, a Administração, ao contrário, tem como função própria realizar os diversos fins públicos materiais, só que dentro dos limites legais, ou seja, servir aos fins gerais de interesse público.

A Constituição de 1934, de caráter socializante¹¹ e democrático, teve inspiração, do ponto de vista formal, na Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição republicana espanhola, de 1931, representando um progresso no realismo constitucional, se cotejada com a Constituição de 1891, inclusive refletindo nas posteriores Cartas.¹²

Destaca-se, primeiramente, o princípio democrático, insculpido no seu art. 2º: “Todos os poderes emanam do povo, e em nome dele são exercidos”. Outro aspecto relevante é o da organização entre os Poderes republicanos, previsto no art. 3º: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. Além disso, o Estado deixou de ser um guardião da ordem pública para ter uma atuação positiva na prestação de direitos sociais.¹³ Assim, deslocou-se para o âmbito do Estado a responsabilidade por buscar a igualdade substancial, com o dever de intervir na ordem econômica e social para ajudar os hipossuficientes, consolidando-se o Estado do Bem-Estar, também chamado de Estado Providência, Estado do Desenvolvimento e Estado Social de Direito.

Para cumprir esse novo papel de prestar serviços e garantir investimentos, se fez necessário ampliar a máquina estatal, com o aumento significativo do funcionalismo público e o surgimento de entidades de administração indireta, como as autarquias. Estes fatores acabaram fortalecendo o Poder Executivo na estrutura da tripartição dos poderes.

¹¹ As reações ao Estado Liberal, a partir da metade do século XIX, geraram consequências econômicas e sociais, demonstrando que os princípios do liberalismo, direcionados à proteção da liberdade e da igualdade (formal, perante a lei), defendidos pelo Estado abstencionista, eram insuficientes para suplantar as profundas desigualdades provocadas. Houve, então, o surgimento da *questão social*, como resultado das demandas geradas pelo capitalismo e pela industrialização. Isso provocou o movimento político em prol da substituição do Estado Liberal pelo Estado-providência, cuja finalidade precípua era intervir diretamente na ordem social para solucionar os problemas de caráter econômico. Em decorrência, dilatou-se o âmbito de atuação da legislação em relação à organização administrativa e à ação do Estado-poder, assim como o debate sobre seus princípios, deixando de restringir-se à melhor organização administrativa e à forma de ação, para cogitar qual seria o posicionamento estatal quanto à sua ingerência na ordem social para resolver diretamente problemas sanitários, educacionais, econômicos, previdenciários e assistenciais dos hipossuficientes. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. 1: Introdução. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 85-86.

¹² POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 55.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Centro de Atualização Jurídica, nº 10, jan./2002. [on-line] Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> Acessado em 30/09/2015.

Acompanhando a evolução do Estado brasileiro, tanto a doutrina,¹⁴ quanto a jurisprudência¹⁵ caminharam no sentido de que o controle jurisdicional do ato administrativo poderia ser feito apenas em relação a sua legalidade, não cabendo ao

¹⁴ José Cretella Júnior referia que "Ao Poder Judiciário é facultado o exame do mérito do processo administrativo, investigando se houve o fato, fiscalizando as provas através de reexame, indo aos motivos, observando se houve aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento. Tudo isso é exame da legalidade, porque o mérito do ato administrativo continua a ser campo privativo da Administração, impenetrável ao Judiciário". CRETELLA JUNIOR, José. O mérito de ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº 79. p. 23.

¹⁵ O Órgão Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1944, julgando os Embargos na Apelação Cível nº 7.307, em que se discutia a demissão de funcionário público por falta grave cometida no exercício do cargo e apurada em inquérito administrativo, decidia, nos termos do voto do Relator, Ministro Castro Nunes, que: "O Poder Judiciário, nos julgamentos das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade, excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade. **A apreciação do mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida**, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente" (negritei). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Funcionário Público - Demissão - Estabilidade, falta grave, inquérito administrativo - Poder Judiciário, apreciação dos atos administrativos. - É legal a demissão do funcionário público por falta grave cometida no exercício do cargo e apurada em inquérito administrativo. O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade da medida. Apelação Cível nº 7.307 - Minas Gerais. Francisco de Assis Brasil e União Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Castro Nunes. Julgamento em 20/dez./1944. Repositório Oficial: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Voto vencedor do Relator, acompanhado pelos Ministros Philadelpho Azevedo, Waldemar Falcão e José Linhares. Votos vencidos dos Ministros Orosimbo Nonato, Goulart de Oliveira e Laudo de Camargo. Outro exemplo, de 1974, também envolvendo a análise de ato de exoneração de servidor público, teve, dentre as razões de decidir, a seguinte fundamentação: "Por força, possivelmente, de conceitos de Direito Processual, ao conceito de 'mérito' do ato administrativo se tenta estender o de 'meritum causae', relativo à apreciação da lide por meio de sentença definitiva. E a extensão é inexata. **Na verdade, o mérito do ato administrativo diz com elementos discricionários do ato (por oposição a atos vinculados) referentes à conveniência e à oportunidade.** [...] É de Seabra Fagundes o seguinte ensinamento, que já tivemos oportunidade de citar em outro trabalho e que foi ministrado precisamente sobre o tema que ora nos ocupa: ...'uma vez conhecido o ato administrativo de exoneração e sobre êle provocado o pronunciamento dos tribunais, entram êstes no exame do inquérito, fundamento do ato, tanto para constatar se se fêz como manda a lei, como para aferir a conformidade do ato com o que se apurou o processo. A primeira questão é manifestamente de legalidade, a segunda, entretanto, poderá parecer de mérito. Mas não o é. O Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração de funcionário. Não indaga se o motivo é razoável, ou não, mas se a lei o especifica. Não inquire se o ato foi vantajoso aos interesses do serviço público, mas se o processo que lhe serviu de esteio apurou causa legal capaz de autorizar a demissão.' Votando vencido em um dos casos dessa espécie, julgado em 1938, o Ministro Laudo de Camargo deixou bem claro **que a apuração dos motivos faz parte do exame da legalidade**: 'A lei, quando exige a feitura prévia de um processo administrativo para autorizar a demissão, por certo exigiu igualmente que as provas dele resultantes fossem contra o funcionário... Na apreciação a que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado. Terá êle de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinaram'. (sublinhados no original, negritei). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Funcionário. Demissão, após processo regular, em que se assegurou ampla defesa. A penalidade administrativa não está condicionada ao prévio pronunciamento da instância criminal. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso Extraordinário nº 75.421 - Bahia. Prefeitura Municipal de Salvador e Paulo Santos Silva. 1ª Turma. Relator Ministro Oswaldo Trigueiro. Julgado em 29/out./1974. Voto vencedor do Relator, vencidos os Ministros Rodrigues Alckmin e Djaci Falcão.

Judiciário examinar o mérito e, pois, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos, quiçá dos discricionários.¹⁶

Já a Constituição de 1988 estabeleceu, no seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se como Estado Democrático de Direito,¹⁷ com o objetivo de transformar a realidade social dentro de um quadro político democrático,¹⁸ que busca a participação popular na gestão pública, tornando o cidadão um participante ativo no processo de tomada de decisões e no controle dos atos públicos. Mais ainda: a Constituição situou o ser humano como epicentro da ordem jurídica, que visa a sua dignidade. Além disso, alçou expressamente à condição de princípios constitucionais que regem a Administração Pública os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, conforme se verifica do *caput* do art. 37. Tais princípios, pela força normativa da Constituição, informam os fins públicos ao influxo dos quais se estrutura a relação jurídica de administração, como ensinava Ruy Cirne Lima.¹⁹

Operou-se, portanto, uma operacionalização do direito administrativo, também denominada constitucionalização ou neoconstitucionalismo,²⁰ centrando a

¹⁶ SALGADO, Plínio. O controle jurisdicional do poder discricionário da Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**. Belo Horizonte, Ano 11, n. 38, out./dez. 2010. p. 33.

¹⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere que a expressão “Estado Democrático de Direito” foi cunhada pelo espanhol Elías Díaz, com o significado de “Estado de transição para o socialismo.” Mais adiante, seguindo essa mesma ideia, o autor explica que o Estado Democrático de Direito “é aquele que prende o Poder político à realização do socialismo. É, sem dúvida, uma concepção que repudia o formalismo do Estado Legal [Estado de Direito formal]; está ela, no entanto, muito distante da idéia de Direito que inspirou o Estado de Direito clássico e que ainda prevalece nas democracias de derivação liberal”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 65-67.

¹⁸ O Estado, no início do século XXI, é caracterizado por ter as suas atividades permeadas pela valorização dos direitos e garantias do indivíduo, isolado ou em grupos. Além dos direitos individuais (direito à vida, à integridade física, de manifestação do pensamento etc.) e dos direitos políticos (direito de votar e de ser votado, direito à formação de partidos políticos), a Constituição prevê direitos sociais, dentre os quais, o direito à saúde. Fala-se, na atualidade, em direitos de terceira ou quarta geração, tais como direito ao meio ambiente, direito ao lazer, direito de não ser lesado como consumidor. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 37.

¹⁹ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 105.

²⁰ Ainda que seja ampla a utilização da expressão "neoconstitucionalismo", é sempre conveniente esclarecer o que se refere com ela, para que não se tenha a ideia de que se trata de um fenômeno complementarmente novo, como se o constitucionalismo de outrora fosse substancialmente diverso. Neste sentido, a professora Ana Paula de Barcellos explica que a expressão se refere ao constitucionalismo contemporâneo, marcado por elementos particulares que fundamentam um novo período do direito constitucional. Do ponto de vista metodológico-formal e justificado no processo histórico que conduziu a Constituição de documento político de baixíssima imperatividade à norma jurídica suprema, o constitucionalismo atual opera sobre as premissas da normatividade da Constituição, reconhecendo-se que as suas disposições são normas jurídicas dotadas de imperatividade como as demais, da superioridade da Constituição no ordenamento jurídico (tratando-se das Constituições rígidas) e da centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos, dado que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados à luz das normas constitucionais.

Constituição como norma jurídica nuclear do sistema, vinculado a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Políticos, exigindo uma reorganização da própria disciplina, de forma mais elaborada, criando princípios e institutos que derogaram postulados do individualismo jurídico outrora a ela aplicados.

A busca pela realização dos fins públicos estabelecidos pela Constituição fez com que o princípio da legalidade, arrimado nas disposições constitucionais dos artigos 5º, inciso II,²¹ e 37, *caput*, viabilizasse uma ampliação do controle jurisdicional do poder discricionário ou do mérito do ato administrativo, objetivando o respeito a essa principiologia, bem como a sua preservação. Dito de outra forma, houve uma redução no alcance da discricionariedade administrativa, para se admitir que fosse apreciada pelo Poder Judiciário, utilizando-se como parâmetros os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.²² Com efeito, a discricionariedade continua sendo utilizada no ordenamento jurídico como uma técnica que também se direciona ao cumprimento dos fins públicos.

Para estudar a discricionariedade, que depende materialmente de uma norma jurídica atributiva, bem como compreender os limites de atuação da Administração Pública quando no uso de poderes discricionários, é preciso, além de tentar defini-la, verificar onde, na norma jurídica, se localiza. Sem estas premissas iniciais, não é viável tentar estabelecer uma metodologia para o controle judicial. São estes os propósitos que se objetiva alcançar nas linhas que seguem.

Já sob o aspecto material, pelo menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo: a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, assim como a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. BARCELLO, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentias e controle das políticas públicas. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 240, abr.-jun./2005, p. 83-87.

²¹ Constituição da República, art. 5º, inciso II: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

²² De acordo com Plínio Salgado, a introdução, no texto da Constituição, de conhecidos princípios que regem a Administração Pública necessariamente conduz a uma maior cautela no exercício do poder discricionário, além de remeter a uma reflexão mais criteriosa no controle de sua conveniência ou oportunidade, não apenas quanto ao regime de legalidade, mas, também, no tocante aos aspectos específicos da impessoalidade e da moralidade, o que traduz a defesa do Estado de Direito. SALGADO, Plínio. O controle jurisdicional do poder discricionário da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*. Belo Horizonte, Ano 11, n. 38, out./dez. 2010. p. 35.

1.1 Controle jurisdicional da atuação administrativa a partir da densidade da sua programação normativa

O direito administrativo, a Administração e a própria Constituição são determinadas pelas circunstâncias políticas, sociais, econômicas, técnicas e culturais de cada época, em que não apenas as condições e desenvolvimentos concretos, mas também as ideias e aspirações são determinantes, reagindo às exigências derivadas destas condicionantes e trabalhando com as possibilidades técnicas disponíveis.

Disso decorre, como pontua Hartmut Maurer, que “cada época constitucional tem seu tipo administrativo”,²³ na esteira da fórmula elaborada por Fritz Werner, de que o “direito administrativo é o direito constitucional concretizado”.²⁴ Deste modo, o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa se revela como um tema de confluência entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, porque remete a este os parâmetros de sua execução em relação às matérias daquele.

Muito embora o texto da Constituição não explicita regras específicas para essa atividade, as diretrizes são estabelecidas, na prática, unindo-se o esforçado trabalho da doutrina com a experiência colhida na jurisprudência. Aliás, a jurisprudência sobre as técnicas de controle da Administração Pública, ao longo do tempo, confundiu-se com o desenvolvimento histórico da disciplina, dado que os limites entre as funções estatais de administrar e de julgar são fixados, em última instância, pelos próprios tribunais, estando em permanente processo de redefinição – por vezes, tendendo ao justicialismo, por outras, à maior autocontenção judicial.²⁵

Na essência, o controle jurisdicional da atuação administrativa se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito, de modo que os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional.²⁶ Nas situações submetidas a este controle, a demanda judicial situa a Administração Pública diante do indivíduo na condição de parte, em igualdade para com ele. A Administração, assim, se afasta da tarefa de ativamente tutelar os

²³ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed.. São Paulo: Manole, 2006. p. 13.

²⁴ A expressão de Fritz Werner é usada correntemente no direito administrativo alemão, cujo sentido é universalmente reconhecido. MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed.. São Paulo: Manole, 2006. p. 12.

²⁵ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 81.

²⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª ed.. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 134.

direitos fundamentais em nome do Estado, mediante ação de ofício, para se submeter à decisão judicial e, caso condenada, agir por determinação desta.

Ao prolatar a decisão judicial – ou seja, o ato jurisdicional, que se denomina especificamente *sentença*, por meio do qual o Estado define e determina situações jurídicas individuais com o fim de remover, pela definitiva interpretação do direito, conflito surgido a propósito da sua aplicação²⁷ –, realiza-se uma operação executiva, desta feita pelo Poder Judiciário, de natureza similar à desenvolvida pela Administração Pública. Há, no entanto, especificidades, por se considerar nesta operação duas fases: uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a Administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a de execução da sentença pela força.²⁸

Em geral, funcionalmente é possível identificar as diferenças, o alcance e os limites entre as condutas da Administração Pública e do Poder Judiciário de modo bastante claro. Quando se trata do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, entretanto, essa delimitação não pode ser feita com a mesma facilidade. Uma das razões disso reside, como referido alhures, na ausência de definição, no texto constitucional, de balizas para o controle, outra, porém, de maior relevo prático, diz respeito ao conceito de discricionariedade administrativa adotado pelo operador do direito.

Apesar de, sobre este tema, já terem sido desenvolvidos inúmeros estudos, de modo que se torna difícil inovar, continua sendo uma das grandes questões inconclusas do Direito Administrativo. Há quem defenda a discricionariedade administrativa como poder necessário, atribuído à Administração Pública no Estado Democrático de Direito, de cunho socializante, para garantia da efetivação dos direitos fundamentais – os quais, inclusive, deveriam ser ampliados. Por outro lado, há quem entenda que deva ser cada vez mais restringida pelo alcance e intensidade do controle jurisdicional do seu exercício.

Não obstante, o tema ainda é permeado por diferentes concepções acerca da localização da discricionariedade administrativa na norma jurídica – se apenas no antecedente (ou suporte fático), se nesse e no preceito (ou consequência jurídica) ou

²⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª ed.. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 97.

²⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª ed.. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 135.

se apenas no preceito – bem como sobre o que é (ou, no sentido contrário e tão importante quanto, o que não é) discricionariedade administrativa.

Assim, com fito no desenvolvimento do tema central deste trabalho, é essencial estabelecer a definição de discricionariedade administrativa que se adota, bem como, com base nisso, onde ela se localiza na estrutura da norma jurídica-administrativa. Intenta-se não só compreender no que consiste a competência atribuída pelo legislador ao administrador público, quando insere poderes discricionários nas normas jurídicas, como também com qual extensão a Constituição permite que ele assim o faça.

1.1.1 Discricionariedade administrativa fundamentada na estrutura lógico-formal da norma jurídica

O princípio da legalidade é conatural ao Estado de Direito, em que toda a atividade pública é submetida a uma ordem jurídica. Bem assim é em relação ao Estado Democrático de Direito instituído no Brasil, com a Constituição de 1988, que expressamente previu, no art. 37, o dever de obediência, por parte da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao princípio da legalidade. Ademais, a legalidade também foi prevista como direito fundamental no art. 5º, inciso II, da Constituição, de acordo com o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

A diferença entre os dois dispositivos reside no fato de que, para a Administração Pública, o princípio da legalidade indica a necessidade de atuação em conformidade com o Direito, sempre sendo possível a motivação da atuação administrativa na ordem jurídica, enquanto para o indivíduo, a legalidade aponta para a possibilidade de realizar tudo aquilo que não estiver proibido pelo Direito, desta feita, em lei positiva, geral e abstrata. Desta distinção, ficou conhecida a multicitada passagem de Hely Lopes Meirelles que diz que “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer

o que a lei autoriza”,²⁹ que, como refere Rafael Maffini,³⁰ resumia o que antes já afirmava João Barbalho Uchôa Cavalcanti.

O artigo 37, ao prever a legalidade, não refere um conteúdo material, posto que se trata de princípio, remanescendo, assim, ao legislador a prerrogativa de dispor sobre matérias de competência da Administração com maior ou menor grau de discricionariedade. Já o artigo 5º, inciso II, tem conteúdo bem definido, impedindo a Administração Pública de impor obrigações ou proibições que não tenham um fundamento legal.³¹

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª ed.. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 82.

³⁰ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 43.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 55. Nesta linha, tradicionalmente afirma-se que a função administrativa do Estado constitui-se na aplicação da lei como uma atividade de ofício, de acordo com a lição de Miguel Seabra Fagundes, que, contextualmente, assim distinguia a função de administrar das de legislar e julgar, no sistema de tripartição dos poderes estatais: “*Legislar* (editar o direito positivo), *administrar* (aplicar a lei de ofício) e *julgar* (aplicar a lei contenciosamente)”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 3. Porém, também é compreendida no sentido de vinculação positiva à lei, ou seja, no sentido de que a Administração Pública só pode realizar o que a lei permite, sendo impossível, portanto, que qualquer poder jurídico seja admitido senão no bojo de uma atribuição normativa precedente. Nesse contexto, estaria inserida a discricionariedade administrativa. ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo**. vol. 1. 1ª ed.. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 446. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao aduzir que o princípio da legalidade é capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, assevera que “[...] a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei”. Destarte, por este prisma, “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 102-104. Corroborando a ideia de legalidade em sentido estrito, José Afonso da Silva, no campo do direito constitucional, aborda a matéria defendendo que: “*Sujeita-se ao império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à *lei*, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude da lei”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 422. Este paradigma da legalidade como vinculação positiva à lei vem, universalmente, cedendo espaço para uma nova compreensão sobre tal princípio, não mais vinculado à lei formal, mas ao ordenamento jurídico em conjunto, comumente designado como “lei e Direito”, necessariamente capitaneado pela Constituição. Gustavo Binenbojm enumera cinco razões básicas para esta crise da lei em geral e, especificamente, da legalidade administrativa: (1) a *inflação legislativa*, decorrente da tentativa positivista de completude do ordenamento jurídico, aliado ao aumento significativo das funções do Estado, que gerou uma produção legislativa demasiada, o que resultou no esvaziamento do sentimento de respeito que se lhe nutria no período iluminista; (2) a *dessacralização da lei*, ou seja, a constatação de que esta pode veicular injustiças e ser fundamento para bárbarie, não bastando, para a sua validade, apenas a generalidade e a abstração; (3) a *constitucionalização do direito*, a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral do povo, sendo substituída pela própria

Por princípio jurídico Karl Larenz refere pautas gerais de valoração, ou seja, um juízo crítico avaliativo em relação à ideia de Direito. Estas pautas não chegam a ser sintetizadas em regras jurídicas, mas são "fundamentos justificativos delas". Tais princípios escapam, assim, a uma definição conceitual, pois o seu conteúdo carece de concretização.³² Os princípios tanto podem entrar em contradição, preferindo-se a aplicação de um, ao invés de outro, como podem ser conectados a outros princípios para aplicação ao caso concreto, completando-se mutuamente. Por esta razão afirma-se que o entendimento de um princípio é sempre a compreensão de seus limites, sendo que seu sentido só pode ser depurado em combinação ou restrição recíproca. Para a realização de um valor determinado por um princípio jurídico, é necessária a sua concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio, uma vez que os princípios não são normas e, por tal motivo, não têm aplicação imediata. É imprescindível, portanto, a intermediação de valores autônomos.³³

Para aclarar esta noção, Ronald Dworkin, criticando o positivismo jurídico, elaborou uma concepção própria do Direito, cuja grande questão seria a sua interpretação. O objetivo desta nova teoria, então, seria estabelecer limites para o Poder Judiciário, enquanto guardião dos direitos e garantias fundamentais, porque, no contexto dos princípios constitucionais, haveria campo para o surgimento de inúmeras possibilidades de encaminhamento das relações jurídicas e de legitimação do poder estatal, na promoção destas novas garantias. O autor constata que, em determinados casos, em especial os controversos, os aplicadores do direito utilizam, de forma corrente, padrões distintos de regras para embasarem suas posições. Assim, é necessário verificar o que são princípios e regras:

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira

Constituição como principal fonte do Direito Administrativo; (4) a *deslegalização*, caracterizada por um movimento, tanto da Constituição quanto do próprio legislador, no sentido de estabelecer novas esferas de normatização dotadas de maior celeridade, criando espaço para outros atos normativos, diversos da lei; (5) a *assunção*, pela própria Administração, dos instrumentos de sua própria vinculação, seja por meio do controle do processo legislativo, através de reservas de iniciativa legislativa de matérias relevantes, como através da formação de bases parlamentares junto ao Legislativo, para aprovação de projetos do seu interesse, dentre outras razões. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125-136.

³² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 316.

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 122.

do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.³⁴

Pela concepção de Dworkin, os princípios não apresentam consequências jurídicas, mesmo aqueles que se assemelham às regras, pois tem a função de tão só conduzir o argumento a alguma direção, necessitando, ainda assim, de uma decisão particular.

No Brasil, Humberto Ávila reelaborou essas categorias na obra “Teoria dos Princípios”, publicada pela primeira vez em 2003, na qual propõe a superação do modelo dual entre regras e princípios, porque ambos estariam compreendidos em normas jurídicas. Assim, sugere que a distinção seja baseada no caráter pluridimensional dos enunciados normativos, além de idealizar um modelo tripartite de dissociação dos enunciados: regras, princípios e postulados.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.³⁵

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 39.

³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012. p. 85. A terceira categoria indicada pelo autor são os postulados normativos, ou seja, normas imediatamente metódicas, que servem para estruturar a interpretação e a aplicação de princípios e regras. Alguns postulados pressupõem a existência de elementos e de critérios específicos para serem aplicados, como é o caso da ponderação de bens (método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem vinculação a pontos de vista materiais que orientem a ponderação), a concordância prática, que exige a realização máxima dos valores axiológicos em jogo no caso concreto e a proibição de excesso, que veda a aplicação de uma regra ou de um princípio que restrinja um direito fundamental a ponto de lhe retirar o mínimo de eficácia. Outros postulados dependerão de determinadas condições. Nesta categoria incluem-se o postulado da igualdade, que estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos e da relação entre eles (a primeira implica no critério de diferenciação e finalidade desta distinção, enquanto a segunda busca a congruência do critério em razão da finalidade a ser atingida); o postulado da razoabilidade, que se aplica como diretriz primeira que irá exigir a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, apresentando o enfoque sob o qual a norma deve ser aplicada; o postulado da proporcionalidade, que se aplica nos casos em que existe uma relação de causalidade entre meios e fins concretamente perceptíveis (um meio será *adequado* quando promover minimamente o fim, será *necessário* quando não houver alternativa que possa promover, igualmente, o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados, e será *proporcional* quando o valor da promoção do fim não foi proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais). *Idem, ibidem*, p. 204-206.

Guardadas as distinções entre as teorias apresentadas, é consenso entre elas que os princípios são normas finalísticas, cujo conteúdo axiológico orienta a decisão sobre a aplicação da norma. Assim, o princípio da legalidade, como todos os princípios jurídicos, precisa se compatibilizar com duas ideias inerentes ao Estado de Direito que se qualifica como *democrático* e curador dos *direitos sociais* dos cidadãos: a da legalidade inserida em um sistema jurídico,³⁶ portanto, de acepção mais ampla, com

³⁶ Ao construir o conceito de sistema, que não corresponde a uma ideia única de sentido, porque traduz-se em uma série de significados construídos historicamente, Claus-Wilhelm Canaris afirma que este deve ser apto a desenvolver a adequação interna e a unidade, afastando-se, por isso, todas as definições que não possuam essas características, principalmente no que tange ao próprio Direito, pois as mais fundamentais exigências ético-jurídicas são as bases da ideia de ordem e unidade. Por conseguinte, a noção de sistema jurídico alicerça-se em um conjunto dos mais elevados valores de Direito, em especial no princípio da justiça e suas concretizações no mundo fático, bem como na segurança jurídica, que garantem a não dispersão de uma multiplicidade de valores individuais desconexos, por isso desempenhando função essencial de “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 9-23. Assim, toma-se neste trabalho o sistema jurídico como uma ordenação teológica-axiológica que conforma a unidade do Direito, estruturada por uma rede de normas fundamentadas em princípios gerais, que se conectam para formar um jogo de valores, que outorgam significado a todas as instituições jurídicas. Para aclarar este sentido, refere-se o conceito de Juarez Freitas: “[...] sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas escritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 61. Por evidente, ao se tratar de sistema jurídico nesta acepção, verifica-se que a sua integração dinâmica entre normas e princípios, propõe uma abertura, que pode ser verificada na capacidade do Direito apreender as mudanças da realidade por meio de uma leitura constitucional das suas normas, em conexão com o mundo real. É impensável, portanto, que nesta linha apenas a lei formal seja fonte do Direito Administrativo – e não é, posto que busca na Constituição, nas leis e regulamentos o arcabouço da disciplina. Disso decorre, na classificação de Robert Alexy, que o sistema jurídico é tomado com ou um sistema normativo, que o autor qualifica como de resultado ou de produtos de procedimentos que criam normas, que seria o aspecto externo do sistema, relacionado ao comportamento observável quanto à coação ou sanção prevista na norma, independente da atividade interpretativa, em oposição ao que denomina como sistema de procedimentos, que é o sistema de ações baseadas em regras e direcionadas por regras, por meio das quais as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas, que seria o aspecto interno do sistema, relacionado à motivação da sua observância ou aplicação. ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 29. A ideia de Robert Alexy acerca de sistema jurídico como sistema normativo aprofunda a proposta de Ronald Dworkin, que ao criticar o positivismo, sobretudo na versão proposta por Herbert Hart, refuta a ideia de que o sistema jurídico seria constituído apenas por regras, defendendo que, em verdade, além das regras também o integram os princípios jurídicos, formando, assim, um sistema normativo. Robert Alexy parte de dois pressupostos desenvolvidos por Ronald Dworkin para elaborar a sua teoria: (a) o de que a distinção entre regras e princípios é uma distinção de duas espécies do gênero de normas jurídicas e (b) de que a distinção entre regras e princípios tem natureza qualitativa, e não de grau. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

a de gestão e controle democráticos³⁷ da Administração Pública, por meio da participação do cidadão nos assuntos relativos ao governo.

Ao conjugar-se a ideia de sistema jurídico, como um conjunto integrado de normas e princípios, com o regime democrático, em especial com a gestão e o controle da Administração Pública por meio da participação do cidadão nos assuntos relativos ao governo, verifica-se a impossibilidade de associar o princípio da legalidade a um significado que remeta à vinculação positiva da lei, em sentido estritamente formal da validade da ação administrativa, como era a compreensão mais usual da matéria antes da vigência da Constituição de 1988.³⁸

Deste modo, o princípio da legalidade não significa que, para cada ato administrativo, para cada decisão ou providência, deva existir uma norma jurídica expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos. Refere, isto sim, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, diferentes amplitudes, admitindo maior ou

³⁷ Já o princípio democrático tem, como essência, o fato de a fonte e o exercício do poder resultar da vontade popular. O vínculo entre povo e governo pode ser considerado sob diferentes enfoques: *formal*, se apenas em relação à formação do governo; *substancial*, quanto à relação de poder, derivando, o governo, da ação popular; *teleológico*, em relação ao propósito de garantir a liberdade – e neste caso a democracia será política –, ou a consolidação da soberania do povo – democracia social. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 135. É sob o aspecto teleológico que se concebe a gestão e o controle democráticos da Administração Pública, com a garantia da participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo, também chamada de *democracia participativa*. Como típicas manifestações, pode-se referir o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de projeto de lei ao Legislativo, previstos na Constituição de 1988, no art. 14 e incisos. Outras formas estão contempladas também no texto constitucional, como no art. 10, que assegura a participação de trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação, bem como o art. 31, § 3º, que prevê que as contas dos Municípios ficarão, anualmente, pelo prazo de 60 dias à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar a sua legitimidade, conforme dispuser a lei. Interessante, quanto a este ponto, especificamente, o que dispõe o art. 37, § 3º, sobre a necessidade de legislação que discipline as formas de participação do usuário na Administração Pública, em especial quanto às reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, o acesso a informações públicas (direito fundamental previsto no art. 5º, incisos X e XXXIII, combinados) e a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo ou função pública. Soma-se a área de interesse específico da Administração, ainda, a previsão dos art. 194, *caput*, que prevê que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, bem como o art. 206, inciso VI, que, no que tange ao sistema público de ensino, traz como princípio a gestão democrática do ensino. “Com essa moldura constitucional a democracia liga-se de forma indissolúvel à cidadania. E ambas se tornam operantes quando o sujeito assume a qualidade de ator político, interferindo na lógica do sistema, aproveitando os recursos constitucionais. O cidadão pode e deve questionar a ausência de efetividade dos direitos e garantias que conquistou constitucionalmente, pleiteando a edificação do Direito justo e mobilizando-se ao redor das questões que o afetam, reivindicando o cenário público e vivenciando o clima democrático. ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2014. p. 193-194.

³⁸ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 4ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 43.

menor rigidez e, em decorrência, maior ou menor discricionariedade,³⁹ não sendo outra a razão pela qual se distingue legalidade, como princípio, da chamada reserva de lei,⁴⁰ que significa que determinadas matérias só podem ser reguladas por lei, em sentido formal ou material, a depender do que a Constituição dispuser a respeito.

Assim como ocorrido com o princípio da legalidade como vinculação positiva à lei, outro paradigma do Direito Administrativo, o da limitação da discricionariedade⁴¹ e o seu controle jurisdicional, constituíram, por muito tempo, dogmas dessa disciplina que, por outro viés, impediam a implantação do gerenciamento sobre as atividades e serviços públicos, com vistas à realização eficiente dos fins aos quais se destina.

Neste contexto, costumava-se explicar a discricionariedade administrativa a partir de uma rígida dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, estreitamente relacionado com o princípio da legalidade administrativa. É uma ideia que deriva da relação com os poderes⁴² conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

⁴⁰ A reserva legal opera em relação às matérias que a Constituição da República, as Constituições Estaduais ou leis orgânicas municipais exijam disciplina por meio de lei formal, isto é, por lei que deva ser editada pelo Poder Legislativo, de acordo com o processo constitucionalmente previsto. Como exemplo, pode-se citar a previsão do art. 68, §1º, inciso II, da Constituição, que veda ao Legislativo a delegação nas matérias relativas à nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 141.

⁴¹ Diferentes expressões são utilizadas para designar essa categoria do direito administrativo: *poder discricionário*, *atividade discricionária*, *discricionariedade*. Odete Medauar refere que, se considerado, de modo rigoroso, o sentido desses vocábulos, “[...] o *poder discricionário* seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; *atividade discricionária* refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto *discricionariedade* é a própria possibilidade de escolha.” Entretanto, o uso destas expressões, neste trabalho, terá acepção equivalente, dado que, nas palavras da referida autora, “[...] em essência, é o mesmo nas citadas denominações.” MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

⁴² O vocábulo “poder” é utilizado na acepção de *função* que, como explica Odete Medauar, tem diferentes conotações, dentre as quais, (a) a atribuição ou competência de um órgão e (b) o fim a que se destina a atividade do órgão público. Além disso, também se designa função o exercício do poder preordenado a um fim, dado que a função da Administração Pública não é livre, apresentando-se inexoravelmente condicionada a requisitos que justificam a atuação e orientam seu concreto desenvolvimento – o que, ademais, ensina Ruy Cirne Lima, quando aduz que a relação de administração é defendida pela ordem jurídica, tanto contra o agente público, quanto contra terceiros, para o atingimento das finalidades cogentes sob o influxo das quais se estrutura. *In: Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 105. Sintetizando, nas palavras da autora: “Na função, o dever surge como elemento ínsito ao poder, e desse modo a Administração concretiza, na sua atuação, o poder conferido pela norma, para atendimento de um fim. Assim, as atividades da Administração Pública configuram-se, em princípio, como função. A referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder. Os limites postos pelo ordenamento ao exercício do poder administrativo correspondem à exigência de garantir o vínculo do poder ao fim para o qual foi atribuído.” MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 122-124. Convém, ainda, lembrar, com referência a Rafael Maffini, que os poderes administrativos são instrumentos da Administração Pública, seja desempenhada pelo Poder Executivo, em função típica, ou realizada pelos Poder Judiciário e Legislativo, em função atípica, não se confundindo, portanto, com os Poderes de Estado (Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder

Pública para o cumprimento de suas funções junto à coletividade, por meio das atividades que lhe cabem.

Tradicionalmente, vinculação e discricionariedade são institutos estudados em contraposição, como se fossem antagônicos. Entretanto, deve-se nortear o exame da matéria pela ideia de que são categorias construídas no Direito Administrativo para referir as atividades desempenhadas pela própria Administração, as quais são, invariavelmente, norteadas pelo princípio da legalidade, considerado como observância a lei e ao Direito. A questão, a saber, neste ponto, é de que modo ocorre a incidência da legalidade em relação aos diferentes poderes.

Na contraposição de poder vinculado e poder discricionário, o primeiro corresponderia às matérias de reserva legal absoluta e, o segundo, a matérias de reserva legal relativa. Entretanto, as normas que compõem a ordem jurídica, ou melhor, na ilustração de Almiro do Couto e Silva, o tecido que compõe a malha legal, não é homogêneo, já que em algumas situações "ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos", mas, em outras, "os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação".⁴³ E assim há de ser no Estado contemporâneo, pois é inimaginável que a lei possa determinar, em pormenores, o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos encarregados da função administrativa em absolutamente todas as situações. Inclusive torna-se incompatível com a noção contemporânea de juridicidade administrativa a dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, pois se a atividade administrativa é vinculada à ordem jurídica como um todo, haverá sempre certo grau de vinculação do administrador ao Direito, conforme refere Gustavo Binenbojm, não sendo adequado, tecnicamente, manter a ideia de dicotomia estanque entre atos vinculados e atos discricionários, mas, ao invés, admitir-se "*diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*".⁴⁴

Executivo). MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 4ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 59.

⁴³ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário do direito administrativo brasileiro. *In: Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 68.

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 39.

Logo, a discricionariedade não pode ser compreendida como uma espécie de habilitação externa ao Direito.⁴⁵ Com efeito, é o legislador quem intencionalmente, ao disciplinar determinadas matérias, deixa a cargo da Administração decidir sobre uma, dentre várias soluções possíveis juridicamente, de acordo com critérios que só podem ser avaliados, adequadamente, diante do caso concreto.⁴⁶ A discricionariedade significa, assim, uma condição de liberdade onerosa, sujeita a vínculo, pois só vai exercer-se com base na atribuição legal, esteja implícita ou explícita, depreendida do enunciado da norma jurídica ou da rede de princípios que asseguram a congruência da decisão aos fins de interesse público, impedindo seu uso abusivo. Denota-se que permanece certa margem livre de apreciação da conveniência e da oportunidade, que orientarão dentre as respostas legalmente possíveis, a mais adequada.

A atividade discricionária, em essência, é um poder de escolha entre diferentes soluções, todas igualmente válidas para o ordenamento jurídico.⁴⁷

Essa concepção é tratada pela doutrina como “positiva”, cuja essência, conforme o critério material, é a ponderação valorativa do interesse público, ou seja, é preciso que a Administração Pública, na concreção da norma jurídico-administrativa que outorga competência discricionária, faça uma opção que promova a consecução do interesse público contemplado e em razão do qual se confere a própria discricionariedade. Trata-se, deste modo, de uma liberdade de valoração, pela Administração, do interesse público no caso concreto, de modo a adotar-se a solução jurídica que melhor o atende.⁴⁸

Germana de Oliveira Moraes, aponta uma terceira via, que chama de critério eclético para definição da discricionariedade administrativa. Segundo este, o conceito envolve três aspectos característicos, distintos e complementares: a valoração do

⁴⁵ Refuta-se, portanto, neste trabalho, o que Germana Oliveira Moraes identificou como “critério formal ou negativo” de definição da discricionariedade administrativa, pelo qual esta seria uma margem de livre decisão não regulada ou parcialmente regulada pelo Direito, atribuída pela norma à Administração, ou, ainda, como a possibilidade de escolha entre várias soluções jurídicas. Seria, assim, uma área de livre atuação administrativa. A autora, aliás, indica alguns defensores deste critério, especialmente no direito português, como Marcelo Caetano, André Gonçalves Pereira e Diogo Freitas do Amaral. Com maior detalhamento: MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 38.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62.

⁴⁷ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed.. São Paulo: Manole, 2006. p. 152. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 127.

⁴⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 39.

interesse público, a falta de determinação precisa na norma do que venha a ser o interesse público e a margem de liberdade de decisão atribuída pela norma à Administração. A partir dessa ideia, define a discricionariedade como resultado da abertura normativa através da qual a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para conformar o Direito no caso concreto, complementando a previsão aberta da norma, estabelecendo, assim, os efeitos parcialmente previstos por ela, em uma atividade de ponderação valorativa de interesses, buscando sempre a melhor realização do interesse público.⁴⁹

A discricionariedade administrativa funciona, assim, como uma válvula móvel de abertura normativa dentro do sistema jurídico, existente para a Administração amoldar o seu agir às necessidades concretas da situação fática. Distingue-se da metodologia dominante de atribuição legal de competências aos administradores, de maneira vinculativa. Não deixa de ser, por isso, uma técnica que satisfaz o princípio da legalidade, dado que também decorre de uma atribuição de competência.⁵⁰

Contudo, ao se referir a “abertura normativa” do sistema jurídico para permitir que o ordenamento se estruture em um tecido formado por malha cujos fios são mais abertos – para utilizar o eufemismo de Almiro do Couto e Silva –, é preciso conhecer outras técnicas, além da discricionariedade, que visam a esse efeito, mas que são com ela inconfundíveis. Tal é o caso dos conceitos jurídicos indeterminados, que embora seja a expressão que se generalizou, refere-se, como aduz Hartmut Maurer, a conceitos legais indeterminados.⁵¹

Esta categoria ora é identificada como elemento de uma mesma técnica de abertura normativa, caracterizando discricionariedade quanto aos pressupostos normativos, ora é distinguida, por ser considerada uma expressão que carece da interpretação do aplicador da norma para a exata compreensão do direito em pauta. Aliás, a confusão entre estas técnicas, ao longo da história do Direito Administrativo,

⁴⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 45.

⁵⁰ Rafael Maffini refere tratar-se, a discricionariedade, de uma espécie de “válvula de escape” da metodologia vinculada de atribuição legal de competências. MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 62. Opta-se, neste trabalho, por usar a expressão “válvula móvel”, no sentido de caracterizar a ferramenta que permite ao administrador regular a atuação administrativa em concreto, podendo mover-se em diferentes sentidos, de acordo com o número de soluções comportada pela norma jurídica, bem como em intensidade, conforme o grau de discricionariedade atribuído à Administração pelo ordenamento jurídico – cujo exercício, lembre-se, é a este sempre limitado.

⁵¹ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed.. São Paulo: Manole, 2006. p. 153.

tem significado um gravíssimo peso – nas palavras de Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón-Fernandez –, que vem sendo aliviado por obra da doutrina e jurisprudência alemãs contemporâneas em matéria de Direito Público, levando essa distinção a suas últimas consequências.⁵²

Karl Engisch, ao elaborar a sua “Introdução ao pensamento jurídico” e, com isso, propor uma aproximação com a lógica e a metódica do pensamento jurídico, inicia sua explanação sobre o assunto afirmando que “Por *conceito indeterminado* entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito”,⁵³ porque delimitam o âmbito de realidade a que se referem, de uma maneira precisa e inequívoca, tais como os numéricos, especialmente os de medida e os monetários.

Já pela técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, a lei refere uma esfera de realidade cujos limites nem sempre aparecem bem precisos em seu enunciado,

⁵² GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo**. vol. 1. 1ª ed.. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 465. Hartmut Maurer explica que refere que é antiga a teoria que relaciona o poder discricionário relativo ao antecedente, ou tipo da norma, sustentada a ideia de que, pelo emprego de conceitos jurídicos indeterminados, as autoridades administrativas teriam um espaço de poder discricionário, orientado pelos princípios gerais. De acordo com esta concepção, a jurisprudência do tribunal administrativo federal alemão revisou, muitas vezes, conceitos jurídicos indeterminados de forma limitada, assumindo, em breve, outra concepção, de conceitos jurídicos indeterminados são completamente revisáveis judicialmente, porque a administração, neste caso, não tem um espaço de apreciação. Assim ocorreu na análise, por exemplo, de conceitos como "fundamento importante", "dignidade de monumento de uma construção", "bem-estar da coletividade" e "interesse do cuidado médico da população", apenas para referir alguns exemplos trazidos pelo autor. A exceção a essa formulação está apenas em casos excepcionais, que devem ser justificados por fundamentos especiais, deixando-se de apreender das regulações legais correspondentes. A mesma linha é adotada pelo tribunal constitucional federal alemão, que traça uma diferença em relação a restrições aos direitos fundamentais, hipótese na qual as exceções são mais limitadas. De acordo com essa orientação, os tribunais administrativos estão, em regra, obrigados a revisar as decisões da administração pública em sentido material e jurídico de forma ilimitada, também quando se tratar da aplicação e concretização de conceitos jurídicos indeterminados, porque um espaço livre de decisão, que fosse ilimitado, somente entraria em consideração quando os conceitos jurídicos indeterminados, por causa da alta complexidade dinâmica e social, fossem tão vagos e a sua concretização pela Administração Pública, tão difícil, que o controle judicial esbarrasse nos limites funcionais da jurisdição. O autor refere uma vez na qual essa possibilidade foi aludida, no exame relativo à profissão, na qual o tribunal reconheceu um espaço de apreciação, que chamou de "espaço de avaliação", mas mais fortemente restringido, em relação à jurisprudência mais antiga do tribunal administrativo federal, que a equiparava a discricionariedade administrativa. O caso referido é o *BVerfGE* 84, 34,50. Para Hartmut Maurer, sistematizando a jurisprudência alemã, um "espaço de apreciação" só existe nos seguintes casos: (1) Decisões sobre exames (exame final do ensino secundário, exames estatais etc.); (2) decisões semelhantes a exames; (3) apreciações jurídico-funcionalistas; (4) decisões do tipo valorativo, tomadas por comissões livres de instrução, compostas necessariamente por peritos e/ou representantes de interesses; (5) decisões sobre prognósticos e avaliações de risco, sobretudo, no âmbito do direito ambiental e do direito econômico; (6) decisões referentes a fatores individuais, dados ao conceito jurídico indeterminado, em especial, do tipo político-administrativo. MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed.. São Paulo: Manole, 2006. p. 157-159.

⁵³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 208.

não obstante ser possível a determinação no momento de aplicação da norma. A lei utiliza conceitos de experiência ou de valor porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Assim, a indeterminação do conceito jurídico pode decorrer de uma pluralidade de sentidos de uma palavra ou de várias, que exprime(m) o conceito, situação perante a qual é a interpretação a partir do contexto concreto que se exprime com maior certeza qual dos sentidos é mais bem empregado em cada caso.⁵⁴

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón-Fernandez aduzem que isto é o essencial, no que tange aos conceitos jurídicos indeterminados: a indeterminação do enunciado, que não se traduz em uma indeterminação das suas aplicações, as quais só permitem uma unidade de solução justa em cada caso, que é aquela que se chega mediante uma atividade de cognição e não de volição.⁵⁵ Os autores esclarecem, ainda, que a afirmação de existir uma única solução justa não significa que haja apenas uma conduta capaz de merecer, entre todas as possibilidades, a qualificação que o conceito aponta. O que se quer referir com essa ideia é que em cada caso, dada a conduta objeto de apreciação, o exame será feito mediante apreciação por juízos disjuntivos (ou seja, sob a forma de alternativas) de duas hipóteses possíveis, mas antagônicas, implicando em uma afirmação ou negação.

Evidentemente, o raciocínio lógico sobre o conteúdo material de um conceito jurídico indeterminado, visando à aplicação de um preceito normativo, é muito diferente do exercício de um poder discricionário. Este permite, ao contrário dos conceitos jurídicos indeterminados, uma pluralidade de soluções justas, igualmente válidas perante o Direito, cuja escolha, na prática, é tarefa atribuída Administração Pública, por meio da autoridade competente. Mais uma vez é oportuna a lição de Karl Engisch:

O autêntico “poder discricionário” é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada (eventualmente “articulando” o seu ponto de vista com a deliberação tomada no seio de uma agremiação ou colégio) a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um “resto” de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer

⁵⁴ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 259-260

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo**. vol. 1. 1ª ed.. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 465.

o seu próprio “ponto de vista”. Deste modo será precisamente este ponto de vista, ao qual chega o funcionário que actua ou julga no exercício e em cumprimento dos “deveres” do cargo, e que ele talvez tenha alcançado depois de vencidas várias dificuldades, será este ponto de vista, dizia, que se tornará em critério do juridicamente justo ou correcto, ao lado dos critérios gerais que delimitam o poder discricionário. Aquilo que há de individual no caso concreto torna-se então relevante, não sob o aspecto objetivo (o lado das circunstâncias particulares) apenas, mas também sob o aspecto subjectivo (do lado da instância que julga e aprecia). O que há de individual no objeto (no caso concreto) e a individualidade do sujeito (daquele que aprecia o caso) convergem num certo ponto.⁵⁶

É interessante notar que, na lição de Karl Engisch, paralelamente a critérios gerais que delimitam o poder discricionário – em matéria de Direito Administrativo, estes seriam, necessariamente, norteados pelo princípio da legalidade, como observância ao bloco de juridicidade –, tem relevo o ponto de vista individual do agente que “consciente da sua responsabilidade”, decide por qual das soluções cabíveis dentro da competência discricionária melhor satisfaz o interesse em questão. Em conclusão, o jurista alemão aduz que “tal decisão não se refere apenas ao individual, mas é ela mesma manifestação de uma individualidade”.⁵⁷

Apresentada a definição de discricionariedade administrativa adotada neste trabalho, bem como a sua distinção da noção de conceitos jurídicos indeterminados, faz-se necessário analisar a concepção e a estrutura da norma jurídica para localizar a discricionariedade administrativa nos seus componentes lógico-formais.

⁵⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 222.

⁵⁷ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 223.

A norma jurídica, um dos conceitos básicos da teoria do Direito que já foi objeto de diferentes opiniões,⁵⁸ é tomada como uma composição linguística⁵⁹ de estrutura condicional que expressa um juízo imaterial, construído intelectualmente pelo intérprete.⁶⁰ São diferentes, assim, norma e enunciado da norma,⁶¹ cuja formulação pode ocorrer de tantas maneiras quantas as possibilidades linguísticas permitirem, sendo capaz de possuir diferentes significados, de acordo com o operador de linguagem utilizado. Deste modo, é possível alterar o enunciado, sem modificar a norma em si. Além disso, um só enunciado pode conter diversas normas ou apenas

⁵⁸ A expressão é plurissignificativa. Tércio Sampaio Ferraz Júnior refere que, primeiramente, os juristas veem a norma como *proposição* que diz como *deve ser* o comportamento, isto é, uma proposição de dever-ser, razão pela qual pode ser compreendida como “imperativo condicional, formulável conforme proposição hipotética, que disciplina o comportamento apenas porque prevê, para sua ocorrência, sanção. Tudo conforme a fórmula: se A, então deve ser S, em que A é conduta hipotética, S a sanção que segue à ocorrência da hipótese; dever-ser será o conectivo que une os dois termos. Nesse caso, a norma seria propriamente um diretivo, isto é, uma qualificação para o comportamento que o tipifica e o direciona”. Além disso, o doutrinador alude que os juristas também costumam conceber normas como *prescrições*, ou seja, como atos de vontade impositiva que estabelecem disciplina para a conduta, abstração feita de qualquer resistência. “A *norma* como *prescrição* também se expressa pelo dever-ser, que significa então impositivo ou impositivo de vontade. Dessa vontade não se abstrai, permanecendo importante para a análise da norma a análise da vontade que prescreve. Na verdade, para o reconhecimento da prescrição como norma jurídica, essa vontade é decisiva, posto que sem qualidades prescritoras (inabilitada, ilegítima, sem autoridade, sem força) não produzirá norma. Normas são, assim, imperativos ou comandos de uma vontade institucionalizada, isto é, apta a comandar”. Por fim, traz um terceiro significado para norma: um fenômeno complexo que envolve não apenas a vontade de seu comando, mas também diferentes situações estabelecidas entre partes que se comunicam, caso em que a norma é vista como *comunicação*, ou em outras palavras, “troca de mensagens entre seres humanos, modo de comunicar que permite a determinação das relações entre os comunicadores: subordinação, coordenação. Para a análise da norma como comunicação, torna-se importante não só a mensagem (proposição), não só as qualidades do prescritor, mas também a identificação dos sujeitos, seu modo de reação às prescrições, sua própria qualificação como sujeito.” Nesta acepção, defende o autor, a norma torna-se o centro de uma série de problemas, desde a determinação da vontade normativa, relacionada à teoria das fontes do direito, passando pela determinação dos sujeitos normativos (que diz respeito à teoria dos direitos subjetivos, capacidade, competência, responsabilidade), até a determinação das mensagens normativas (que tem a ver com a teoria das obrigações, das permissões, das faculdades, das proibições normativas, dentre outras). FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003. p. 100-101.

⁵⁹ Humberto Ávila, ao analisar a segurança jurídica em longo estudo, parte de um processo progressivo de delimitação semântica, especialmente em razão da plurissignificação da própria expressão. Para tanto, analisa-a sob diversos aspectos, dentre os quais o histórico, o sociológico, o filosófico e o jurídico-dogmático, aspecto no qual se avalia o tema relativamente ao ordenamento jurídico, buscando saber o que é e quais são as exigências da segurança jurídica. Nesta busca, uma das formas de verificação é com base na norma jurídica, de um lado, procurando entender o sentido e os fundamentos da segurança jurídica na Constituição e, por outro, no seu contexto normativo – para o que se vale do conteúdo e da eficácia da segurança jurídica tanto na sua dimensão estática, quanto na dimensão dinâmica. Para mais, ver: ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁶⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito (o Constructivismo Lógico-Semântico)**. 2012. 216 p. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. São Paulo, 2009. [on-line] Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9427. Acesso em 25/09/2015.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 33.

parte de uma norma, o que diferencia significante (enunciado) e significado (norma). Em síntese, na elaboração de Paulo de Barros Carvalho, “a norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo”⁶².

Discorrendo sobre a identificação da norma jurídica, André Saddy traz quatro propriedades, na esteira das lições do jurista David Duarte, quais sejam:

...é um dever ser, uma vez que identifica a idealização de um estado de coisas, independente da realidade; consiste na ordenação de determinado sentido, já que determina sempre qualquer coisa que lhe confere sentido; é hipotética, pois depende da verificação das condições especificamente estipuladas do seu sentido; e geral, uma vez que seus destinatários são indetermináveis.⁶³

É de acordo com a propriedade hipotética da norma, que se faz possível estudar os seus elementos estruturantes. Durante muito tempo a dogmática jurídica trabalhava com uma premissa dualista acerca da estruturação da norma jurídica – mérito de elaboração da doutrina alemã, primeira a verificar que a problemática da discricionariedade deriva da importação metodológica fundamentada na análise da estrutura da norma – assim dividida: a hipótese ou previsão, que seria a descrição do suporte fático⁶⁴ (*Tatbestand*), e o preceito⁶⁵ ou estatuição (*Rechtsfolge*).

Entretanto, na atualidade, a configuração binária cedeu espaço para uma identificação tríplice da estrutura normativa, abrangendo uma previsão, que diz respeito às condições de verificação do sentido do dever-ser, também denominada como antecedente, hipótese ou fato-tipo; um operador deôntico, relativo à modalidade de dever-ser que a norma incorpora, também chamado de união ou cúpula; e uma estatuição, relacionado ao campo de incidência do sentido do dever-ser, também conhecido como consequência jurídica ou mandamento.

⁶² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40.

⁶³ SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, maio-ago./2015. p. 159.

⁶⁴ Segundo a lição de Marcos Bernardes de Mello, “Quando aludimos a suporte fático estamos fazendo referência a algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. *Suporte fático*, assim, é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois de que se concretizam (= ocorram) no mundo os seus elemento é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, poder-se-á falar em conceitos jurídicos”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 10ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 36.

⁶⁵ O preceito, também chamado de disposição ou consequência jurídica, constitui a parte da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos. Representa, assim, a disposição normativa sobre a eficácia jurídica. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 10ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 56.

David Duarte, tratando da tríplice estrutura normativa, analisa especificamente o antecedente, concluindo que nele só podem estar contidas ou ações humanas, como a descrição de um comportamento como objeto, ou uma situação fática, quando o conteúdo é qualquer tipo de realidade não relacionada ao comportamento humano.⁶⁶ Dentre as tarefas do antecedente normativo, o autor refere a de definir as condições necessárias para a ocorrência da consequência, ou seja, para a aplicabilidade da norma, o que implica em uma escolha prévia acerca das ocorrências relevantes juridicamente, dentro de um universo infinito de ocorrências fáticas – o que também permite que se mapeiem os conflitos normativos, indicando se eles são ou não solucionáveis.

Já o operador deôntico funciona como um conectivo condicional que atrela o antecedente ao consequente, o “dever-ser” situado no domínio ontológico, distinguindo-se do “ser”. Paulo de Barros Carvalho distingue as normas que possuem um operador deôntico neutro, que nunca aparece modalizado, de outro, na forma de conectivo intraproposicional, ou seja, inserido no consequente da norma. O primeiro deriva de ato de vontade da autoridade que legisla, pois não fosse isso, o antecedente não estaria conectado à estatuição. Já o segundo, tem caráter intraproposicional e aproxima dois ou mais sujeitos em torno de uma previsão de conduta que deve ser cumprida por um e pode ser exigida pelo outro. Nesta hipótese, o “dever-ser” aparece nos seguintes modais: proibido, permitido e obrigatório.⁶⁷

A estatuição, ou consequência jurídica da norma, tem a função de prescrever condutas intersubjetivas. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, “o prescritor da norma é, invariavelmente, uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória”.⁶⁸ É exatamente a modalização das condutas interpessoais, proporcionada pelo operador deôntico, que enseja, na moldura dada pela norma, o sentido jurídico, que, ao se tratar de discricionariedade, é um dentre uma gama possibilidades de aplicação do direito.

⁶⁶ DUARTE, David. An experimental essay on the antecedent and its formulation. *i-lex*, nº 16, 2012. p. 42. [on-line] Disponível em: <http://www.i-lex.it/articles/volume7/issue16/duarte.pdf> Acesso em 01/11/2015.

⁶⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50-51.

⁶⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

A norma jurídica é, então, a conjugação estrutural desses três elementos,⁶⁹ localizando-se, a discricionariedade administrativa, no operador deôntico e/ou na estatuição – quando não se tratar de norma em que os próprios termos literais caracterizam a consequência jurídica como discricional, resultando em uma atribuição textual de discricionariedade, sendo despicienda a análise dos seus componentes lógico-estruturantes. Afirma-se a localização da discricionariedade no operador deôntico e/ou na estatuição porque, como referido, o antecedente só pode conter ações humanas (descrição de um comportamento como objeto) ou situação fática (algum tipo de realidade não relacionada ao comportamento humano), no qual não há espaço para liberdade ou volição da Administração Pública.

Ao abordar-se a localização da discricionariedade no operador deôntico e/ou na estatuição, torna-se necessário, ainda que sucintamente, assentar o tipo de norma investigada, se de estrutura ou de conduta. Isto diz respeito a uma análise mais fina da composição normativa. As primeiras tem um caráter mediato, porque requerem outra prescrição, de modo que a orientação dos comportamentos intersubjetivos depende de unidades que serão produzidas sequencialmente. Já as segundas, ao

⁶⁹ Antes da elaboração doutrinária da tripla estruturação da norma jurídica e ainda sob a perspectiva binária, foram elaboradas três diferentes linhas sobre a localização da discricionariedade nos componentes lógico-estruturantes da norma. A primeira compreende a discricionariedade administrativa como margem de volição para eleger, no caso concreto, entre a adoção ou não de uma estatuição ou outra ao se tratar de normas de estrutura condicional que não obrigam a adoção da estatuição nelas positivadas ou quando não determinam previamente a estatuição que deva ou possa ser adotada. Esta é uma concepção reducionista, majoritária na doutrina alemã, que identifica a discricionariedade administrativa como a indeterminação das consequências jurídicas das normas jurídico-administrativas, negando que possa estar localizada no suporte fático destas normas. Partindo destas premissas, Mariano Bacigalupo traz a seguinte definição: “Con otras palabras, se concibe la discrecionalidad como margen para *optar* entre las siguientes *conductas* (*Verhaltensmessen*), una vez que en la aplicación de una norma de estructura condicional se ha verificado (¡en un plano estrictamente *cognitivo!*, se afirma) la presencia de un caso *subsumible* bajo el supuesto de hecho normativo” BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 116. A segunda linha defende que a discricionariedade não é produzida somente na indeterminação das estatuições, mas também na previsão das normas jurídico-administrativas. É a chamada teoria unitária (ou ampla), porque busca definir uma categoria unitária de discricionariedade administrativa, explicando-a por meio do que denomina como “verdadeiras margens de decisão administrativa” também no suporte fático. A última linha doutrinária sustenta que a discricionariedade administrativa somente se localiza na previsão das normas jurídico-administrativas, a partir da premissa de que a sua inexistência ou imperfeição que provoca a margem de atuação administrativa discricional. Em outras palavras, a discricionariedade só poderia estar situada no suporte fático, seja em razão da sua inexistência ou imperfeição, o que acarretaria um alto grau de indeterminação da previsão normativa. Ocorre que, com a superação da configuração binária da norma jurídica, como referido alhures, surgem novas alternativas para análise da questão, especialmente considerando o operador deôntico como um dos elementos estruturantes da norma. Deste modo, o presente trabalho, seguindo a doutrina da tripla estruturação da norma jurídica, afasta-se das teorias relacionadas ao modelo binário, por serem incompatíveis com as premissas adotadas.

contrário, tem caráter imediato, com vistas a ordenação da conduta, como objetivo último, esgotando a sua qualificação e orientando-a em termos decisivos finais.⁷⁰

Nas normas de estrutura a discricionariedade estará localizada na consequência jurídica, eis que é possível compreender a existência de uma habilitação para dispor de forma autônoma. De outro lado, as regras de conduta terão a discricionariedade administrativa situada no operador deôntico (quando se tratar de norma permissiva e que não compreenda mais de um efeito) ou na própria estatuição (norma de imposição ou proibição em que é necessária, mais de uma alternativa ou em disjunção).⁷¹

1.1.2 Fundamentos metodológicos para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a partir da estrutura e da programação normativa

A verificação da estrutura lógico-formal das normas habilitadoras de discricionariedade é pressuposto para o exame dos limites intrínsecos do controle jurídico da sua aplicação, permitindo, de um lado, delinear o alcance e a intensidade do controle do seu exercício, e de outro, os critérios e parâmetros para o controle de constitucionalidade da sua atribuição. Com efeito, paralelamente à análise da estrutura da norma jurídica, também é necessário verificar, como afirma Gustavo Binbenbojm, os procedimentos administrativos adotados para o atingimento do fim almejado pela norma e, por conseguinte, do próprio exercício da discricionariedade, bem como as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios:

A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Não obstante, a definição da *densidade do controle* não segue uma lógica puramente *normativa* (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os *procedimentos* adotados pela Administração e para as *competências e responsabilidades* dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que poderia intitular *jurídico-funcionalmente adequado*⁷².

⁷⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64.

⁷¹ SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, maio-ago./2015. p. 163.

⁷² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 39-40.

O primeiro aspecto, da estrutura lógico-formal das normas habilitadoras de discricionariedade, foi objeto do item 1.1.1 deste trabalho, no qual afirmou-se que a discricionariedade administrativa localiza-se no operador deôntico e/ou na estatuição, que são espaços hábeis a conferir liberdade decisória à Administração Pública. Como visto, isso não pode ocorrer no antecedente, porque só contem ações humanas ou situações relevantes juridicamente, retratando a realidade da vida em sociedade que, se concretizada, implica na aplicação da consequência jurídica.

Os espaços de abertura normativa verificados no antecedente afastam-se da discricionariedade administrativa, aproximando-se muito mais dos conceitos jurídicos indeterminados,⁷³ que não habilitam a Administração para decidir sobre a incidência ou não das consequências jurídicas, ou se necessariamente incidentes, sobre qual consequência jurídica aplicar em cada caso. No antecedente, os conceitos jurídicos indeterminados reclamam um processo interpretativo integrativo da norma jurídica, que implica no dever de justificação lógico-argumentativa do sentido em que tomada a expressão de conteúdo vago. Vale alertar que, com isso, não se está afirmando que os conceitos jurídicos indeterminados possam estar *apenas* no antecedente; pelo contrário: podem estar em qualquer das estruturas lógico-formais da norma jurídica, gerando, de igual forma, ao operador do direito o referido dever de justificação. O que se afirma, e neste ponto cabe o esclarecimento, é que a abertura normativa dos conceitos jurídicos indeterminados, verificada no antecedente, que, assim como a discricionariedade, também permite a inserção de valores consagrados pelo ordenamento jurídico, a exemplo da ligação com outras normas jurídicas e a concretização dos princípios fundamentais do Direito, requer exclusivamente interpretação, que diz respeito à avaliação do sentido da norma, e não

⁷³ Em sentido contrário, Mariano Bacigalupo afirma que "... la aplicación de conceptos normativos indeterminados em su *zona de incertidumbre* y el ejercicio de la discrecionalidad no son sino modalidades de un mismo fenómeno: la *perfección* o integración em sede aplicativa del supuesto de hecho *imperfecto* (indeterminado o inacabado) de uma norma jurídico-administrativa". (BACIGALUPO, Mariano. **La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, controle judicial y límites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 205-206. Andreas Krell também se filia à linha doutrinária unitária, negando diferença qualitativa entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados: "Ambos os fenômenos apresentam tantas concordâncias teóricas, positivas e dogmáticas que o seu posicionamento normativo-estrutural (hipótese ou mandamento) não serve mais como um "guia de diferenciação". Essas características comuns revelam um "modelo básico uniforme" de espaços livres na atuação administrativa, nos quais a última decisão sobre certos aspectos do caso concreto pertence aos órgãos executivos competentes, e não aos tribunais, fato que não impede o controle judicial em relação à correta ponderação administrativa". (KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 43)

discricionariedade, que habilita a autoridade competente para eleger a melhor solução ao caso concreto, decidindo sobre agir ou não agir, ou, em agindo, qual a melhor alternativa a ser adotada.

Outra importante ressalva, no plano dogmático, é que a definição da localização da discricionariedade na norma jurídica-administrativa, conforme admitida neste trabalho, não pretende fazer uma distinção absoluta entre questões fáticas situadas no antecedente e questões jurídicas fixadas nas consequências da norma – o que contrastaria com as bases da teoria geral do processo de aplicação do direito. Neste ponto, vale referir a doutrina de Mauro Bove, que ao tratar do processo de aplicação do direito, também afirma que o ponto de partida deve ser a norma jurídica e a sua estrutura.⁷⁴ Para ele, a norma é uma proposição de dever, na qual há um pressuposto (conjunto de fatos, suporte fático, *fattispecie*) e uma consequência, de modo que, ocorrendo os fatos, tem aplicação.

Contudo, este não é um processo automático. Depende de um silogismo na descrição do modo com o qual a norma jurídica é aplicada. O silogismo consiste em duas premissas e uma conclusão. No processo de aplicação do direito, a premissa maior contém a enunciação de uma norma jurídica, enquanto a premissa menor descreve a *fattispecie* enunciada. Enfim, na conclusão se fixa a consequência.⁷⁵ A partir desta lógica, o processo de aplicação do direito pode distinguir, em um primeiro momento, uma linha puramente lógico-conceitual, a qual se segue uma perspectiva aplicativa, implicando-se reciprocamente pressupostos fáticos e consequências jurídicas. O problema surge quando se move o foco de análise para o conteúdo da premissa menor, ou seja, para os pressupostos fáticos, que definem, em concreto, a

⁷⁴ BOVE, Mauro. **Il Sindacato Della Corte di Cassazione – Contenuto e Limiti**. Milano: Giuffrè, 1993. p. 25-26.

⁷⁵ A premissa maior, relacionada ao enunciado da norma jurídica, seria o seu próprio conteúdo textual Utilizando-se, como exemplo, o art. 2º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde, que será tratada com mais detalhamento no segundo capítulo desta dissertação. No art. 2º, o enunciado seria: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. A premissa menor, por sua vez, consistiria em: “A saúde é um direito fundamental do ser humano”. Como se vê, não contém ação humana ou situação fática na sua descrição, apenas reafirmando o direito social previsto no *caput* do art. 6º da Constituição da República, relevante juridicamente para a sociedade brasileira. A consequência da norma estaria em: “devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Salienta-se, ainda, que a adoção do silogismo proposto por Mauro Bove, neste trabalho, não contrasta com a defendida tríplice estruturação normativa. O antecedente se identifica com a premissa menor, enquanto a consequência jurídica é a mesma em ambos os casos O operador deôntico, que no caso é obrigatório, encontra-se modalizado na palavra “devendo”, que é a forma do dever-ser incorporado pela norma.

aplicação na norma, havendo, portanto, eficácia jurídica. Segundo Mauro Bove, é então que surgem algumas perguntas: quando o juiz afirma que houve a realização em concreto da *fattispecie* da norma, isso implica em um juízo sobre o fato ou um juízo sobre o direito? Ou, neste processo, compreende um julgamento conjunto sobre a questão de fato e a questão de direito?⁷⁶

Permanecendo ainda na teoria geral do processo de aplicação da norma jurídica, devemos notar, ainda segundo Mauro Bove, que todas as construções que procuraram apoiar a distinção lógica entre questão de fato e questão de direito na premissa menor, tem uma coisa em comum: acreditar que tal distinção só é possível, se e na medida em que tem uma dupla racionalização, dada a percepção, de um lado, sob o plano jurídico da realidade (ou pré-jurídica, pois é a análise da ocorrência da situação descrita na norma) e, de outro, sob plano da apreciação jurídica, propriamente dita (que diz respeito à aplicação das consequências previstas na norma).

Não se pode, de fato, manter separados os dois juízos (aquele de fato daquele de direito), que ocorrem ao mesmo tempo, e não em dois atos distintos, pois nem sempre se captura, na premissa menor do silogismo jurídico, este duplo ato mental, ao afirmar que em concreto se verificou a *fattispecie* legal.⁷⁷

Como se verifica, o processo de aplicação da norma jurídica decorre de uma operação hermenêutica⁷⁸ e é influenciado pela linguagem, através da significação que

⁷⁶ BOVE, Mauro. **Il Sindacato Della Corte di Cassazione – Contenuto e Limiti**. Milano: Giuffrè, 1993. p. 27. O processo interpretativo realizado pela doutrina mais antiga, indicada por Mauro Bove, era o de subsunção que, de todo, já foi superado pela ideia de que a premissa menor pode comportar tanto uma questão de fato, quanto de direito, independentemente da subsunção à norma jurídica.

⁷⁷ BOVE, Mauro. **Il Sindacato Della Corte di Cassazione – Contenuto e Limiti**. Milano: Giuffrè, 1993. p. 76-77.

⁷⁸ A linguagem jurídica pressupõe, enquanto dogmática, um conjunto de instituições criadas para viabilizar a busca do bem-estar social da comunidade em que atua. Contudo, estas instituições não se restringem à língua enquanto um conjunto de leis codificadas, signos fonológicos e léxicos alheios ao tempo e ao caso em que incidem. E por ser a linguagem universal, reportamo-nos aqui a *locus* jurídico que a mesma abriga. Neste aspecto, Hans-George Gadamer sustenta que “Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 490. Carlos Maximiliano define hermenêutica jurídica como a ciência que tem por objeto estudar e sistematizar os processos aplicáveis, para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito, distinguindo-a da interpretação, que é uma técnica específica pela qual se utilizam os meios para chegar aos fins colimados pelo Direito. Assim, a interpretação, que descobre e fixa os princípios, é a aplicação da hermenêutica, que é a teoria científica da arte de interpretar. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. A visão de Gadamer provocou uma virada ontológica e universal da hermenêutica, orientada ao problema das ciências do espírito. Influenciado fortemente pela hermenêutica existencial de Martin Heidegger, promoveu um avanço substancial no

se obtém a partir da leitura do texto de direito positivo. É um produto da mente humana, resultado da percepção do mundo exterior. Paulo de Barros Carvalho sintetiza afirmando que a norma jurídica é exatamente o juízo que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Sendo assim, um único texto pode provocar diferentes significações, de acordo com as diversas noções que sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador.⁷⁹

A linguagem jurídica pressupõe, enquanto dogmática, um conjunto de instituições criadas para viabilizar a busca do bem-estar social da comunidade em que atua. Contudo, estas instituições não se restringem à língua enquanto um conjunto de leis codificadas, signos fonológicos e léxicos alheios ao tempo e ao caso em que incidem. Nas palavras de Rogério Gesta Leal: “Ao contrário, o discurso constitui-se

estudo da moderna hermenêutica, com a publicação, em 1960, da obra “Verdade e Método”, na qual se empenhou em realizar uma revisão crítica da estética moderna e da teoria da compreensão histórica e, por conseguinte, uma nova hermenêutica fundamentada na ontologia da linguagem. Assim, buscou esclarecer o próprio fenômeno da compreensão em toda a experiência humana sobre o mundo, dado que a situação interpretativa não seria mais que uma pessoa qualquer interrogando determinado objeto, para o que se faz necessário o estabelecimento de métodos próprios à situação concreta que se lhe apresenta. Gadamer propõe uma dialética alicerçada na estrutura do “ser” de Heidegger e na estrutura prévia da compreensão abordada na obra deste autor, “Ser e Tempo”. O primeiro objetivo é eminentemente fenomenológico, pois enquanto o método desenvolve um modo de questionar que desoculta a coisa, a dialética hermenêutica abre-se a um questionamento sobre o ser da coisa por ela própria, quando por si mesma desocultada. Entre outras proposições, Gadamar afirma que todo o processo de conhecimento se encontra através da hermenêutica científico-espiritual, que supera a hermenêutica do historicismo (que tinha como objetivo um conhecimento da historicidade universal do saber humano) pela revalorização do mundo com a hermenêutica da facticidade e pela auto-aplicação do próprio historicismo, de acordo com o momento histórico, que acaba culminando no cientificismo. Disso decorrem categorias-chaves da hermenêutica gadameriana, como o pré-conhecimento do sujeito cognoscente, segundo a qual nunca haverá uma compreensão pura da história, livre das influências temporais, nem tampouco sem referência ao passado, o que constitui condição de compreensão transcendental, bem como de círculo hermenêutico, de estrutura ontológica e universal, é uma correlação de definição entre o todo e as partes, a partir de um ponto de vista determinado por um sujeito, em determinado tempo, para uma determinada combinação. Para mais, ver: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Esta categoria, antes de Gadamer, foi trabalhada por Wilhelm Dilthey (1833-1911), na obra “Essência da Filosofia”, publicada pela primeira vez em 1907. DILTHEY, Wilhelm. **Essência da Filosofia**. Tradução de Manuel Frazão. Lisboa: Editorial Presença Ltda., 1984. A noção de círculo geralmente é substituída pela expressão espiral hermenêutica, que indica o processo de compreensão que se dá por várias idas e vindas, sendo que a cada volta nesta espiral o intérprete não se encontra mais no mesmo nível de conhecimento do ponto de partida, à qual Karl Larenz assim se refere: “A imagem do ‘círculo’ não será adequada senão na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida – então tratar-se-ia de uma tautologia –, mas de que eleva a um novo estágio a compreensão do texto”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.p. 286. Sobre o enfoque dado à hermenêutica jurídica, além das obras citadas, ver: PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

⁷⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40.

numa fala, ou seja, uma enunciação que utiliza concretamente os signos do código, um acontecimento situado no tempo”.⁸⁰

Neste sentido, Castanheira Neves afirma que o atual problema da interpretação jurídica está que o mesmo sofre, atualmente, uma mudança de perspectiva do contexto metodológico, pois não se pode mais conceber estritamente como interpretação da lei dissociada de quaisquer finalidades, como algo mecânico ou, quiçá, elaborativo e restrito ao texto normativo, mas, sobretudo, deve-se pensar nessa interpretação como a própria realização do direito.⁸¹

A partir deste raciocínio e voltando ao que explicava Mauro Bove, ao tratar do processo de aplicação da norma jurídica, admitindo-se que até mesmo a premissa menor, ou *fattispecie* ou estatuição, possa comportar, além de questões fáticas, jurídicas, cuja definição dos limites é, ainda hoje, em certa medida, desconhecida,⁸² pode-se afirmar que a manutenção de uma dicotomia meramente conceitual entre questão de fato e questão de direito mostra-se vazia de sentido e, em boa medida, consiste em uma alienação em relação aos progressos alcançados pela teoria geral do direito, que põe em xeque os pressupostos dessa distinção quanto à possibilidade de serem logicamente separadas as duas questões, à praticabilidade mesma da subsunção e ao modesto papel do silogismo aparente.

Os genéricos pressupostos que põe em teste essa dicotomia são chamados por Danilo Knijnik de “causas de releitura” e podem ser divididos em três: causa hermenêutica, causa dogmática e causa processual, vinculados, respectivamente, à teoria geral do direito, à dogmática jurídica e à teoria geral do processo.

A causa hermenêutica é entendida como o conjunto de progressos e reflexões operados no âmbito da teoria geral do direito, que demonstra a impraticabilidade de

⁸⁰ LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999. p. 137.

⁸¹ NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 11.

⁸² Exemplificativamente, pode-se imaginar uma ação judicial na qual determinado Tribunal conclua que um motorista dirigia a 120 quilômetros horários. Será fácil responder que esse é um dado de fato. Porém, caso a problemática residisse em saber se trafegar naquela velocidade, em determinada via, dadas as condições envolvidas na causa, poderia se caracterizar como uma “circulação adequada”, surgiria o problema de saber se aquela simples distinção continuaria válida, pois reclamaria outros desenvolvimentos, sobre qualificar um modo de agir, ou melhor, qualificar o fato. Danilo Knijnik, em obra doutrinária que aborda, especificamente, a possibilidade do Superior Tribunal de Justiça revisar questões de fato em recurso especial, alerta que em casos como tais acabam “[...] rendendo longas dissertações quanto à integração do assunto na ‘questão-de-fato’ ou ‘questão-de-direito’”. Para tanto, não raro, usam-se sofisticadas distinções e justificativas que, convenha-se, não resistem, quando verificadas em sua consistência interna, a uma crítica mais séria.” KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 5.

uma distinção precisa e definitiva entre fato e direito, pois admite, atualmente, certa relativização. Isso é explicado a partir de algumas escolas de pensamento jurídico e suas respectivas consequências relativas ao arranjo fato-direito: a Escola da Exegese (com duração até 1880), cujas características marcantes eram o legalismo, o jusnaturalismo e a codificação;⁸³ a Escola Funcional e Sociológica (finda por volta de 1945), que pregava o Movimento Direito Livre;⁸⁴ e, a Concepção tópica do raciocínio judiciário (identificada na atualidade), que superou o positivismo legalista, abriu espaço para princípios jurídicos, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, que exigem uma maior responsabilidade do jurista na interpretação do Direito.⁸⁵

Ao analisar o modelo de pensamento jurídico atual, Judith Martins-Costa assevera que “As modificações da técnica e da linguagem legislativa estão, com efeito, no vértice deste complexo processo de alteração da cultura jurídica”.⁸⁶ Assim, há um inter-relacionamento entre fato e direito, desaparecendo a ideia de independência entre estas questões, que resultam, a partir de então, por força das correntes hermenêuticas, em íntima conexão.

Para tanto, colaboraram as ideias de espiral hermenêutica (transição das premissas maiores às premissas menores diversas e sucessivas vezes, até se conformarem fato e direito, renovando a ideia de silogismo) e pré-compreensão (o intérprete está munido de uma pré-compreensão com que penetra o texto a ser interpretado), que são fundamentais para o processo de compreensão. Karl Larenz

⁸³ O direito manifestava-se unicamente pela lei, não havendo outro direito além daquele que as leis prescrevessem. Tinha como tarefa a criação de um corpo suficientemente fechado, à semelhança dos conjuntos matemáticos, que detivesse em si a totalidade do ordenamento jurídico: os códigos. O juiz atuava como intérprete dentro de uma lógica bem marcada, que retirava a sua competência de agir, pois não havia espaço para elementos valorativos no seu trabalho. Neste contexto, abriu-se espaço para a acentuada distinção entre fatos e direito, entendidos como elementos separados. A hermenêutica jurídica era um processo que se estruturava a partir de um silogismo absoluto.

⁸⁴ O Movimento Direito Livre, de modo geral, passou a contestar a ideia de que a lei pudesse concentrar as soluções de todos os problemas jurídicos, reconhecendo-se na sentença uma fonte criadora do direito, ainda que observados certos limites. Superou, assim, o modelo da Escola da Exegese, com os seguintes fenômenos que prejudicaram a aspiração positivista: a) pela crise da ideia de código; b) fuga do legislador para cláusulas gerais, que se apresentaram como um fenômeno crescente; c) passagem do estado formal de direito para o estado social de direito.

⁸⁵ Após a 2ª Guerra Mundial, o positivismo jurídico entrou em crise, a lei não se limitaria mais a cânones do agir privado, mas seu escopo recai sobre a competência do legislador, de regras finalísticas. Pela complexidade das relações, os códigos deram lugar a diversos microssistemas (consumidor, locações etc.) que acarretam a inflação legislativa. O volume quantitativo e qualitativo da interpretação sofre um incremento, pois a fixação do conteúdo de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados dependerá da função do intérprete. Chama a responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, do juiz.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 285.

sustenta que o processo de compreensão ocorre através da dinâmica do círculo hermenêutico (ou espiral, no sentido de sempre avançar e nunca retornar ao ponto de partida), em uma correlação harmônica entre as partes que o compõe e o sentido geral que adquire a partir destas. Para que o sentido seja compreensível o intérprete deve partir da sua pré-compreensão acerca das palavras e frases expressas no texto. Ao conhecer as palavras, em um primeiro momento, de modo unitário e, em seguida, no todo textual, o intérprete volta ao início do texto com uma concepção modificada acerca do sentido que expressa, revelando o processo circular da compreensão.⁸⁷

Quanto à causa dogmática, Danilo Knijnik refere que a assunção de novos papéis pelo Estado e a modificação significativa experimentada pela sociedade determinam relevantes alterações no plano da teoria geral da legislação: inserem-se normas que não se conformam ao modelo “proibido-permitido”, mas que abrem espaço para sanção premial, especialmente no campo de direitos sociais, dado que a legislação do Estado Social supera os limites das funções estatais tradicionais de “proteção” e “repressão”. Isso, ao lado de funções técnicas assumidas pelo Estado, exige a elaboração de normas jurídicas de alto grau de refinamento, como no campo da economia e das finanças, bem assim dos serviços públicos especializados, como telecomunicações e energia elétrica.

Já a causa processual diz respeito às mutações sofridas pelo direito processual, que também influenciam na revisão da dicotomia entre questões de fato e questões de direito, em especial, a partir da reaproximação com o direito material. O processo civil, no passado visto como vocacionado à solução de questões individuais, cada vez mais as tem transcendido, em especial pela atual releitura proporcionada pela dimensão coletiva das ações judiciais e pelo interesse em se

⁸⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 285-286. “A interpretação de um texto – qualquer que seja a sua natureza – não só tem que ver com o sentido de cada uma das palavras, mas com o de uma seqüência de palavras e frases que expressam um contínuo nexos de idéias. Por certo que o sentido contínuo resulta somente da compreensão de cada uma das palavras e frases, conquanto, em regra, o significado de cada palavra não esteja fixado na linguagem geral de tal modo que possa vir a ser usado sempre exactamente na mesma acepção. [...] Daí resulta uma especificidade do processo de compreensão que é conhecida sob a denominação de ‘círculo hermenêutico’. Por tal, dizendo de modo simplificado, pretende expressar-se o seguinte: uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas”.

resolver o conflito individual, que reveste também um interesse público próprio do Estado, conduzindo a uma maior transcendência das decisões do juiz, seja na solução de grandes questões nacionais, seja na própria definição acerca do conteúdo normativo da legislação. Tudo isso potencializa a função criativa do juiz, sendo que os conflitos tendem a ser resolvidos não apenas com vistas ao passado, mas com função prospectiva, considerando-se a cada vez maior cognoscibilidade do provimento jurisdicional perante terceiros.

Fixadas estas premissas, é necessário avançar para tratar especificamente do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a partir da programação normativa. Como visto, se o processo de operação da norma decorre de uma operação hermenêutica, influenciada pela linguagem, que além da significação que se obtém da leitura do texto, a partir do sentido de cada palavra, é informada pela pré-compreensão do sujeito cognoscente, em um espiral hermenêutica, que implica na transição de premissas maiores e menores diversas e sucessivas vezes, confluindo questões fáticas e jurídicas, para, então, ser possível a eficácia jurídica da norma, se faz mister estabelecer como o Poder Judiciário poderá avaliar se os procedimentos administrativos adotados para o atingimento do fim almejado pela norma resultaram em uma decisão – e, por conseguinte, atuação – ótima, em relação ao interesse público curado, bem como distinguir os limites entre as competências e responsabilidades da Administração Pública, na execução da norma jurídica, e do Poder Judiciário, no seu controle.

Em sendo a atividade administrativa vinculada à ordem jurídica como um todo, haverá sempre um certo grau de vinculação do administrador público ao direito. Logo, quanto maior for o grau de vinculação do ato ao ordenamento jurídico, maior o grau de controlabilidade pelo Poder Judiciário. Como a discricionariedade não é algo alheio ao direito, mas outorgada no seu bojo, a atuação administrativa discricionária se vincula ao ordenamento jurídico vigente. De igual modo, acontece com a intensidade do controle jurisdicional, que é assésório da densidade da programação normativa da própria atuação administrativa, que pode ser positiva ou negativa.

A programação positiva ocorre quando o ordenamento jurídico estabelece exatamente qual é o sentido da atuação administrativa. Ao contrário, a programação negativa tem lugar quando o ordenamento jurídico se limita a estabelecer qual é o sentido, ou quais são os sentidos, que a atuação administrativa não pode adotar em nenhum caso. Nestas hipóteses, a tomada de decisão passa, necessariamente, pela

avaliação de todos os sentidos excluídos pela norma, a fim de adotar-se um que não esteja dentre eles.

Mariano Bacigalupo defende que as normas que habilitam discricionariedade na adoção ou determinação do conteúdo das consequências jurídicas não proporcionam uma programação positiva da atuação administrativa:

Así definida, la discrecionalidad significa, precisamente, ausencia de programación positiva. En defecto de esta última opera, pues, la programación negativa que deriva, por un lado, del próprio fin de la potestade atribuída por la norma que habilita la discrecionalidad (la consecuencia jurídica adoptada incurre en *desviación de poder* si – objetivamente – es contraria a aquél, art. 83.2 y 3 LJCA) y, por outro, del resto del ordenamento jurídico, en particular de su contenido *principal*.⁸⁸

É possível concluir daí que, se a norma jurídica habilitadora de discricionariedade administrativa só contém parâmetros negativos de decisão, o controle jurisdicional dela decorrente também haverá de ser negativo. Dito de outro modo, somente as normas que possuam parâmetros positivos de decisão é que comportarão um controle jurisdicional positivo. Cumpre verificar as consequências de um e outro tipo de controle.

No controle jurisdicional positivo, em que a norma jurídica estabelece o sentido da atuação normativa, o desvio perpetrado pela Administração Pública no seu cumprimento poderá ser amplamente controlado pelo Poder Judiciário, inclusive com a anulação da decisão administrativa equivocada, desconstituindo-se os atos dela decorrentes, e substituindo-a pelo provimento jurisdicional que corrija o agir administrativo, de acordo com o significado nela contido, buscado por um processo hermenêutico que considera, no horizonte de sentidos, o princípio da legalidade compreendido como conformação ao ordenamento jurídico (lei e Direito).

Já no controle jurisdicional negativo, o juiz só poderá controlar a atuação administrativa se o critério de aplicação da norma jurídica infringe o ordenamento, de modo a colidir com outras normas, princípios e valores axiológicos do sistema jurídico. Isto pode ocorrer quando a decisão administrativa adotada a partir de uma norma habilitadora de discricionariedade viola um princípio constitucional ou prejudica a satisfação de um direito fundamental assegurado na Constituição, por exemplo. Nestes casos, porque a norma jurídica confere à Administração Pública a possibilidade de escolha da solução comportada na sua consequência jurídica, bem

⁸⁸ BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 209.

como porque o controle jurisdicional é negativo, não poderá, o juiz, substituir a decisão administrativa pela decisão judicial, devendo devolver à autoridade executiva competente o problema para que esta adote nova solução à situação em contenda. O que o juiz deverá fazer ao prolatar a sua decisão, até pelo dever de motivação previsto no inciso IX do art. 93 da Constituição da República,⁸⁹ é referir quais os aspectos sistêmicos do ordenamento jurídico foram violados, servindo como um alerta para que a nova solução adotada pela Administração Pública seja cautelosa em relação aos mesmos.

A possibilidade de controle judicial negativo da atuação administrativa discricionária é, conforme Germana de Oliveira Moraes, indiscutível. Os aspectos predominantemente discricionários dos atos administrativos, tais como a valoração dos motivos e a definição, mediante escolha ou colmatação, do seu conteúdo, devem ser conhecidos e avaliados pelo juiz. Contudo, a doutrina, ao longo do tempo, afirmava que sobre o mérito do ato administrativo não poderia se imiscuir o juiz.⁹⁰

O mérito⁹¹ do ato administrativo costuma ser referido aos cânones de conveniência e de oportunidade, como questões de competência do Poder Executivo, fora, portanto, da sindicabilidade do Poder Judiciário. Por conveniência entende-se a sua adequação ao interesse público que justifica a sua prática,⁹² dizendo respeito a fatos, lugares, acontecimentos ou situações, por exemplo. O juízo de oportunidade consiste na ponderação de interesses múltiplos, em vista do que se propõe a norma atributiva de discricionariedade, podendo variar no tempo, pois uma decisão que poderia ter sido oportuna em um dado momento, poderá revelar-se desastrosa em

⁸⁹ Constituição, art. 93, inciso IX: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

⁹⁰ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 49.

⁹¹ A expressão “mérito” é tomada por empréstimo do Direito Processual Civil, no qual é o elemento principal da ação judicial, ou seja, a pretensão que o autor deduz em juízo através do pedido, consistindo na situação litigiosa contida no processo, em contraposição às questões preliminares ou prejudiciais. José Crettela Júnior assevera: “Na parte processual dos vários ramos do Direito, inclusive no processo administrativo, *mérito* é o conteúdo da lide, contraposto às questões preliminares, sendo, pois, examinável pelo Juiz. Relativamente ao ato administrativo, o mérito tem sentido especialíssimo, referindo-se à oportunidade e à conveniência das medidas, sendo, pois, inexaminável pelo Poder Judiciário sob qualquer aspecto.” CRETELLA JUNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 79, jan.-mar./1965. p. 23-24.

⁹² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 50.

outro.⁹³ Assim, o mérito do ato administrativo é sintetizado por Miguel Seabra Fagundes:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso exprime sempre um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo.⁹⁴

Por decorrência, Miguel Seabra Fagundes afirma que o mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, pois quando a norma jurídica estabelece uma competência estrita, ou quando não há espaço para volição, o conteúdo político do processo de realização da vontade estatal – que é, na essência, o mérito, elemento integrante de qualquer norma, não apenas das habilitadoras de discricionariedade –, já se encontra esgotado pelo legislador, pois a medida já foi analisada e a respectiva solução foi estabelecida na lei, cabendo ao administrador apenas torná-la efetiva.⁹⁵

Como a norma jurídica discricionária habilita a Administração Pública à eleição da melhor solução jurídica ao caso concreto, por pressupor, além do cumprimento da lei, um afinamento desta com função política, característica da gestão pública, é preciso reconhecer que, em direito administrativo, a Administração é um sujeito de direito e, como tal, possui capacidade de autodeterminação naquilo que é sua competência precípua, dada a ideia e a finalidade de interesse público. Disto resulta que as diversas autoridades administrativas, na representação das pessoas públicas respectivas, precisam tomar decisões e acionar determinados serviços públicos para realizar o interesse público em suas diversas manifestações,⁹⁶ muitas das quais são

⁹³ CRETELLA JUNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 79, jan.-mar./1965. p. 32.

⁹⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. O conceito de mérito no direito administrativo. *In: Revista de direito administrativo – seleção histórica de cinquenta anos*. Vol. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1991. p. 190.

⁹⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. O conceito de mérito no direito administrativo. *In: Revista de direito administrativo – seleção histórica de cinquenta anos*. Vol. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1991. p. 194.

⁹⁶ Neste sentido, André Hauriou, em artigo publicado no Brasil em 1950, equipara a Administração, na gestão de seus serviços e no desempenho de sua tarefa cotidiana, à qualidade de chefe de empresa: “a justificação do poder discricionário nos parece que deve ser extraída da idéia de empresa, ou, mais precisamente, do reconhecimento de que a noção de interesse público não é uma noção absoluta e definitiva e sim uma noção afetada de uma certa relatividade, uma noção que se determina progressivamente e, em parte, além disso, graças à interferência da própria Administração. Se, em relação à lei, o poder discricionário se justifica pela margem de liberdade, de que gozam todos os entes sujeitos de direitos no tocante às regras externas, na sua qualidade de chefes de empresas – no que concerne a noção do interesse público e das diretrizes internas que daí podem decorrer, o poder discricionário corresponde ao fato da determinação progressiva do interesse público.” HAURIOU,

diretamente influenciadas pela dinâmica social, não permitindo que as normas jurídicas esgotem as soluções das inúmeras demandas públicas.

Para elucidar a avaliação do mérito administrativo, José Cretella Júnior propôs algumas perguntas que o administrador público deveria realizar, de modo a bem satisfazer o interesse público e adequadamente fazer uso do poder discricionário. A primeira seria sobre a legalidade da decisão, que exigiria resposta positiva sempre, porque, do contrário, não haveria ato jurídico. A segunda, sobre se haveria obrigação de tomar uma decisão, que exigiria sempre resposta negativa, ao se tratar da discricionariedade, dado que, do contrário, estar-se-ia tratando de ato vinculado, no qual a questão do mérito é secundária, uma vez que já houve avaliação pelo legislador, ao formular a norma e estabelecer a conduta administrativa específica a ser adotada. A terceira pergunta seria sobre o atendimento melhor possível do interesse público na tomada de decisão. E é exatamente nesta última questão que residiria o mérito administrativo,⁹⁷ imune, pela própria natureza, ao controle jurisdicional.

Apesar desta construção doutrinária, aceita inclusive pela jurisprudência, por muitos anos, a questão do mérito administrativo das normas habilitadoras de discricionariedade à Administração Pública e a sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário não se manteve estática. Como decorrência do Estado Democrático de Direito e da revisão de paradigmas do direito administrativo, as noções de legalidade e mérito passaram a ser analisadas paralelamente: “O antigo *mérito* do ato administrativo sofre, assim, um sensível estreitamento, por decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais”,⁹⁸ dentre os quais, o da legalidade em sentido amplo. Logo, o conteúdo político do mérito, baseado nos critérios de conveniência e oportunidade, deve observar a normatividade decorrente dos princípios constitucionais, o que produz uma redefinição da própria noção tradicional de discricionariedade administrativa, que passa a ser entendida como um espaço de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos

André. O poder discricionário e sua justificação. *In: Revista de Direito Administrativo*, v. 19, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1950. p. 31-32.

⁹⁷ CRETELLA JUNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 79, jan.-mar./1965. p. 33.

⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 71.

contemplados na Constituição, abrangendo, inclusive, o ideal de justiça fundamentado na ordem jurídica.⁹⁹

Assim, o Poder Judiciário poderia, embora excepcionalmente, sindicatar o mérito do ato administrativo, com a finalidade de verificar a observância da legalidade em sentido amplo, com vistas a assegurar a eficácia e a integridade dos direitos constitucionais. Com efeito, ao juiz é possível conhecer e analisar qualquer ato produzido pela Administração Pública, para o fim de verificar a observância da principiologia constitucional, do ordenamento jurídico e a satisfação do interesse público, dado que todos estes aspectos estão já jurisdicizados de alguma maneira. Permaneceria defeso ao juiz, pela natureza do controle negativo das normas discricionárias, a prolação de decisão substitutiva à da Administração Pública – exceto nos casos de discricionariedade reduzida a zero, que ocorre quando, embora a norma confira uma margem de liberdade decisória, em abstrato, não implica, na prática, em uma possibilidade de escolha, porque identifica-se, no caso concreto, “apenas uma única solução possível que seja apta a atender a finalidade prevista na norma, pois as outras não se compadecem com o interesse público que visa resguardar”.¹⁰⁰

Em síntese, a constitucionalização dos princípios da Administração Pública e, em termos mais amplos, dos princípios gerais do Direito, acarreta, para o Poder Judiciário, a possibilidade de sindicatar além da conformidade dos atos administrativos com a lei – inclusive os atos discricionários.

A partir da legalidade em sentido amplo, ao exercer o controle dos aspectos vinculados do ato, também os aspectos não vinculados passam a ser objeto de exame, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração – sejam explícitos, como os da impessoalidade, sob as vertentes da igualdade e da imparcialidade; da moralidade, modalizado em boa-fé, probidade e razoabilidade; da eficiência; da publicidade, de natureza predominantemente instrumental, que implica no dever de fundamentação expressa das decisões administrativas, determina a transparência e potencializa a sindicabilidade judicial do processo de tomada de decisões dos atos administrativos, gerando para o cidadão o direito à informação; sejam implícitos, como a razoabilidade e a proporcionalidade, que propiciam critérios

⁹⁹ RIBAS, Caroline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, jan.-abr./2015. p. 100.

¹⁰⁰ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 55.

materiais para extensão do controle jurisdicional para além dos domínios da legalidade administrativa.¹⁰¹

1.2 Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O controle da Administração Pública é assunto debatido há tempos no nosso país¹⁰² e, ainda assim, se mantém atual, em razão das constantes transformações sociais e das garantias próprias do Estado Democrático de Direito, que tornam incessantes as buscas por modelos cada vez mais adequados às características de cada momento histórico. Soma-se a isso um número cada dia mais elevado de casos de corrupção e improbidade administrativa, que impelem o legislador a criar mecanismos de máxima proteção ao patrimônio público.

Controlar é atividade que objetiva a vigilância, a fiscalização e até mesmo uma ação restritiva sobre eventuais excessos, no sentido de conter desvios de finalidade, evitar o erro, corrigir ilegalidades, bem como punir a fraude, assegurando a correção dos atos por ela praticados. Trata-se da inspeção, do exame, do acompanhamento, da verificação exercida sobre determinado alvo, visando averiguar se aquilo que foi predeterminado na legislação ou no planejamento administrativo foi cumprido, decidindo-se acerca da regularidade ou irregularidade do ato praticado. Logo, controlar é fiscalizar, emitindo um juízo de valor.

Em síntese, controle da Administração Pública é a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros Poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um Poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme aos modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. Trata-se, na verdade, de poder-dever, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator.¹⁰³

A temática do controle da Administração Pública indica gênero, da qual derivam diferentes espécies, de acordo com o critério classificatório utilizado. Sem adentrar na questão doutrinária sobre as diferentes espécies de controle, que ainda não alcançou

¹⁰¹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 209.

¹⁰² Na doutrina, a matéria foi sistematizada de forma pioneira por Miguel Seabra Fagundes, em 1941, na obra “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, quando teve sua primeira edição, influenciando sobremaneira o desenvolvimento da matéria em nosso país.

¹⁰³ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 90.

um modelo definitivo, indicam-se, para fins metodológicos, apenas dois critérios: o da localização do controlador e o de quem exerce o controle.

Quanto ao primeiro, pode ser interno,¹⁰⁴ decorrente da atividade desenvolvida por órgão integrante da própria estrutura na qual se insere o órgão fiscalizado, externo,¹⁰⁵ quando é exercido por um Poder ou órgão distinto e apartado da estrutura do órgão controlado, e social,¹⁰⁶ que é realizado pela própria sociedade, por seus indivíduos, que é também chamado de controle popular.

Já em relação ao segundo critério, sobre quem exerce o controle, também é possível subdividir em três categorias. O controle administrativo, ou executivo, realizado pela própria Administração Pública sobre seus atos, decorrente do poder-dever de polícia administrativa, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula nº 473.¹⁰⁷ Por sua vez, há o controle legislativo ou parlamentar,¹⁰⁸ que se secciona naquele realizado pelos próprios parlamentares, denominado de controle

¹⁰⁴ A Constituição da República de 1998, ao tratar, no art. 70, da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, a ser exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade aplicação das subvenções e renúncia de receitas, estabelece que, no âmbito de cada Poder político, também o será pelo sistema de controle interno próprio de cada um deles. Adiante, no art. 74, a Constituição refere que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, o sistema de controle interno. Especificamente em relação aos Municípios, a Constituição dispõe, em seu art. 32, que “A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei”. A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, nos arts. 70 e seguintes, contém disposições repisando a exigência de instituição, implantação e manutenção do sistema de controle interno, determinando especificamente no art. 76 que “O sistema de controle interno previsto no art. 74 da Constituição Federal terá, no Estado, organização uma e integrada, compondo órgão de contabilidade e auditoria-geral do Estado, com delegações junto às unidades administrativas dos três Poderes, tendo sua competência e quadro de pessoal definidos em lei”.

¹⁰⁵ Além do art. 70, o art. 71 da Constituição estabelece que o controle externo é responsabilidade do Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, sendo exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, cujas competências são definidas nos incisos da aludida norma. No âmbito dos Municípios, o § 1º do art. 31 determina: “O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver”. A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul também, além de referir no seu art. 70 o controle externo, dispõe no art. 71 que: “O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete, além das atribuições previstas nos arts. 71 a 96 da Constituição Federal, adaptados ao Estado, emitir parecer prévio sobre as contas que os Prefeitos Municipais devem prestar anualmente”.

¹⁰⁶ O controle social ou democrático da Administração Pública é a tradução da garantia de participação direta e pessoal da cidadania na formação, na fiscalização e no acompanhamento dos atos de governo também chamada de *democracia participativa*, como aliás, foi tratado na nota de rodapé nº 37 deste trabalho.

¹⁰⁷ Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

¹⁰⁸ Cujas previsões se encontra na Constituição da República, nos artigos 70 a 75, insertos na Seção IX, “Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, do Capítulo I, que trata “Do Poder Legislativo”, no Título IV, “Da Organização dos Poderes”.

político, e no desempenhado por meio de tribunais especializados, os Tribunais de Contas, criados especialmente com a finalidade de exercer o controle contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial de todos os órgãos e entidades do Estado. Por fim, o controle jurisdicional,¹⁰⁹ que é exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário, alcançando especificamente a legalidade, em sentido amplo, dos atos praticados no âmbito do Poder Executivo e na administração dos demais órgãos e entidades.

O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, tema do qual se ocupa esse trabalho, insere-se portanto, na espécie de controle externo judicial, sendo fundamento do Estado Democrático de Direito, consubstanciado no sistema de monopólio da jurisdição, pelo qual somente ao Poder Judiciário é atribuída a competência para apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça a direito, conforme se depreende do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, que tem natureza de direito fundamental.

O controle jurisdicional é passível de ser realizado, mediante provocação da parte interessada, em relação aos atos praticados pela Administração Pública, seja quanto aos seus aspectos vinculados ou não vinculados, no tocante à legalidade. Na Constituição da República são previstos diversos meios dessa espécie de controle, como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública. Porém, a submissão do ato administrativo à apreciação do Poder Judiciário não se restringe ao que se convencionou chamar de “remédios constitucionais”, podendo ser objeto, principal ou incidental, de qualquer lide na qual haja pertinência do tratamento da matéria.

Neste tópico propõe-se tratar sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a partir da sua previsão constitucional, partindo do cotejo entre os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação e harmonia entre os Poderes, com vistas a estabelecer a extensão, a profundidade e os limites da execução deste controle e, em seguida, examinar como, considerando-se o controle de atribuição do poder normativo conferido constitucionalmente ao legislador, verificam-se os limites tanto do controle de exercício, pelo Judiciário, como do exercício em concreto, pela Administração, da norma jurídica habilitadora de discricionariedade.

¹⁰⁹ Cuja máxima expressão está dentre os direitos e garantias fundamentais, do Título II da Constituição da República, especificamente no art. 5º, inciso XXXV, que prevê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

1.2.1. Entre os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação e harmonia entre os Poderes: possibilidades e contornos do controle da atividade administrativa discricionária

Decorrencia do princípio da legalidade, a Constituição da República, no seu art. 5º, inciso XXXV, garante, como direito fundamental do cidadão, sempre que houver violação de direito, mediante lesão ou ameaça, a intervenção do Poder Judiciário, que no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto. Trata-se de um direito subjetivo de todo indivíduo, caracterizado pelo direito de ação, cívico e abstrato, à sentença, seja de procedência ou de rejeição da pretensão deduzida.¹¹⁰ Esse dever estatal de viabilizar o acesso de todos à justiça sempre que houver lesão ou ameaça a direito, por meio de uma tutela jurídica efetiva,¹¹¹ é resultado de um procedimento que garante os direitos materiais ao seu respectivo titular, ou seja, o processo.

A solução dos conflitos sociais mediante a aplicação do direito, como papel fundamental do Poder Judiciário no desempenho da função de garantidor da paz social, é a última manifestação do próprio Estado soberano acerca do litígio, de modo que todos os jurisdicionados – e nisto inclui-se a própria Administração Pública –, devem-na respeito absoluto, dada a sua força coativa.

Isso decorre, nas palavras de Luiz Fux, “porque haurida de um trabalho de reconstituição dos antecedentes do litígio, com participação dos interessados,

¹¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23ª ed.. São Paulo: Atlas, 2008. p. 82-83.

¹¹¹ Robert Alexy refere que, na discussão atual sobre direitos fundamentais, um dos temas que tem despertado interesse é o da conexão entre estes, a organização e o procedimento, a partir da proposta de Häberle de um *status activus processualis*, que se refere ao aspecto jurídico-processual, o *due process* de direito fundamental, e a tese de Hesse, segundo a qual, muitas vezes, o processo resulta possivelmente no único meio existente para produzir um resultado de acordo com os direitos fundamentais e, desta maneira, assegurá-los eficazmente. Referindo-se, ainda, a Goerlich, que fala de direitos fundamentais materiais e formais como garantia procedimental do processo político, jurídico e social de uma sociedade, Alexy assevera que “la dogmática de los derechos fundamentales parece haber encontrado pues, una ‘palabra clave’ que, en primer lugar, promete indicar una vía intermedia entre una teoría de los valores amplia, impuesta por el Tribunal Constitucional, y un dejar hacer al legislador, fundamentado por un escepticismo subjetivista frente a los valores; en segundo lugar, responde al espíritu de los tiempos y, en tercer lugar, conduce a un ámbito con el cual los juristas están perfectamente familiarizados: el del procedimiento”. Deste modo, este direito fundamental, que o autor alerta ter sido utilizado de maneira pouco técnica, tem um sentido amplo, se estendendo dos direitos a uma *tutela jurídica efetiva*, que poderia ser chamado de “direito ao procedimento”, até o direito a medidas estatais do tipo organizativo. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 416-420.

cercados, isonomicamente, das mais mezinhas garantias”.¹¹² Eis o cerne da função jurisdicional, que tem a finalidade de tutelar a ordem jurídica, diferenciando-se fundamentalmente das demais funções estatais pelo caráter definitivo das suas soluções, que não podem ser modificadas por qualquer outro poder, em razão de consubstanciar a coisa julgada.¹¹³

Como é cediço, a organização das funções estatais em diferentes poderes é matéria de confluência entre a política e o direito, de natureza tipicamente constitucional. O art. 2º da Constituição brasileira prevê que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, modo como o legislador constituinte concebeu o desempenho das atividades do Estado, estruturando-o politicamente.¹¹⁴ A relevância do princípio da separação dos poderes

¹¹² FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 41.

¹¹³ De acordo com Luiz Fux, o Estado, por meio da jurisdição e quando provocado pelo interessado que exerce a ação, institui um método de composição do litígio com a participação dos reais destinatários da decisão reguladora da situação litigiosa, dispondo sobre os momentos em que cada um pode fazer valer as suas alegações, com o fim de alcançar um resultado corporificado em tudo quanto o Judiciário apreendeu das provas e do direito aplicável, o que será demonstrado na sentença. Por essa razão, afirma o autor, “*Jurisdição, ação e processo* são, assim, os monômios básicos da estrutura do fenômeno judicial”. FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 42.

¹¹⁴ Como se percebe, o legislador constituinte optou pela tripartição das funções estatais, sendo oportuno registrar a divergência doutrinária acerca do número de atividades desempenhadas pelo Estado, que corresponderiam a um poder independente. Se entendermos, por exemplo, a função executiva no sentido de aplicação da lei, então julgar se identifica com esta noção, de igual modo que se compreendida a ideia de executar em um sentido amplo, a função judicante pode ser absorvida por ela. Neste cenário, o resultado seria uma concepção dualista das funções estatais. SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação dos Poderes**. 2ª ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 172. Cezar Saldanha Souza Júnior adverte que, no contexto evolutivo da experiência institucional na História corresponde um tipo ideal de sistema de poderes do Estado: “Portanto, se a nossa tese estiver correta, a cada fase do Estado Ocidental surgido no século XVI corresponde uma forma adequada de sistema de poderes, importando um tipo ideal específico. Claro que, a partir das linhas mestras de cada sistema, cabem especificações importante adaptadas às circunstâncias próprias de cada Estado em particular”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder – uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 135. O autor, articulando os fins e funções do Estado com vistas a completude do ordenamento jurídico, elencou três fins (últimos, intermediários e próximos) e dois campos (jurídico e político), que engendrados resultam em seis poderes dando origem a sua teoria da hexapartição: aos seis poderes, Chefia de Estado, Tribunal Constitucional, Governo, Parlamento, Administração e Judiciário, corresponderiam seis funções, respectivamente, função moderadora, controladora, governamental, legislativa, administrativa e jurisdicional. Os fins últimos do Estado referem-se aos valores supremos do ordenamento jurídico, alocando as funções mais importantes do Estado, os valores juspolíticos responsáveis por propiciar uma vida pacífica, harmônica e coesa. Os fins intermediários buscam a articulação natural da vida em sociedade, congregando opiniões, formando maiorias, ouvindo ideologias, suportando pressões da coletividade. Consubstanciam-se na deliberação de políticas públicas e na elaboração de leis. Os fins próximos, relacionados às funções de governo e legislativa, são responsáveis pela concretização de tudo que for deliberado e previamente definido nos fins intermediários, ou seja, realiza concretamente as políticas públicas e faz executar as leis. Ver também: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre Brejo-bibliobureau, 2012. p. 42-44.

no Brasil é tamanha, que foi alçado à condição de cláusula pétrea, conforme art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição, como tal, inabolível.¹¹⁵

Desta forma, a Constituição cumpre um papel instrumental¹¹⁶ ao separar as funções estatais em diferentes poderes, pois ao mesmo tempo em que visa a controlar o exercício do poder, a fim de que não se torne, em razão da concentração, arbitrário, garante o Estado de Direito e, em especial, os direitos individuais – o que é, ao mesmo tempo, a sua substância.

O princípio da separação dos poderes foi, pela primeira vez, proclamado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como dogma político fundamental da organização constitucional,¹¹⁷ conforme seu Art. 16, segundo o qual, a sociedade que não tiver assegurada a garantia de direitos, nem estabelecida a separação dos Poderes, não terá Constituição. Na época, as revoluções liberais impulsionaram o movimento constitucional, que estabeleceu como ideal a materialização dos seguintes elementos, como a *ratio essendi*, ou conceito negativo da Constituição: o sistema de garantias da liberdade, o princípio da divisão dos Poderes e a constituição escrita.

Ocorre que, na configuração do Estado atual, as referências que deram origem ao Estado Liberal não mais vigoram, o que reflete no princípio da separação dos Poderes. Hodiernamente, a incorporação de novas funções pelo Estado, muito devido à previsão, no texto constitucional, de direitos sociais, como saúde, educação, assistência social e previdência, decorrente da admissão de garantias de liberdades individuais, faz com que seja necessária a intervenção estatal na vida social, por meio de prestações positivas que visam a assegurar os direitos fundamentais, cuja natureza, mais complexa, é diferente dos direitos individuais do Estado Liberal abstencionista. Assim, o princípio da separação dos Poderes, ao limitar o poder político, garante o

¹¹⁵ A cláusula de inabolibilidade impõe reconhecer a existência de limites materiais ao poder de reforma da Constituição pelo legislador derivado, limites estes que são extraídos do próprio texto constitucional. DUQUE, Marcelo Schenk. Cláusulas constitucionais de inabolibilidade, realidade e garantia de identidade da Constituição: um olhar sob o prisma do direito fundamental de proteção ao consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, ano 17, nº 66, abr.,-jun./2008. p. 63.

¹¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Separação dos poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 53, Rio de Janeiro, 2000. p. 84. [on-line] Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/793582/DLFE-47311.pdf/Revista53Doutrina_pg_78_a_106.pdf Acesso em 25/09/2015. p. 84.

¹¹⁷ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Art. 16: “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”. *In: Conseil Constitutionnel*. [on-line] Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html> Acesso em 25/09/2015.

pleno exercício dos direitos de liberdade. Porém, o que a atualidade reclama é que o princípio da separação dos Poderes responda a questão de como irá se conformar em um Estado que deve garantir, além dos direitos de liberdade, outros, através de prestações positivas, que impelem o direito a uma aproximação tão estreita com a dignidade da pessoa humana, que importa em reais condições de efetivá-la, na prática, convergindo para ela todo o seu dinamismo.¹¹⁸

O Brasil, ao adentrar na era do constitucionalismo de valores,¹¹⁹ mormente com a Constituição de 1988, avançou – e tem avançado –, enquanto organização estatal, na direção da multiplicação de conceitos abertos nos textos legislativos, tais como cláusulas gerais, princípios jurídicos e conceitos indeterminados, bem como na fundamentação da vida jurídica em noções de grande relevância, mas de baixa densidade, como “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso III), “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I), “bem de todos” (art. 3º, inciso IV), “função social” (art.5º, inciso XXIII, art. 170, III, art. 182, § 2º), dentre muitos outros. Além disso, ampliou-se o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, inclusive estendendo a legitimidade para ação a entidades coletivas privadas e até a órgãos públicos, para questões de profundo alcance político, com destaque especial para a previsão de

¹¹⁸ Cezar Saldanha Souza Junior, na área do direito constitucional, assevera que a dignidade da pessoa humana vem sendo assumida expressamente, como fundamento e como finalidade, no sentido profundo que a expressão conserva na tradição filosófica ocidental. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder – uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 106.

¹¹⁹ A expressão “constitucionalismo de valores” refere-se ao direito constitucional após o segundo pós-guerra, período histórico em que, após as inúmeras iniquidades perpetradas contra a humanidade, promoveu uma reconstrução da ordem política, com o reconhecimento de um núcleo de valores mínimos que serve à dignidade da pessoa humana que se deu, por primeiro, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e, depois, nas Constituições democráticas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, para Norberto Bobbio, é prova do consenso geral sobre a validade que fundamenta e reconhece tal sistema de valores, representando um marco histórico único que, embora não seja absoluto, pode ser objetivamente comprovado. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 26-28. A inserção de valores na Constituição implica no reconhecimento da existência de conteúdos materiais no ordenamento jurídico, suplantando o rígido formalismo de Hans Kelsen, que o considerava apenas o conjunto de poderes e deveres. No Brasil, conforme Cezar Saldanha Souza Junior, a promulgação da Constituição de 1988 marcou o ingresso do país na era do constitucionalismo de valores ao declarar, no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e, no artigo 3º, inciso IV, a promoção do bem de todos como objetivo fundamental. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 86. Sintonizada com a evolução do direito ocidental, a Constituição brasileira, proclamou diversos avanços no sentido de ingressar na era do constitucionalismo de valores, conforme referido no texto. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder – uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 137.

instrumentos de controle direto de constitucionalidade, relativamente a atos normativos em abstrato.¹²⁰

Neste sentido, como reflexo, houve também uma ampliação das funções do Poder Judiciário, que é sentida no âmbito dos demais poderes políticos, especialmente em relação à implementação de políticas públicas para efetivação de direitos sociais:

As funções administrativas, de execuções de políticas públicas e implementação de textos normativos, também passaram a ser tocadas pelo Judiciário. A amostra mais sensível desse fenômeno é a judicialização de direitos sociais. A omissão dos poderes públicos ou as falhas na concretização de políticas de saúde e educação vêm chegando de forma crescente ao Judiciário. Mas será que os juízes tem condições de avaliar de forma global a adoção de políticas públicas? Não feriria a separação de poderes a interferência jurisdicional sobre aspectos que demandam certa discricionariedade?¹²¹

Ao mesmo tempo em que se questiona o limite adequado do controle jurisdicional de assuntos desta natureza, sendo oportuno discutir o papel dos juízes e o seu preparo para avaliar políticas públicas, é inegável, por outro lado, que não se pode pretender que eles restrinjam-se a decidir de maneira estática, evadindo-se da sua responsabilidade de solucionar a lide posta a julgamento. Neste ponto, a sua atividade abrangerá, inclusive, o controle sobre a atividade estatal, mesmo que amplamente discricionária, para avaliar se está alinhada às prescrições da legislação social.

Esta nova configuração estatal exige dos juízes uma compreensão sobre a transformada concepção do direito, de modo que, dificilmente não contribuirão para tornar mais efetivos os programas de ação do Estado, na busca por atribuir conteúdo concreto a princípios e finalidades. Nas palavras de Cíntia Morgado, “o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que por ser prescrito legislativamente, cabe aos juízes fazer respeitar”,¹²² até porque integram, funcionalmente, um dos Poderes que conforma o próprio Estado.

¹²⁰ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder – uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p.137.

¹²¹ MORGADO, Cíntia. A nova face da separação dos poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 66, Rio de Janeiro, 2011. p. 78. [on-line] Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1170287/DLFE-58413.pdf/REVISTA66664.pdf> Acesso em 25/09/2015.

¹²² MORGADO, Cíntia. A nova face da separação dos poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 66,

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-SP, reconheceu a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a adoção de políticas públicas determinadas pelo Legislativo ao Executivo. No caso específico, ainda que tratando da política de educação, direito social previsto no *caput* do art. 6º, especificamente na modalidade infantil, que é direcionada para crianças de até cinco anos de idade e está prevista no art. 208, inciso IV, sendo responsabilidade dos Municípios a sua oferta, conforme art. 211, § 2º, todos da Constituição, o caso é ilustrativo para todas as políticas sociais, porque refere:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.¹²³

Rio de Janeiro, 2011. p. 78. [on-line] Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1170287/DLFE-58413.pdf/REVISTA6664.pdf> Acesso em 25/09/2015.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715 - São Paulo. Ministério

Deste modo, se o Poder Judiciário é o guardião e controlador dos poderes políticos, há uma mutação na ideia original de separação dos poderes, que na concepção do Estado Liberal centrava no Legislativo, em face da primazia da lei, uma superioridade sobre os demais, passando, na atualidade, a orbitar sobre a relação mantida entre o Judiciário e a Administração. Assim como ocorrido com os paradigmas da legalidade e da discricionariedade, no âmbito do direito administrativo, o da separação dos poderes, no campo do direito constitucional, também sofre uma crise em seus contornos originais.

Bruce Ackerman propõe que se faça um movimento decisivo para além das reflexões de Montesquieu sobre a separação dos poderes, cuja teoria cunhada no século XVIII, apesar de sua grandeza, exige, três séculos depois, seja repensada.¹²⁴ Isso é necessário, em primeiro lugar, porque atualmente as instituições independentes desempenham funções cada vez mais importantes, que não podem ser classificadas exclusiva ou precipuamente como legislativas, judiciais ou executivas. Além disso, não é possível ignorar diferenças nas dinâmicas que governam operações administrativas em regimes parlamentaristas e presidencialistas, apesar de adotarem indistintamente a divisão de poderes de acordo com a sua concepção original.¹²⁵

Público do Estado de São Paulo e Município de Santo André. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22/nov./2005. O julgado refere o dever de atendimento, pelos Municípios de criança até seis anos de idade, na educação infantil, em conformidade com a redação do inciso IV do art. 208 da Constituição, antes da Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. Após a alteração do dispositivo constitucional, a educação infantil passou a ser destinada para crianças de até cinco anos de idade.

¹²⁴ “Apesar de seu status canônico, ela nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas. Embora a tradicional fórmula tripartite falhe ao capturar os modos característicos de operação de tais formas, essas unidades novas e funcionalmente independentes estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos. Uma “nova separação de poderes” está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias — ou talvez mais. E, assim, nós devemos dar um carinhoso adeus a Montesquieu, para então criar novas bases para o direito administrativo comparado, que deem conta dos desafios dos governos modernos.” ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 265, jan.-abr./2014. p. 15.

¹²⁵ Sobre este último aspecto, convém uma breve nota. Para o autor, os sistemas presidencialistas encorajam a “politização da burocracia”, relegando servidores públicos de carreira para posições menos relevantes, apontando correligionários políticos de confiança para posições estratégicas na Administração Pública, para criação de maioria parlamentar. Essa politização das lideranças burocráticas implica em um desafio fundamental ao Estado de Direito, especificamente normativo: correligionários políticos leais ao presidente sofrerão intensa tentação de ignorar o direito, caso isso promova os interesses políticos de seu líder. E este aspecto deveria ser especialmente cuidado pelo direito administrativo em sistemas presidencialistas, porque implica em uma ameaça, tanto porque as normas jurídicas podem acabar satisfazendo mais os interesses políticos em jogo que os valores máximos do ordenamento, quanto porque isso abre um amplo espaço para o abuso político da

Em estudo que propõe uma nova separação dos poderes, objetivando contribuir para o sistema de freios e contrapesos dos Estados Unidos fosse aprimorado, Bruce Ackerman propõem que não sejam apenas três os poderes políticos, mas cinco ou mais,¹²⁶ e propõe um novo modelo partindo de um parlamentarismo, cujo corpo de políticos seria democraticamente eleito, o qual estaria incumbido de escolher e controlar o governo, bem como editar a legislação ordinária. O eixo central do equilíbrio em relação a este poder seria explicado por uma ou mais das preocupações básicas da teoria separatista, que propõe o sistema de freios e contrapesos, como a legitimidade democrática, que funcionaria como um limite ao poder, exercida por meio de decisões populares em referendos em série sobre assuntos sensíveis à política. Caberia, neste panorama, ao Tribunal Constitucional verificar se a legislação ordinária promulgada pelo parlamento e se o governo exercido pelo representante por ele eleito cumprem as decisões legitimadas democraticamente.

Além disso, outra razão para se repensar a teoria da separação dos poderes é a especialização funcional, que induz à busca por profissionalismo na atividade pública,¹²⁷ considerando especialmente as capacidades institucionais de cada órgão público. Assim, o profissionalismo possibilitaria uma atuação mais imparcial e mais eficiente por parte do corpo técnico, o que seria altamente benéfico no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário. Outrossim, a noção de capacidades institucionais considera as habilidades e competências de cada Poder para o exercício de suas funções, não sendo suficiente o afastamento do aspecto político de determinadas esferas. Na área jurídica, a questão seria como as instituições, consideradas suas habilidades e limitações, interpretariam o direito. Assim,

discricionariedade – problema particularmente aguçado relativo ao Estado de Direito, do qual cumpre se questionar se, dentro dos sistemas presidencialistas, há uma consciência dele. ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 265, jan.-abr./2014. p. 20.

¹²⁶ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *In: Harvard Law Review*, v. 113, nº 3, jan./2000. p. 724.

¹²⁷ Na acepção utilizada pelo autor, profissionalismo diz respeito a funções que devem ser exercidas por pessoas que não estejam afetadas pela esfera política. Seria um ideal a ser perseguido pela nova separação dos poderes, porque um dos vícios dos políticos eleitos é a preocupação permanentes com as eleições futuras, o que interfere na imparcialidade necessária para a elaboração das leis, que acabam, nos Estados Unidos, sendo direcionadas para apoiadores de campanhas eleitorais. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *In: Harvard Law Review*, v. 113, nº 3, jan./2000. p. 686. Nesta linha, tece críticas ao caráter altamente politizado da Administração Pública americana, sugerindo que o corpo administrativo seja formado por pessoas com formação técnica, sem a influência de aspectos políticos na sua escolha.

considerando-se que o juiz tem certas limitações que o impedem de atuar no campo de outros Poderes, especialmente em matéria técnica especializada.

Nesta linha, é interessante notar que Gustavo Binbenbojm propõe uma sistematização para a construção de uma teoria jurídico-funcionalmente adequada de controle judicial sobre atos administrativos que, dentre os critérios, considera que “quanto maior o grau de *tecnicidade* da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial”.¹²⁸ Tal parâmetro privilegiaria a especialização funcional e a eficiência na organização e funcionamento do órgão executivo, tendo como consequência, em algumas situações, dadas as insuficiências e capacidades de outros Poderes, que o julgados curve-se às escolhas alheias do órgão perito.¹²⁹

Voltando à teoria proposta por Ackerman, a terceira razão para se repensar a separação dos poderes seria a limitação dos poderes pelos direitos fundamentais, que reclamam uma justiça distributiva focada na prestação econômica mínima para os cidadãos menos capazes de defender seus direitos políticos. Neste aspecto, o Tribunal Constitucional teria em mira o exercício das suas competências dedicado à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹³⁰

Considerando as propostas doutrinárias apresentadas, é legítimo questionar sobre a viabilidade de continuar tratando a separação dos Poderes a partir do seu sentido original, utilizando-se como argumento para defender uma irrestrita independência entre os Poderes e, no aspecto específico do presente trabalho, até a blindagem quanto à judicialização dos direitos sociais. E se a resposta a essa pergunta for negativa, deveremos ter condições de trabalhar uma nova face para essa teoria, que dê conta de responder porque o Poder Judiciário pode inovar no mundo jurídico, como, por exemplo, ocorre no controle de constitucionalidade, especialmente no que utiliza a interpretação conforme à Constituição, e na possibilidade de influir na realização de políticas públicas.

¹²⁸ BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239.

¹²⁹ MORGADO, Cíntia. A nova face da separação dos poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 66, Rio de Janeiro, 2011. p. 82. [on-line] Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1170287/DLFE-58413.pdf/REVISTA6664.pdf> Acesso em 25/09/2015.

¹³⁰ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *In: Harvard Law Review*, v. 113, nº 3, jan./2000. p. 715-723.

Esclareça-se que não se está, com isso, propondo o abandono da teoria da separação dos poderes, pelo contrário: ela continua sendo fundamental para o Estado Democrático de Direito. Propõe-se que se lhe dê um significado novo, que conjugue a especialização funcional convertida no profissionalismo do corpo técnico e na adequação de competências às capacidades institucionais de cada Poder, bem como que o controle recíproco para evitar abusos, pautado mais na inércia, seja transmutado para uma vinculação positiva dos Poderes e no controle que busque a atuação tendente à satisfação dos direitos fundamentais assegurados na Constituição. Em síntese e comungando com a doutrina de Cíntia Morgado, há que se abandonar a ideia de fracionamento das funções estatais em diferentes Poderes, para substituí-la pela busca de diálogo interinstitucional e cooperação entre os diferentes órgãos dos Poderes, para o alcance dos fins a que serve o Estado.

1.2.2 Controle de atribuição do poder normativo conferido constitucionalmente ao legislador e controle de exercício do agir integrativo em sede de aplicação da norma jurídica pelo administrador público

O desenvolvimento do controle jurisdicional da atuação administrativa discricionária no direito brasileiro considera, de um lado, a densidade da programação normativa do agir administrativo, que depende da estrutura lógico-formal da norma jurídica, ao mesmo tempo em que atribui liberdade de escolha à Administração Pública, delimitando metodologicamente o controle realizado pelo Poder Judiciário.

O controle jurisdicional não ocorre a partir da atuação administrativa, isoladamente considerada, mas, primeiramente, da atribuição do poder normativo conferido constitucionalmente ao legislador, para então ser logicamente viável o controle do exercício do agir integrativo do Direito em sede de aplicação da norma jurídica atributiva de discricionariedade pela Administração Pública. E tal critério deve ser considerado para fins metodológicos de controle.

A vinculação à lei não só põe a administração em relação com o dador de leis, mas também com a jurisdição administrativa. Os tribunais administrativos tem de revisar a atividade administrativa em sua juridicidade; eles têm de comprovar, se as autoridades observam as vinculações à lei. A administração situa-se, por conseguinte, de certo modo, entre o dador de leis determinante e a jurisdição administrativa controladora.¹³¹

¹³¹ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed.. São Paulo: Manole, 2006. p. 141.

Neste ponto, como referência as noções de controle de atribuição e controle de exercício, trabalhadas por Mariano Bacigalupo,¹³² considerando-se, a primeira, a possibilidade de controle de constitucionalidade de normas discricionárias em face da própria margem de liberdade que tal norma atribui ao administrador e, a segunda, a possibilidade de controle da atuação administrativa a partir de uma norma de atribuição discricionária de competência.

No primeiro aspecto, que diz respeito ao controle de atribuição da discricionariedade administrativa, a investigação judicial consiste na análise da margem de liberdade conferida ao administrador pela norma, sendo inconstitucional aquela que a estabelecer em excesso, porque, em razão da baixa densidade normativa, restará afastado o controle jurisdicional, dado que ausentes critérios claros e objetivos que possam ser utilizados nesta função.

A inconstitucionalidade se verifica, nesta hipótese, pela afronta ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, pois a programação normativa realizada pelo Poder Legislativo implica no afastamento do controle de ameaças ou lesões a direitos pelo Poder Judiciário, conferindo quase que uma margem de atuação extrajurídica à Administração Pública. Logo, como defende Rafael Maffini, “uma norma discricionária deverá ser considerada inconstitucional, tão somente, por sua demasia na fixação da margem de liberdade administrativa, ou, por falta de densidade normativa na atribuição de competência ao administrador”.¹³³

Deste modo, é necessário reconhecer que o controle jurisdicional dá oportunidade à análise dos atos e fatos administrativos, como também à das suas origens, podendo remontar desde o exame do ato material ao do ato administrativo que lhe serve de base, como, no caso do controle de atribuição, do exame do ato administrativo ao da lei que o autoriza, e desta até a Constituição, para verificar se o legislador ordinário se conteve nos limites constitucionais.¹³⁴

Mariano Bacigalupo, ao tratar do princípio da inafastabilidade do controle judicial, ou tutela judicial efetiva, defende que além de reger o controle dos atos,

¹³² BACIGALUPO, Mariano. **La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, controle judicial y limites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

¹³³ MAFFINI, Rafael. Discricionariedade administrativa - Controle de exercício e controle de atribuição. *In: Revista Síntese Direito Administrativo*, ano VII, nº 76, abr/2012. p. 9-22.

¹³⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. O conceito de mérito no direito administrativo. *In: Revista de direito administrativo – seleção histórica de cinquenta anos*. Vol. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1991. p. 133.

deveria o referido princípio também reger o controle de constitucionalidade da atribuição da discricionariedade,

...exigiendo, esta vez del legislador, que programe la actividad administrativa com la densidade normativa necesaria para que el juez contencioso-administrativo pueda fiscalizarla – sin necesidad de rebasar los limites intrínsecos del controle jurídico – con la intensidad adecuada a una tutela judicial que, por imperativo constitucional (art. 24.1 CE), ha de ser *efectiva*.

[...]

... Por eso, quien tiene la obligación de hacer posible que la tutela judicial que dispensen los jueces se realmente *efectiva* es el legislador, como destinatario que es también de la obligación prestacional que resulta del art. 24.1 CE.¹³⁵

Avulta em importância, neste ponto, a distinção feita na primeira parte deste capítulo entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. Em sendo, o controle judicial destes últimos, uma questão de interpretação, ainda que seja alto o grau de vagueza do seu núcleo conceitual, em virtude do que não se tem uma noção clara do conteúdo e da extensão do conceito, havendo um espaço obscuro que envolve esse núcleo, o halo, no qual o significado da expressão se torna menos compreensível e onde as dúvidas acerca dos limites dessa expressão começam, torna-se forçoso reconhecer a plenitude do controle jurisdicional, que não sofre qualquer limitação que possa violar o princípio da inafastabilidade do controle. Por outro lado, em sendo a norma atributiva de discricionariedade administrativa, que permite, portanto, uma margem de escolha da solução aplicável à situação concreta, mesmo que pautada pelo princípio da legalidade em sentido amplo, a baixa densidade normativa da atuação, a partir do excesso de discricionariedade concedida à Administração Pública, implicará em uma restrição indevida ao controle jurisdicional, dado que o julgador não terá condições de avaliar os critérios utilizados para adoção da decisão, de acordo com os limites legais impostos normativamente.

Tais questões são relacionadas ao controle de constitucionalidade, pois dizem respeito à edição das leis, instrumentais intermediários dos fins últimos da Constituição. Assim, é a norma fundamental que estabelecerá as balizas para que o legislador programe a atuação administrativa, sendo quem deve adequar a sua produção normativa à ordem constitucional.¹³⁶

¹³⁵ BACIGALUPO, Mariano. **La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, controle judicial y limites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 122-123.

¹³⁶ MAFFINI, Rafael. Discricionariedade administrativa - Controle de exercício e controle de atribuição. In: **Revista Síntese Direito Administrativo**, ano VII, nº 76, abr/2012. p. 9-22.

Quanto ao controle de exercício, que diz respeito à concretização das normas discricionárias, pela Administração Pública, trata-se de analisar a validade, sob o aspecto da juridicidade, da ação administrativa, ou seja, da observância, na condução administrativa, da lei e do Direito. Para tanto, a Constituição de 1988 constitui o fundamento substancial das ações estatais, estabelecendo um plexo de princípios (como a moralidade, a impessoalidade, a legitimidade, a eficiência, a economicidade, dentre outros), que são elementos definidores da validade do ato administrativo, em associação com a concretização dos direitos fundamentais.

Assim, o controle realizado pelo Poder Judiciário não tem em mira submeter o a Administração Pública às decisões prolatadas pelos juízes, mas corrigir eventuais desvios da conduta que não se compatibilizar com os fins últimos do Estado. Considera-se, nesta perspectiva, uma ferramenta de controle horizontal entre os Poderes estatais, buscando uma coordenação que, nos termos do art. 2º da Constituição, deve mirar a harmonia.

Como se depreende, controle de atribuição e controle de exercício estão intimamente relacionados, de modo que a realização de um implica, expressa ou implicitamente, também na prática do outro. Em um cenário ideal, a norma atributiva de discricionariedade administrativa terá a sua programação suficientemente densificada pelo legislador, de modo que tanto a Administração Pública tenha condições de agir adequadamente, quanto o Poder Judiciário possa controlar suficientemente o ato, de modo que, em ambos os casos, a medida adotada possa ser lógico-argumentativamente fundamentada nos elementos estruturantes da norma, que permitem a conexão sistemática do Direito – seja em âmbito administrativo, pelo princípio da motivação do ato administrativo, seja no âmbito jurisdicional, pelo dever de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição.

Casos haverá, entretanto, em que a norma jurídica será elaborada com um déficit de programação, implicando, por conseguinte, em um déficit de controle. Nestes casos, por ser a execução da norma lesiva ou potencialmente lesiva ao direito fundamental do cidadão é que a sindicabilidade, pelo Poder Judiciário, dependerá de uma justificação funcional e, na sequência, da existência de garantias organizativas e procedimentais compensatórias.¹³⁷

¹³⁷ BACIGALUPO, Mariano. **La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, controle judicial y limites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 233.

Neste sentido também é a doutrina de Gustavo Binjenbojm, que propõe uma sistematização para construção de uma teoria jurídico-funcionalmente adequada do controle judicial sobre o ato administrativo vinculado tanto por regras, que possuem um alto grau de vinculação, quanto por conceitos jurídicos indeterminados, que possuem um grau intermediário de vinculação, e por fim por princípios, que possuem um baixo grau de vinculação.¹³⁸

O primeiro é o grau de objetividade extraível das normas incidentes à hipótese em exame, que quanto maior for, mais intenso deverá ser o grau de controle judicial. Deste modo, o Poder Judiciário deverá atentar para o tipo de norma incidente no caso concreto, se seus elementos estruturantes contém regras, conceitos jurídicos indeterminados ou princípios, de modo a utilizar a técnica em grau proporcional à densidade da norma em questão. Somam-se a isso critérios de lógica e de coerência, que deverão ser utilizados. Tal parâmetro privilegia, assim, a legitimidade democrática, a segurança jurídica e a racionalidade sistêmica na organização e no funcionamento dos órgãos estatais.

O segundo critério é relativo ao grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão pelos órgãos especializados da Administração Pública. Quanto mais técnica for a matéria e a ação administrativa que ela exige, menos intenso deve ser o controle judicial. Este parâmetro privilegia, por sua vez, a especialização funcional e a eficiência na organização e funcionamento dos órgãos públicos.

O terceiro diz respeito ao grau de politicidade da matéria, que seja decidida por mandatário eletivo. Quanto maior for o grau político da decisão cuja competência é de agente eleitoralmente legitimado, menor deve ser a intensidade do controle jurisdicional. Este parâmetro privilegia a legitimidade democrática e a responsividade na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

O quarto critério é o da efetiva participação social nos processo de deliberação dos quais resulte a decisão administrativa. Quanto maior o grau de participação, seja direta ou indireta, menor deve ser o grau do controle judicial.¹³⁹ De acordo com este critério, os atos administrativos são valorizados sob o ponto de vista da participação

¹³⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239-241.

¹³⁹ O autor refere que este *standard* deve ser aplicado também aos atos do Poder Legislativo, conforme o grau de consenso democrático obtido para a sua aprovação, tais como emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, conversão de medida provisória etc. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 240.

do cidadão nas decisões administrativas, por meio de consultas ou audiências públicas. Tal parâmetro privilegia a legitimidade democrática, em seus diferentes graus.

O quinto e último critério é o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, seja em proveito de outros direitos fundamentais, seja em relação aos interesses difusos constitucionalmente assegurados. Assim, quanto maior o grau de restrição a direito fundamental, maior deverá ser o controle judicial. Trata-se de uma decorrência da adoção, no sistema brasileiro, do *judicial review*, seja em relação aos atos legislativos, por meio do controle de constitucionalidade, seja quanto aos atos administrativos, através do controle de juridicidade.

Situações de maior complexidade poderão exigir o equacionamento de dois ou mais destes critérios, quando então deverá ser realizada uma ponderação entre eles, devendo o magistrado definir uma linha de preferências ou prioridades entre eles, deferindo preferência à proteção dos direitos fundamentais, como expressão da sua centralidade no sistema jurídico, passando, na sequência, ao grau de objetividade do relato normativo aplicável à situação concreta. Então, seria dada preferência à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas, bem como quanto à especialização técnico-funcional. Por fim, o juiz deve considerar o grau de efetiva participação social no processo de tomada de decisão, como fator a ensejar um controle mais brando.

Estes critérios, sugeridos pela doutrina, para o controle jurisdicional do exercício concreto da discricionariedade pela Administração, a partir da norma de atribuição desta competência, serão enfrentados, no segundo capítulo deste trabalho, em relação à participação complementar da iniciativa privada nos serviços do Sistema Único de Saúde, a partir da forma como foi regulada no ordenamento jurídico pátrio. Como se pode observar do voto condutor do Acórdão nº 3.239/2013 - Plenário,¹⁴⁰ do

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. TRANSFERÊNCIA DO GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE A ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. FALHAS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO. 1. Apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados. 2. Do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão. 3. A qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais deve ocorrer mediante processo objetivo em que os critérios para concessão ou recusa do título sejam demonstrados nos

Tribunal de Contas da União, de lavra do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, que será mais detalhadamente estudado adiante, a terceirização das ações e serviços de saúde aumenta substancialmente a complexidade da implementação das políticas públicas sanitárias, sendo necessário uma Administração estruturada e capacitada para coordenar, supervisionar, controlar e fiscalizar a execução dos contratos. Entender o processo decisório administrativo dessa solução da necessidade concreta de serviços de saúde, ante o esgotamento da rede pública, bem como ela pode ser controlada pelo Poder Judiciário, para garantir que não haja uma piora na qualidade dos serviços prestados e o desperdício e desvio de recursos públicos é o que se propõe nas próximas páginas.

autos do processo administrativo. 4. A escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993. 5. As organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado. 6. Não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão; entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade. 7. Os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990. 8. Os contratos de gestão devem prever metas, com seus respectivos prazos de execução, bem assim indicadores de qualidade e produtividade, em consonância com o inciso I do art. 7º da Lei 9.637/1998. 9. Os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da organização social. 10. A comissão a quem cabe avaliar os resultados atingidos no contrato de gestão, referida no §2º do art. 8º da Lei 9.637/1998, deve ser formada por especialistas da área correspondente. Acórdão nº 3.239/2013-Plenário. Tomada de Contas nº 018.739/2012-1. Órgãos: Ministério da Saúde, Secretaria Estadual de Saúde da Bahia, Secretaria Municipal de Saúde de Salvador, Secretaria Municipal de Saúde de Araucária, Secretaria Municipal de Saúde de Curitiba, Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro, Secretaria Estadual de Saúde da Paraíba. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Plenário. Julgado em 27/11/2013. [on-line] Disponível em: www.portal.tcu.gov.br Acesso em 04/01/2016.

2 CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO ORIENTADO PARA A PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O direito à saúde, no Brasil, é relativamente recente, dado que foi apenas no século XX que a primeira legislação foi editada com o objetivo de assegurar aos trabalhadores ferroviários uma espécie de previdência social, com o Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, também conhecido como Lei Elois Chaves.¹⁴¹ Essa legislação criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), substituídas, posteriormente, pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), autarquias vinculadas à Administração Pública Federal,¹⁴² que tinham em comum a prestação de assistência aos seus segurados, que eram empregados urbanos, bem como aos seus familiares, em virtude das contribuições pagas paralelamente às contribuições dos empregadores e do Estado.¹⁴³ A situação da época caracterizava os trabalhadores como segurados com benefícios assistenciais, mas não cidadãos titulares de direitos.

A implantação do Ministério da Saúde, em 25 de julho de 1953, com a Lei nº 1.920, implicou na assunção das responsabilidades até então a cargo do Departamento Nacional de Saúde,¹⁴⁴ inclusive com a mesma estrutura, que não era

¹⁴¹ Elois Chaves era advogado e, em 1921, ao viajar de trem na antiga Estrada de Ferro Sorocabana, preocupou-se com os trabalhadores da ferrovia que não podiam deixar de exercer suas atividades laborais ao atingir idade avançada, ainda que por demais desgastantes, porque precisavam continuar trabalhando para sustentar suas famílias. Assim, após discutir com ferroviários o assunto, Elois Chaves elaborou a minuta do texto normativo, com a finalidade de criar "em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados". Essa legislação é considerada o ponto de partida da previdência social no Brasil, embora outras normas jurídicas já tivessem sido editadas desde 1888. BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Institucional, Histórico, Período de 1888 - 1933**. [on-line] Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico/periodo-de-1888-1933/> Acesso em 29/12/2015.

¹⁴² De acordo com Amélia Cohn, essa nova estrutura previdenciária, implementada juntamente com a legislação trabalhista e sindical, institui o padrão verticalizado de relação do Estado com a sociedade civil, sacramentando o universo do trabalho à esfera de responsabilidade do Ministério do Trabalho. Nas palavras da autora: "Tomadas em seu conjunto essas novas formas de regulamentação da relação capital-trabalho, compreende-se o pleno significado da Previdência Social como, de um lado, atendimento a demandas históricas dos trabalhadores, e de outro, como instrumento de reconhecimento, por parte das classes dominantes, de determinados direitos sociais a alguns setores assalariados urbanos, atendidos sob a forma de concessão (e jamais como conquista)". COHN, Amélia. *A Saúde na Previdência e na Seguridade Social: antigos estigmas e novos desafios*. In: COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 6ª ed.. São Paulo: CEDEC, 2005. p. 17.

¹⁴³ O art 3º do Decreto nº 4.682/1923 previa que formariam os fundos das Caixas de Aposentadoria e Pensões a contribuição mensal dos empregados, correspondente a 3% dos respectivos vencimentos, a contribuição anual da empresa, equivalente a 1% da sua renda bruta, e, por parte da União, a soma que produzisse aumento de 1,5% das tarifas de serviços férreos (alíneas "a", "b" e "c", respectivamente).

¹⁴⁴ O Departamento Nacional de Saúde fazia parte do então Ministério da Educação e Saúde, que foi desdobrado, com a criação do Ministério da Saúde, com a referida Lei nº 1.920/1953, e do Ministério

suficiente para dar à principal unidade administrativa de ação sanitária do Governo Federal o caráter de Secretaria de Estado, de modo que pudesse assumir as atividades de saúde pulverizadas em diversos ministérios e autarquias, o que implicava também na difusão dos recursos financeiros e na dispersão de pessoal técnico. Em 1956, com o surgimento do Departamento Nacional de Endemias Rurais, intensificou-se a política de caráter preventivo de agravos de saúde e, com isso, a dicotomia desta com as ações de atenção médica de caráter curativo.¹⁴⁵

Na época, os IAPs disponibilizavam assistência médica e hospitalar diretamente ou mediante contratos com outras entidades oficiais ou com particulares, por meio de credenciamento de serviços privados. Apesar de terem paulatinamente aumentado o número de trabalhadores contemplados, estes institutos não comportavam o atendimento de grande parte da população trabalhadora, como os rurais e os informais, quiçá dos demais indivíduos, como crianças, adolescentes e idosos, que não se enquadravam como mão-de-obra ativa. Então, no início da década de 60, a desigualdade social ensejou a discussão sobre as relações entre saúde e desenvolvimento, com a elaboração de propostas para adequar os serviços de saúde pública à realidade diagnosticada e para reordenar os serviços de assistência médico-sanitária, traçando alinhamentos gerais para determinar uma nova divisão das atribuições e responsabilidades entre os níveis político-administrativo da Federação, inclusive e acima de tudo, visando a municipalização.¹⁴⁶

Em 1964, inicia o período da ditadura militar que promoveu, com o Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, a unificação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões sob a denominação de Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), autarquia federal que representava o sistema geral da previdência social,¹⁴⁷ que

da Educação e Cultura. BRASIL. Portal da Saúde. **Do sanitário à municipalização**. [on-line] Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/historico> Acesso em 29/12/2015.

¹⁴⁵ CANUT, Leticia. Uma breve introdução ao SUS para compreensão do direito à saúde no Brasil. *In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Rio de Janeiro, v. 12, nº 12, jul.-dez./2012, p. 188.

¹⁴⁶ BRASIL. Portal da Saúde. **Do sanitário à municipalização**. [on-line] Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/historico> Acesso em 29/12/2015. Lembre-se, por oportuno, que na época os Municípios sequer tinham sido alçados à condição de entes federados autônomos, o que só ocorreu com a Constituição da República de 1988, conforme se verifica do seu art. 18.

¹⁴⁷ Até esta alteração da estrutura previdenciária, esta política vinha em uma crescente politização, sendo objeto de disputa entre o Estado, que defendia a permanência das características do sistema, de cunho clientelista, resistindo a qualquer forma de controle, e os trabalhadores urbanos, que eram os principais e quase exclusivos financiadores da política, que reivindicavam, exatamente por isso, o seu controle. COHN, Amélia. A Saúde na Previdência e na Seguridade Social: antigos estigmas e novos desafios. *In: COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços*. 6ª ed.. São Paulo: CEDEC, 2005. p. 20.

abrangia a assistência médico-social. Três anos mais tarde, foi realizada a Reforma Administrativa Federal,¹⁴⁸ estabelecendo que o Ministério da Saúde seria responsável pela formulação e coordenação da Política Nacional de Saúde, abrangendo as seguintes áreas: política nacional da saúde, atividades médicas e paramédicas, ação preventiva em geral, vigilância sanitária de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos, controle de drogas, medicamentos e alimentos e pesquisa médico-sanitária.

Desde então e até meados da década de 70, INPS e Ministério da Saúde mantiveram a dicotomia entre atenção médica curativa e preventiva, havendo uma divisão de atividades e públicos-alvo, assumindo, a rede pública, com esta configuração, uma crescente assistência médica individual, de natureza assistencialista e imune ao controle social – tal qual típico dos regimes ditatoriais.

Contudo, ao invés de estruturarem-se serviços públicos de atendimento à população, esta nova configuração previdenciária manteve o padrão de contratar as atividades assistenciais com prestadores de serviços privados. Isso possibilitou a capitalização da assistência médica privada, sem os riscos das leis de mercado, eis que o próprio Estado, ao não prestar os serviços de saúde, garantia a manutenção de contratos com prestadores privados.

No que tange às entidades privadas assistenciais, especialmente as sem fins lucrativos, os investimentos públicos, autorizados pela Lei nº 4.320, e 17 de março de 1964, que instituiu normas de direito financeiro, prevendo o repasse de subvenções, auxílios e contribuições para entidades sem fins lucrativos, passa a ter cunho eminentemente político, sendo objeto de negociações por parte de governantes e agentes públicos com as entidades privadas. Nestas relações, as prestações de

¹⁴⁸ Na década de 60, no Brasil, houve uma busca pelo profissionalismo na Administração Pública, com o objetivo racionalizá-la, cujo maior símbolo é o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispunha sobre a organização da Administração Pública Federal, estabelecendo as diretrizes para a Reforma Administrativa. A estruturação então promovida visava agilizar as atribuições a cargo da Administração Pública, fazendo com que se restringisse, a Administração Direta, aos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, repassando à Administração Indireta, que compreendia entidades dotadas de personalidade jurídica própria (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações) as atividades que pudessem ser descentralizadas. A inspiração negocial da reforma buscava no direito norte-americano formas de compatibilizar a ideia de Estado Liberal (que garantisse a propriedade privada e as liberdades individuais) com o interesse nacional (definido pelo próprio Estado). O Direito Administrativo da época, de cunho desenvolvimentista e modernizador, tinha como paralelo, na esfera política, a ditadura militar. LOPES, José Reinaldo de Lima. Apresentação. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XIII.

contas, com regras muito burocráticas, não eram objeto de nenhuma fiscalização efetiva.¹⁴⁹

Foi então e diante destas características jurídico-institucionais que, segundo Amélia Cohn, restou selada a sorte privatizante dos serviços públicos de saúde, bem como o seu perfil sempre mais distante das reais necessidades de saúde, tanto dos trabalhadores, quanto da população em geral.¹⁵⁰ A regulamentação desse período sobre as relações entre o público e o privado reflete ainda hoje na delimitação do mercado e do Estado na área da saúde.¹⁵¹

Em 1974, houve a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) por meio da Lei nº 6.036, de 1º de maio, que alterou o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, especificamente no art. 35, ao qual cabia orientar e dirigir a elaboração de programa setorial e regional correspondente às suas políticas.¹⁵² A complementação ao tratamento dado a esse setor público ocorreu com a Lei nº 6.439,

¹⁴⁹ De certo modo, esta situação se verifica com bastante frequência ainda na atualidade. Tanto é assim que a União editou, por iniciativa de projeto do Congresso Nacional, a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que institui normas gerais para as parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou projetos estabelecidos em planos de trabalho e formalmente celebrados entre as partes, substituindo a figura do convênio, amplamente utilizado para instrumentalizar tais relações, por novos ajustes, que são o termo de colaboração, o termo de fomento e o acordo de cooperação. Esta legislação - que entrará em vigor para a União, os Estados e o Distrito Federal em 23 de janeiro de 2016, mas para os Municípios apenas em 1º de janeiro de 2017 (livrando 2016, o ano de eleições municipais, das novas regras) -, inicialmente formulada primando pela tecnicidade, pela transparência, pela responsabilização dos agentes públicos e privados envolvidos nestas relações, foi profundamente alterada antes mesmo da sua vigência, pela Lei nº 13.204, de 15 de dezembro de 2015. Estas modificações foram reivindicadas tanto pelos entes federados, que viram nas novas regras um procedimento formal que reduziria drasticamente a discricionariedade na decisão sobre a alocação de recursos públicos, dado que seria quase sempre necessária a realização de certame público para escolha das entidades privadas que se relacionariam com a Administração, o que impactaria, em outros termos, na redução da disponibilidade de negociação política, quanto pelas próprias organizações da sociedade civil, que perceberam a necessidade de profissionalização dos seus serviços e das suas estruturas, ao passo que não teriam mais a segurança do financiamento público de parte (quando não todo) do seu objeto social, pois não haveria nenhuma garantia de que se sagrariam vencedoras dos referidos certames – como, aliás, ocorre desde 1993 com as licitações públicas. JANOVIK, Ana Maria. Novo Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias - Lei Federal nº 13.019/2014. In: **Revista Legisla NEWS - A Gestão Municipal em Pauta**, Edição Especial, Ano 2, nov./2014. p. 5-26.

¹⁵⁰ COHN, Amélia. A Saúde na Previdência e na Seguridade Social: antigos estigmas e novos desafios. In: COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 6ª ed.. São Paulo: CEDEC, 2005. p. 21-25.

¹⁵¹ BAHIA, Ligia. O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). **Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. p. 422-427.

¹⁵² É oportuno considerar que, formalmente, a assistência social passou a ser tratada como assunto de estado, embora muito relacionada com a Previdência Social e com ações muito insipientes. De qualquer modo, é um marco também para este direito social, que deixou de ser atendido exclusivamente por entidades privadas sem fins lucrativos, em especial por organizações religiosas, como ocorria até então, como maior acento no pós-Segunda Guerra.

de 1º de setembro de 1977, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), que tinha como finalidade integrar as funções de concessão e manutenção de benefícios e prestação de serviços, de custeio de atividades e programas e de gestão administrativa, financeira e patrimonial, criando, para tanto, duas autarquias vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social: o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS).

O INPS continuou existindo, porém, com competência precípua de conceder e manter os benefícios e outras prestações em dinheiro, e os programas de previdência social urbana e rural, dos servidores do Estado, bem como programas de amparo financeiro a idosos e inválidos. Já ao INAMPS competia prestar assistência médica,¹⁵³ mediante um esquema de participação direta dos beneficiários em função do seu nível de renda, dentre outros fatores que poderiam ser considerados, como natureza da doença e vulto das despesas gerais do atendimento, no custeio dos serviços médicos de que se utilizassem e dos medicamentos que se lhes fossem fornecidos em ambulatórios. A exceção à regra de participação direta dos beneficiários era prevista apenas às vítimas de acidente do trabalho e aos beneficiários que percebessem remuneração ou benefícios de até cinco vezes o valor de referência estabelecido então pelo Poder Executivo. Como se verifica, a assistência médica da época tinha uma forte conotação assistencial aos mais necessitados, dependendo, em relação aos demais indivíduos, de contribuição no seu custeio, tal qual ocorre, na atualidade, com a previdência social.

Neste contexto e paralelamente a estes acontecimentos, a União editou a Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975, que dispunha sobre a organização do Sistema Nacional de Saúde, então constituído pelo complexo de serviços do setor público e do

¹⁵³ O art. 6º da Lei nº 6.439/1977 previa os programas de acordo com os quais a assistência médica deveria ser prestada pelo INAMPS: programas de assistência médica aos trabalhadores urbanos, abrangendo os serviços de natureza clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica, e assistência complementar, devidos os segurados do INPS e respectivos dependentes (inciso I), programas de assistência médica aos servidores do Estado, abrangendo os serviços de natureza clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica, devidos aos funcionários públicos civis da União e de suas autarquias e do Distrito Federal, e respectivos dependentes (inciso II), programas de assistência médica aos rurais, abrangendo os serviços de saúde e a assistência médica devidos, respectivamente, aos trabalhadores e aos empregadores rurais (inciso III) e programas especiais de assistência médica, abrangendo os serviços médicos então mantidos pela Fundação Legião Brasileira de Assistência - LBA e os que eram prestados em determinadas regiões à população carente, seja ou não beneficiária da previdência social, mediante convênios com instituições públicas que assegurassem ao INAMPS os necessários recursos.

setor privado voltados para ações de interesse da saúde, abrangendo atividades que visassem à promoção, proteção e recuperação da saúde. A organização e a disciplina do Sistema Nacional de Saúde abrangia ações sanitárias, a cargo do Ministério da Saúde, cuja atribuição era a de formular a política nacional e promover ou executar ações preferencialmente voltadas para medidas e atendimentos de interesse coletivo, como também ao Ministério da Previdência e Assistência Social que, como dito, atuava principalmente voltado para o atendimento médico assistencial individualizado. Além desses dois órgãos, também havia o envolvimento do Ministério da Educação e Cultura, incumbido, em especial, da formação e da habilitação dos profissionais de nível universitário, técnico e auxiliar, necessários ao setor de saúde, do Ministério Interior, nas áreas de saneamento, radicação de populações, desenvolvimento regional integrado e assistência em casos de calamidade pública, do Ministério do Trabalho, quanto à higiene e segurança do trabalho, prevenção de acidentes, de doenças profissionais e do trabalho, à proteção, disciplina corporativa e política salarial das profissões de saúde, e dos demais Ministérios, quando suas ações se relacionassem com a saúde e constituíssem programas específicos.

A articulação federativa ocorria mediante o repasse de incentivos técnicos e financeiros da União para Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, para que organizassem seus serviços, atividades e programas de saúde, segundo as diretrizes da Política Nacional. Nesta lógica, já se verificava uma forte estimulação à municipalização da saúde. Estados, Distrito Federal e Territórios estavam incumbidos de instituir, em caráter permanente, o planejamento integrado de saúde da unidade federada, articulado como plano federal de proteção e recuperação da saúde, integrando suas atividades ao Sistema Nacional de Saúde, criando e operando, quando fosse o caso, serviços básicos de saúde para a população local. Por outro lado, aos Municípios eram atribuídas as funções de manter os serviços de saúde de interesse da população local, especialmente os de pronto-socorro, bem como a vigilância epidemiológica – além de articulação de seus planos locais de saúde com os planos estaduais e federais, bem como de integração dos seus serviços de proteção e recuperação da saúde no Sistema Nacional.

Cristaliza-se, assim, a ideia de implantação de um sistema regido pela centralidade de coordenação da política, pela União, paralelamente à ideia de

subsidiariedade¹⁵⁴ na execução das suas ações e serviços. Entretanto, as opções dos anos 70 refletiram nas décadas posteriores, especialmente em razão da crise da medicina previdenciária no final do período, que antecedeu a própria crise previdenciária como um todo.

Sonia Maria Fleury Teixeira sintetiza cinco características marcantes deste período, que implicaram profundas transformações na prestação da assistência médica no Brasil. A primeira era a extensão da cobertura previdenciária, que abrangia quase totalmente a população urbana e parte da população rural, ocorrendo em dois sentidos: na incorporação de novas categorias de trabalhadores antes excluídos dos benefícios previdenciários e da ampliação da agenda de benefícios oferecida. A segunda característica era o privilégio dado pela Política Nacional de Saúde para a prática curativa, individual, assistencialista e especializada, em detrimento de medidas de saúde, de interesse coletivo e caráter preventivo. Em terceiro lugar, a crescente intervenção estatal, através da Previdência Social, para regulação de mercado de produção e consumo de serviços de saúde, teve como consequência o desenvolvimento de um padrão de organização da prática médica mais orientado para a lucratividade, favorecendo, assim, os produtores privados destes serviços. A quarta característica foi a criação de um complexo médico-industrial, que foi responsável pelas elevadas taxas de acumulação de capital das grandes empresas monopolistas internacionais na área da produção de medicamentos e equipamentos médicos – o que também, de certa forma, era uma consequência da opção pela prática médica privada, curativa e individual. Por fim, a quinta e última característica era a diferenciação da prática médica em função da clientela, do que decorria que se destinava um tipo de cuidado ao consumo das faixas marginais da população, outro aos trabalhadores com situação regularmente definida e, uma terceira aos trabalhadores inseridos nos setores mais dinâmicos da economia, cuja exigência de

¹⁵⁴ A subsidiariedade, entendida como um princípio jurídico, refere que tudo o que possa ser feito – e bem feito –, pela organização mais próxima do problema não deverá ser transferido a outras organizações mais distantes. Deste modo, há uma espécie de ordem preferencial na resolução das necessidades, sendo o primeiro e principal dever comum o desenvolvimento do bem de todos, que é um dos objetivos fundamentais da República, conforme art. 3º, inciso IV, da Constituição. Este dever cabe, em primeiro lugar, à pessoa, depois à família, depois à comunidade, depois ao Município, depois ao Estado, depois à União e, por fim, a organizações internacionais. Dito de outro modo, quem está mais próximo da realidade concreta tem melhores condições e meios para a consecução dos fins. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Federalismo, descentralização e subsidiariedade. *In*: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (Orgs.). **Direito do Estado – Estudos sobre Federalismo**. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007. p. 55.

altas taxas de produtividade requeria uma atenção médica especial, fornecida por empresas médicas.¹⁵⁵

Neste cenário, o Brasil ingressou nos anos 80, o apogeu da capitalização do setor privado de prestação de serviços de saúde, com empresas e cooperativas médicas, bem como hospitais privados, contrapondo-se ao sucateamento da rede pública de serviços, em virtude destes não terem sido tratados como prioridade pela política sanitária, quiçá por outras políticas. Por outro lado, a época era de crise econômica que associada ao crescente número de beneficiários, exigiu que o INAMPS contornasse a situação, racionalizando suas finanças por meio do controle de gastos e da contenção de despesas, refreando os contratos com o setor privado e priorizando o setor público de saúde – que, como referido, era precário.

As estratégias adotadas, então, consistiram em duas: a primeira, com a criação do Conselho Consultivo de Administração Previdenciária (CONASP), no âmbito do Ministério da Previdência e Assistência Social, por meio do Decreto nº 86.329, de 2 de setembro de 1981, com a função de revisar as formas de organização da assistência médica previdenciária, sugerindo critérios para alocação dos recursos previdenciários destinados à assistência médica, recomendando a adoção de políticas ou modalidades de financiamento de assistência à saúde; e, a segunda, a implantação das Ações Integradas de Saúde (AIS) pela Comissão Interministerial de Planejamento e Coordenação (CIPLAN), formada pelos Secretários Gerais do Ministério da Saúde e do Ministério da Previdência e Assistência Social, que consistia em estratégia de integração programática entre as organizações de saúde no âmbito federal, estadual e municipal, incluindo também os prestadores de serviços destas três esferas, de acordo com as orientações e pressupostos do Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no Âmbito da Previdência Social elaborado pelo CONASP (que compunha-se, basicamente, do diagnóstico das modalidades assistenciais existentes no INAMPS e da proposta de reorientação da situação identificada).¹⁵⁶

¹⁵⁵ TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. Reorientação da assistência médica previdenciária: um passo adiante ou dois atrás? *In: Revista de Administração Pública*, v. 19, nº 1, Rio de Janeiro, FGV, jan.-mar./1985. p. 48-51. [on-line] Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/10372/9364> Acesso em 02/12/2015.

¹⁵⁶ TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. Reorientação da assistência médica previdenciária: um passo adiante ou dois atrás? *In: Revista de Administração Pública*, v. 19, nº 1, Rio de Janeiro, FGV, jan.-mar./1985. p. 52. [on-line] Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/10372/9364> Acesso em 02/12/2015. Apesar das AIS representarem avanços, ainda que com dificuldades para a sua implantação, paralelamente aos progressos a direção do INAMPS passou a praticar uma política de favorecimento a iniciativa privada, inclusive com o uso fraudulento no sistema de contas pagas aos hospitais

Este plano, elaborado pelo CONASP, foi divulgado em 1982, e trazia um diagnóstico das diferentes modalidades assistenciais existentes no INAMPS, apontando as disfunções no seu uso, assim como as distorções da distribuição dos recursos do Instituto para a contratação de serviços do setor privado. De acordo com os dados levantados, a contratação de serviços privados, na época, consumia 59,5% do total de gastos do INAMPS com saúde, abrangendo, neste quadro, consultas médico-odontológicas, internações hospitalares e serviços de diagnose e terapia. Por outro lado, as despesas com os mesmos serviços na rede pública perfaziam 25,4% do total dispendido pela autarquia.¹⁵⁷

Restava comprovada a privatização da assistência médica previdenciária, com o desprestígio da rede pública de prestação de serviços de saúde, o que resultava na impossibilidade de se planejar o racionamento dos custos crescentes do setor através do enxugamento da máquina pública. A proposta, neste panorama, era a reversão gradual deste modelo assistencialista de serviços de saúde, primando pela melhoria da qualidade dos serviços e a extensão da cobertura à população rural, em iguais condições à dos trabalhadores urbanos.

O contexto da época apontava uma encruzilhada: ou o Brasil apenas fazia uma contenção de gastos da Previdência com assistência médica, preservando a autonomia da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde, livre para explorar comercialmente o modelo individual e curativo, ou realizava profundas mudanças no próprio modelo público de atendimento ao cidadão, com integração e hierarquização dos serviços, universalização do direito à assistência médica, integração das práticas preventivas e curativas, rumando em direção a um Sistema Único de Saúde.

Evidentemente que, reconhecendo-se que os gastos com assistência médica com a iniciativa privada, pelo INAMPS, eram superiores a metade de todas as despesas realizadas no setor, seria impossível organizar operacionalmente um sistema único de saúde que excluísse os prestadores privados. Estes precisariam ter

contratados, mediante a recém implantada Autorização de Internações Hospitalares – AIH, que não contava com ferramentas de controle da aplicação do recurso público. CANUT, Leticia. Uma breve introdução ao SUS para compreensão do direito à saúde no Brasil. *In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Rio de Janeiro, v. 12, nº 12, jul.-dez./2012, p. 188.

¹⁵⁷ A diferença de 9,1% entre os gastos com o setor público e o setor privado, referidos no texto, ocorria com ocorria com "convênios rurais" e com "sindicatos urbanos", cujas agremiações não permitiam discriminar as despesas. TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. Reorientação da assistência médica previdenciária: um passo adiante ou dois atrás? *In: Revista de Administração Pública*, v. 19, nº 1, Rio de Janeiro, FGV, jan.-mar./1985. p. 53-54. [on-line] Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/10372/9364> Acesso em 02/12/2015.

lugar no debate político que culminou em uma reformulação institucional da saúde no Brasil.

Este movimento, impulsionado pela 8ª Conferência Nacional de Saúde¹⁵⁸, realizada em 1986, resultou na Reforma Sanitária¹⁵⁹ e se caracterizou como um processo de formulação da política de saúde, consolidando um sistema híbrido,¹⁶⁰ público e privado, assegurado como garantia constitucional deste direito social, nos termos do art. 6º e art. 196 a 200 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.¹⁶¹

Ainda assim, os sistemas público e privado, apesar de coexistirem, não se inter-relacionam diretamente. O sistema público de atendimento à saúde funciona como um mecanismo de implantação de direitos humanos, cumprindo os requisitos de isonomia e justiça social, por meio de ações e serviços que enfatizam a saúde coletiva, com foco preventivo, na promoção e proteção da saúde, e curativo, de recuperação

¹⁵⁸ A 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada de 17 a 21 de março de 1986, em Brasília, contando com a participação de cerca de 5.000 pessoas, dentre as quais representantes de diversos movimentos sociais, movimentos populares de saúde, trabalhadores, usuários, parlamentares e sindicatos, oportunizou o debate dos princípios e diretrizes da Reforma Sanitária, destacando-se, dentre eles, o conceito ampliado de saúde, o reconhecimento da saúde como direito de todos e dever do estado, a criação de um sistema público (por meio da unificação do INAMPS e do Ministério da Saúde), a descentralização e hierarquização dos serviços, a atenção integral às necessidades de saúde da população e a participação popular. Foi a partir desta Conferência que se instituiu a Comissão Nacional de Reforma Sanitária, para o encaminhamento das propostas à Assembleia Nacional Constituinte. AGUIAR, Zenaide Neto. Antecedentes Históricos do Sistema Único de Saúde – breve história da política de saúde no Brasil. *In*: _____ (Org.). **SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2015. p. 37.

¹⁵⁹ A Reforma Sanitária foi um movimento articulado ao longo das décadas de 70 e 80, no Brasil, na perspectiva de reformulação das políticas de saúde, com o objetivo de impulsionar a estruturação de um sistema único, dada a oferta de ações e serviços, durante o período do regime militar, ter aprofundado suas características de assistência médica curativa, fortemente vinculada ao setor privado lucrativo, eminentemente excludente, pouco resolutivo e dispendioso. AGUIAR, Zenaide Neto. Antecedentes Históricos do Sistema Único de Saúde – breve história da política de saúde no Brasil. *In*: _____ (Org.). **SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2015. p. 36.

¹⁶⁰ MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. A implementação da Reforma Sanitária: a formação de uma política. *In*: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo.(Orgs.) **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. p. 305.

¹⁶¹ Após a promulgação do texto constitucional, entretanto, houve uma desmobilização dos movimentos envolvidos na Reforma Sanitária, especialmente com a ascensão à presidência de José Sarney, em decorrência da morte de Tancredo Neves, culminando em um retrocesso nas conquistas democráticas, com um aprofundamento da gestão conservadora. No governo Fernando Collor, se operou novamente a centralização da gestão do Sistema Único de Saúde, comprometendo a autonomia da gestão municipal e interferindo nas esferas de comando estaduais. Neste período, os repasses de recursos da União para Estados e Municípios dependia de negociações políticas, ocasionando entraves ao processo de descentralização do SUS, para o atendimento das especificidades epidemiológicas e sanitária locais e regionais da população. Este cenário durou até meados da década de 90, quando então começaram a operar os fundos públicos de saúde, com transferências automáticas de recursos federais, conforme determinam os artigos 33, § 1º, e 34 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. URBANO, Luzia A. **A privatização da saúde e a implantação do SUS: cenários de uma cidade**. Ribeirão Preto: FUNPEC, 2003. p. 40-41.

de agravos.¹⁶² No máximo, o sistema público contrata estruturas privadas para formar uma rede complementar, quando insuficientes os serviços próprios – que, a partir de então, passam a integrar a rede pública, com todas as consequências daí decorrentes –, bem como regulamenta, fiscaliza e controla os serviços particulares da rede suplementar de saúde.

Os serviços privados de saúde são autônomos, formando um corpo com premissas distintas, pois realizam ações de saúde como atividade econômica, obtendo custeio mediante a cobrança direta do paciente ou participando do sistema de saúde suplementar, formado por planos de assistência e seguros-saúde, com ênfase de seus serviços sobre a assistência curativa individual.

A compreensão das noções de público e privado na prestação de serviços de saúde, bem como da incorporação do privado, inclusive o assistencial, no SUS e do público, inclusive assistencial, no privado, amplia as fronteiras de aplicação deste par conceitual para aprimorar o conhecimento sobre a gênese destas relações e da dinâmica das políticas de saúde contemporâneas.¹⁶³ A partir desta breve contextualização histórica de como estas diferentes esferas se relacionam na prestação de serviços de saúde à população brasileira, é possível compreender as forças políticas, jurídicas e econômicas que colmataram o atual formato do Sistema Único de Saúde, que pressupõe uma rede pública de atendimento promocional, preventivo e curativo de agravos à saúde, admitindo a participação da iniciativa privada de forma complementar. Contudo, muito ao contrário do conhecimento da história nos apresentar respostas conclusivas sobre os limites possíveis deste imbrincamento, as relações entre o público e o privado, bem como a utilização desses conceitos continuam sendo problematizadas – defendendo, Rosana Onocko Campos, que sempre deverão ser, tanto porque a problemática da saúde vive e resiste como questão privada, íntima, entrelaçada às maneiras de viver a vida e de se expor aos mais diversos riscos para a saúde humana, quanto porque também os setores público

¹⁶² WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à saúde e o princípio da integralidade. *In*: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 106-108.

¹⁶³ BAHIA, Ligia. A privatização no sistema de saúde brasileiro nos anos 2000: tendências e justificação. *In*: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Orgs.). **Gestão Pública e Relações Público Privado na Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2011. p. 120.

e privado, que interessam ao presente trabalho, supostamente deveriam funcionar como elementos complementares na prestação de serviços à população.¹⁶⁴

Apresentados, assim, os contornos do problema envolvendo a prestação de serviços de saúde pública pela iniciativa privada, a investigação acerca da adequação das escolhas político-administrativas de contratação de serviços complementares para oferta da saúde pelos entes federados que compõem o SUS, bem como sobre a forma com a qual o Poder Judiciário vem controlando estas ações, segue em debate.

2.1 Aspectos jurídico-institucionais das políticas públicas de saúde

Após as duas grandes guerras mundiais, foi restabelecida a vinculação entre o Estado e a saúde individual e do ambiente social, sendo reconhecido como um direito essencial dos seres humanos no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, de 22 de julho de 1946, que refere "A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade".¹⁶⁵ Essa assertiva traz uma noção de saúde, cujo conceito é uma das questões mais elementares e, ao mesmo tempo, mais complexas, no Direito Sanitário.

Ordinariamente, o conceito de saúde é referido como a ausência manifesta de doença. Sem dúvidas, a descoberta de doenças e o seu subsequente isolamento, possibilitado pelo desenvolvimento de medicações específicas, somada aos avanços científicos e tecnológicos, tem induzido a essa concepção. Porém, a ausência de doença, embora expresse um fator relevante do estado de saúde, não o esgota, dado que diversos outros fatores devem ser considerados, como o bem-estar psíquico da pessoa, por exemplo. Não se nega, contudo, a importância dessa ideia, que afirma a existência de um núcleo preciso, orientando a compreensão do que, clara e inquestionavelmente, é o direito subjetivo do indivíduo, ou seja, a assistência integral, seja para evitar ou para tratar o indivíduo, isolada ou socialmente.¹⁶⁶

Na sequência, a Constituição da Organização Mundial da Saúde ainda afirma que "Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos

¹⁶⁴ CAMPOS, Rosana Onocko. Planejamento em saúde: a armadilha da dicotomia público-privado. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Orgs.). **Gestão Pública e Relações Público Privado na Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2011. p. 198.

¹⁶⁵ Em tradução livre. No original, consta: "Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity." WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. [on-line] Disponível em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em 31/12/2015.

¹⁶⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 9-10.

fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica e social".¹⁶⁷ A saúde, neste contexto, é essencial para conseguir a paz e a segurança, dependendo da cooperação entre os indivíduos e os Estados, dando, assim, uma noção de coletividade que ultrapassa as barreiras nacionais. Adiante, aduz, ainda, que "A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde".¹⁶⁸

Embora as objeções teóricas ao realismo desta definição,¹⁶⁹ especialmente quando se pretende que este "estado de completo bem-estar físico, mental e social" seja ofertado pelo Estado, é inegável que tem o mérito de servir como referência para estimular as nações a esgotarem os meios de garantia dos serviços de saúde, admitindo um bem-estar aceitável, entendido como aquele que assegure a dignidade da pessoa humana e evite os riscos de doença, promovendo, assim, a vida. Além disso, também é matriz para operacionalização de diversas leis em matéria sanitária, pois ao associar a noção de saúde ao bem-estar social e psíquico, traz a ideia do ser humano em relação ao seu meio, além de enaltecer a saúde como um bem jurídico coletivo, além de individual. É nesta medida que a saúde é tomada como um bem jurídico de desenvolvimento, acenando para a necessidade da sua preservação presente e futura, tanto do indivíduo quanto, coletivamente, da humanidade.

A noção da saúde como direito humano afirmada na Constituição da Organização Mundial da Saúde foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio. Contudo, a exata definição da saúde vai além, consistindo em um conceito difuso, porque não deriva só de fatores biológicos e genéticos. Decorre também de aspectos socioambientais, econômicos, culturais e do estilo de vida de cada indivíduo,

¹⁶⁷ Em tradução livre. No original, consta: "The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition." WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. [on-line] Disponível em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em 31/12/2015.

¹⁶⁸ Em tradução livre. No original, consta: "The extension to all peoples of the benefits of medical, psychological and related knowledge is essential to the fullest attainment of health." WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. [on-line] Disponível em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em 31/12/2015.

¹⁶⁹ Sem dúvidas, o Estado tem grandes deveres na promoção, na proteção e na recuperação da saúde, mas não é responsável pelo *completo* bem-estar das pessoas, porque isso implica em que elas também se empenhem na busca da satisfação das suas necessidades, desde as materiais até as de ordem espiritual, metafísica e, quiçá, transcendental. SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida – um mundo de corresponsabilidades e fazeres. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 29-30.

considerados concretamente¹⁷⁰, que implicam na garantia deste direito pelo Estado, bem como no dever da sociedade e dos indivíduos em fazerem a sua parte para promovê-la, impondo deveres morais e jurídicos, o que também resulta na delimitação do seu conteúdo em um patamar aceitável e realizável, para que seja possível demarcar as prestações obrigacionais do Estado – sem olvidar, evidentemente, das responsabilidades da sociedade e das próprias pessoas.

Tendo em vista essa concepção de saúde, é necessário compreender, na realidade brasileira, quais são os contornos deste direito social e quais os deveres do Estado e dos cidadãos para a sua efetivação. Isto tem reflexos tanto no planejamento das políticas públicas sanitárias, quanto na estruturação do sistema público de saúde. A partir das respostas a estas questões, é que será possível compreender como o legislador pátrio regulamentou o disposto no art. 199, *caput* e inciso I, da Constituição da República, que determina que a assistência à saúde, embora seja livre à iniciativa privada, somente poderá ter a participação de instituições privadas (preferencialmente entidades filantrópicas e sem fins lucrativos), no Sistema Único de Saúde, de forma complementar. Delimitado está o objeto da investigação a seguir.

2.1.1 Saúde: direito humano, direito fundamental, direito social

O direito à saúde é reconhecido como direito humano¹⁷¹ fundamental,¹⁷² indispensável para o desenvolvimento do indivíduo e, em decorrência, da própria

¹⁷⁰ Muitos doutrinadores afirmam essa noção de saúde como um conceito complexo que depende de diversos fatores que vão além do sanitário, referindo-se, por todos: SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida – um mundo de corresponsabilidades e fazeres. *In*: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. *In*: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 183-242.

¹⁷¹ Na acepção de Luiz Fernando Barzotto, que afirma que direitos humanos são uma espécie do gênero "direito subjetivo", porque se constituem em direitos subjetivos que cabem a todo ser humano em virtude da sua própria humanidade. "Nos direitos humanos, a pessoa humana é a medida do direito" – não no sentido da dogmática jurídica, que compreende o ser humano a partir da ordem jurídica positiva, mas a partir da dignidade da pessoa humana, que inverte essa lógica e fundamenta o direito. Para o autor, para se possuir direitos humanos, basta pertencer à espécie humana, ou seja: o titular dos direitos humanos é simplesmente o ser humano, o que demonstra o limite da ciência jurídica, que não lida como o ser humano enquanto tal, mas com o papel jurídico por ele desempenhado, como proprietário, segurado, credor etc. Logo, a determinação do sujeito dos direitos humanos, para além da ciência jurídica, exige respostas da antropologia, que se sustenta na metafísica, em três dimensões: idealismo, realismo e empirismo, sendo que a cada uma delas corresponderá uma concepção de quem é o titular dos direitos humanos. A respeito, ver: BARZOTTO, Luiz Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *In*: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, vol. 28, nº 59, jun./2004. p. 137-142.

¹⁷² Direito humano fundamental porque, como ensina Jorge Miranda, é um direito inerente à própria noção de pessoa, como são os direitos que constituem o fundamento jurídico da vida humana digna, que para além de estarem declarados na Constituição são, antes disso, direitos resultantes da

sociedade, encontrando-se categorizado como direito social de segunda geração.¹⁷³ Está previsto no art. 6º da Constituição da República, inserido no Capítulo II, que trata dos direitos sociais, do Título II, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais.

concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito e do sentimento jurídico coletivo, ou seja, da consciência coletiva dos valores da vida social que merecem tutela. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 4ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 9-13. Nesta acepção, há uma identidade entre direitos humanos e direitos fundamentais, embora haja uma diferenciação entre os termos, que Marcelo Schenk Duque esclarece: enquanto os direitos humanos estão acima do texto normativo, sendo anteriores ao próprio Estado, de caráter irrenunciável, cuja principal característica é a sua transnacionalidade, os direitos fundamentais possuem o seu fundamento de validade no direito positivo do Estado, normalmente em constituições escritas. Neste trabalho, porém, deixa-se de fazer uma distinção mais detalhada porque são tomadas estas categorias de direitos como intrincadas, sendo, os direitos fundamentais uma expressão dos direitos humanos. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 52-53. Os direitos humanos serão abordados, neste trabalho, com maior delongamento, adiante.

¹⁷³ A afirmação de que os direitos humanos, por mais fundamentais que sejam, são, em verdade, direitos históricos, porque nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas pelas lutas em defesa de novas liberdades contra os antigos poderes, de forma gradual, é de Norberto Bobbio, que verifica a sua existência quando há norma no ordenamento jurídico positivo que confira tal direito, em sentido contrário do que se afirmou nas notas anteriores. O que interessa, entretanto, neste ponto, é a doutrina do jurista italiano sobre o desenvolvimento da teoria e da prática dos direitos do homem na direção da sua universalização e na da sua multiplicação, com o reconhecimento estatal da sua existência. O primeiro fenômeno, tratado na doutrina de direito internacional, foi o ponto de partida de uma profunda transformação do direito das “gentes”, como foi chamado por séculos, em direito dos indivíduos, que foram adquirindo potencialmente o direito de questionarem o Estado e, com isso, se transformaram em cidadãos. O segundo processo, de multiplicação, diz respeito à origem social dos direitos do homem, em estreita conexão entre as mudanças sociais e o nascimento de novos direitos, o que, para ele, ocorreu de três modos: (1) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela jurídica, (2) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem e (3) porque o próprio homem não mais foi considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, sendo visto na especificidade ou na concreticidade de suas diferentes formas de ser em sociedade (criança, idoso, doente, trabalhador etc.). O primeiro processo deu ensejo à passagem dos direitos de liberdade, chamadas de liberdades negativas, como a de religião, de opinião, de imprensa, para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção positiva e direta do Estado. O segundo processo culminou na passagem da consideração do indivíduo singular para o coletivo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, a humanidade etc. Além dos homens, até sujeitos diferentes tiveram direitos reconhecidos, como os animais, através de movimentos em prol da preservação da natureza. Com o terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico para o homem específico, ou seja, na diversidade dos seus diferentes *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação, como sexo, idade, condições físicas etc. Esse processo de multiplicação se deu principalmente no âmbito dos direitos sociais. Categorizando o desenvolvimento destes direitos, Bobbio, então, refere como direitos de primeira geração os de liberdade negativa, que evoluíram paralelamente ao princípio da igualdade entre os homens; direitos de segunda geração os de liberdades políticas e sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses sem terra, dos pobres que passam a exigir prestações dos poderes públicos, da proteção ao trabalho contra o desemprego, da instrução contra o analfabetismo etc. Ao lado dos direitos sociais, ou de segunda geração, surgiram os direitos de terceira geração, como categoria heterogênea e vaga, reivindicado pelos movimentos ecológicos, por exemplo. O autor refere inclusive a existência de direitos de quarta geração, que seriam relativos aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, da manipulação do patrimônio genético do indivíduo etc. Assim, demonstra o autor que os direitos não nascem todos juntos, mas apenas quando podem (pelas circunstâncias históricas) e podem (pelas reivindicações do homem) nascer. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

A saúde é um direito humano ínsito à vida, pressuposto indelével da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III do art. 1º. A saúde, a vida e a dignidade constituem a tríade que garante o exercício dos demais direitos e liberdades humanas.¹⁷⁴

Ainda que sejam diversas as expressões empregadas pela doutrina para definir a categoria dos direitos fundamentais, tomam-se estes tanto na acepção de garantia contra violações estatais a um determinado conjunto de bens jurídico e ações pessoais, como na sua essência, que é a própria pessoa e a sua dignidade. Os direitos fundamentais são, na atualidade, o epicentro do direito constitucional moderno.¹⁷⁵

Sustentando que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, razão pela qual, no Brasil, o legislador constituinte estabeleceu como ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los,¹⁷⁶ Gilmar Ferreira Mendes, afirma a necessidade de se envidar esforços para identificar os contornos e limites de cada direito, para determinar o seu âmbito de proteção. Precisando os elementos essenciais desta categoria, afirma:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.¹⁷⁷

¹⁷⁴ SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida – um mundo de corresponsabilidades e fazeres. *In*: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 23. Porque uma vida sem saúde não pode ser gozada, mas uma vida saudável que não tenha dignidade acaba por transformar o ser humano em um instrumento do Estado e do Direito, e não a finalidade para a qual estes existem.

¹⁷⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 49-51.

¹⁷⁶ Assim prevê o art. 60 da Constituição da República, ao tratar das emendas, estabelece, no § 4º, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (inciso IV). Além desta matéria, o dispositivo incluir, como inaboliável, também a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e a separação dos Poderes. Paulo Bonavides, ao tratar da parte intangível do ordenamento, inalcançável por reforma constitucional, tampouco pelo legislado ordinário, reconhece a novidade de maior importância trouxe os direitos e garantias individuais com uma proteção suprema, garantia que se reforça com a idêntica inaboliabilidade da separação dos poderes, sem a qual não há liberdade, nem direitos humanos debaixo da proteção constitucional. Assinala, ademais, que o avanço teria maior profundidade se abrangesse também o substrato social da Constituição, ou seja, os direitos sociais, inclusive os que regem as relações entre trabalho e capital, que compõem a base teórica e positiva de nosso Estado social, o que teria o efeito de tornar irrevogáveis constitucionalmente os progressos já obtidos em nosso país para a obtenção de uma sociedade livre, justa e igualitária. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direitos constitucional**. 27ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 596.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *In*: **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 2, nº 13, jun./1999. [on-line] Disponível em:

Como se percebe, os direitos fundamentais são entendidos em uma dupla perspectiva: subjetiva e objetiva. Não se limitam, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet, à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, se constituindo como decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.¹⁷⁸ É dizer, em outras palavras, que os direitos fundamentais apresentam-se com um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos,¹⁷⁹ que informam e sustentam a ordem constitucional, sistematizando o conteúdo axiológico do ordenamento jurídico, pois são pressupostos do consenso sobre o qual se funda uma sociedade democrática, centrada na dignidade da pessoa humana. Este conjunto de valores e objetivos básicos determinados pelos direitos fundamentais inclui a liberdade, ou seja, a autonomia de vontade, a igualdade, como condição de idêntica dignidade entre todas as pessoas, e o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de vida em uma determinada sociedade, como educação, saúde e renda.¹⁸⁰

Robert Alexy, no desenvolvimento da sua teoria dos direitos fundamentais, afirma que em existindo um rol destes direitos, o problema jurídico que ele origina é, sobretudo, um problema atinente à interpretação de formulações do direito positivo revestidas com autoridade constitucional, aspecto no qual o problema não se distingue

https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/viewFile/1011/995 Acesso em 23/12/2015.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, mar.-abr./2004. p. 60-122.

¹⁷⁹ Gilmar Ferreira Mendes refere que tradicionalmente os direitos fundamentais são direitos de defesa, destinados a proteger os indivíduos contra intervenções indevidas do Estado e contra medidas legais restritivas de direitos de liberdade, o que, de qualquer modo, não se apresenta mais suficiente para garantir o pleno exercício da liberdade. Além da não-vinculação na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, incumbe ao Estado, também, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais, bem como implementar as condições necessárias que viabilizem o exercício efetivo das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações que objetivam a garantia não apenas da liberdade perante o Estado, mas também a liberdade por meio do Estado, pressupondo-se que o indivíduo, no que diz respeito à conquista e manutenção da sua liberdade, depende, em boa medida, de uma postura ativa dos poderes públicos. MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *In: Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 2, nº 13, jun./1999. [online] Disponível em:

https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/viewFile/1011/995 Acesso em 23/12/2015.

¹⁸⁰ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: TOLEDO, Cláudia (Org.). Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 165-166.

dos problemas interpretativos que são enfrentados pela jurisprudência em geral. Isso porque, sempre que alguém tiver um direito fundamental, existirá uma norma válida de direito fundamental que lhe atribui este direito.¹⁸¹ Nesta lógica, apresenta os direitos fundamentais como direitos subjetivos que correspondem a posições jurídicas, ocupadas pelos indivíduos, de exigir sua pretensão do Estado que, por sua vez, não dispõe o poder de eliminar tais posições dos titulares destes direitos. Deste modo, elabora uma tríplice divisão do direito fundamental subjetivo, com base na teoria analítica:¹⁸² o direito a algo, liberdade e o competência.

O direito a algo pode conceber-se como uma relação triádica, cujo primeiro elemento é o portador ou titular do direito, o segundo é o destinatário do direito e o terceiro e último é o objeto do direito. Esta relação (designada por D) se expressa na forma mais geral sobre o seguinte enunciado: *a* tem frente a *b* um direito G (representado na fórmula *DabG*). Neste prisma, o objeto de um direito a algo será sempre uma ação do destinatário da norma ao titular do direito, que poderá ser em sentido negativo (omissão) ou positivo (ação). No âmbito dos direitos frente ao Estado, os direitos a ações negativas correspondem àqueles que se podem chamar de direitos de defesa,¹⁸³ enquanto os direitos a ações positivas coincidem apenas parcialmente com aqueles que se chamam de direitos prestacionais.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 31

¹⁸² A dogmática dos direitos fundamentais na teoria de Alexy tem o objetivo de estudar o direito positivo de uma determinada ordem jurídica a partir de uma compreensão tridimensional integrativa: analítica, empírica e normativa. A dimensão analítica trata da exploração conceitual e sistemática do direito válido, ou seja, vai desde a análise dos conceitos fundamentais, como o são os conceitos de norma, de direito subjetivo e de liberdade, passando pela construção jurídica, que diz respeito à relação entre o suporte fático ou antecedente normativo e os limites aos direitos fundamentais e dos efeitos entre terceiros, até a investigação da estrutura do sistema jurídico, como, por exemplo, o chamado efeito de irradiação dos direitos fundamentais, e do fundamento dos direitos fundamentais. A dimensão empírica é vista em um duplo sentido, tanto em relação com o conhecimento do direito positivo válido, quanto em relação à utilização das premissas empíricas na argumentação jurídica. Por fim, a dimensão normativa investiga qual é, no caso concreto e sobre as bases do direito positivo válido, a decisão correta a ser aplicada – o que inevitavelmente incluirá as avaliações de quem se propõe a investigá-la. A dogmática jurídica, em grande medida, intenta responder racional e fundamentadamente aos problemas valorativos que tem estado sem solução no arcabouço jurídico existente. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.p. 13-15.

¹⁸³ Os direitos de defesa, ou seja, os direitos do cidadão frente ao Estado a ações negativas por parte dos poderes públicos, podem ser divididos em três grupos: (1) direitos a que o Estado não impeça de obstaculizar determinadas ações do titular do direito, (2) direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito e (3) direitos a que o Estado não elimine posições jurídicas dos titulares do direito. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 165-170.

Interessa, neste ponto, a segunda categoria. Quanto aos direitos a ações positivas, que são aquelas que o cidadão tem do Estado e que pode exercer contra este, é possível ainda uma subdivisão entre aqueles cujo objeto é uma ação fática, que em geral é do que se fala quando em pauta os direitos prestacionais, chamados por Robert Alexy de “direitos a prestações em sentido estrito” e aqueles cujo objeto é uma ação normativa, que adquirem o caráter de direitos prestacionais, chamados de “direitos prestacionais em sentido amplo”.¹⁸⁴

Deste modo, em sendo o direito a algo concebido como uma relação triádica, portanto de natureza relacional, interessa, na dogmática dos direitos fundamentais, determinar a conexão de direito a algo com os conceitos de dever e liberdade. É útil, para tanto, a compreensão da lógica deôntica e dos conceitos deônticos básicos (mandato, proibição e permissão), como visto no item 1.1.2 deste trabalho, sendo especialmente relevante, para os direitos fundamentais, o conceito de permissão, que é a ausência de uma proibição ou de um mandato – considerando-se que proibição e mandato são reciprocamente definidos (o que está *ordenado* que se faça implica em que *não esteja proibido* de fazê-lo). Assim, a permissão poderá ser interpretada como algo que se pode fazer, em sentido positivo, ou que não se pode fazer, em sentido negativo. Da conjunção destas, resulta uma posição composta neutra que pode ser chamada de livre, que tem um papel especial em relação à liberdade, segunda categoria, conforme a teoria analítica, da divisão de posições dos titulares de direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos.

É que a conexão do conceito de liberdade jurídica,¹⁸⁵ que se dá sobre uma relação triádica entre o titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade), um impedimento (desta liberdade) e o objeto (desta liberdade), com o conceito de permissão no sentido de negação de proibições e mandatos, resultará em uma alternativa de ação, ou seja, uma liberdade em sentido negativo, eis que não há

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 171-172.

¹⁸⁵ Sobre o conceito de liberdade jurídica, Robert Alexy refere que esta noção pode ser explicada de duas maneiras, sendo a primeira representada como uma manifestação especial de um conceito mais amplo de liberdade (que responde à pergunta sobre o que é a liberdade em si mesma e como se estrutura o seu conceito) e, a segunda, baseada no conceito constitutivo dela mesma, ou melhor, o da permissão jurídica. O autor segue sugerindo a conveniência de conceber uma liberdade particular de uma pessoa também como uma relação triádica: à liberdade de uma pessoa é a soma de suas liberdades particulares, a liberdade de uma sociedade é a soma das liberdades das pessoas em que nela vivem. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 187-188.

vedação em normas jurídicas das alternativas sobre o que fazer, mas tão só diz respeito às possibilidades que o indivíduo dispõe para fazer alguma coisa.¹⁸⁶ Além disso, as liberdades poderão ser protegidas ou não protegidas, sendo as primeiras asseguradas por normas, enquanto as segundas não se encontram normatizadas.

Nesta configuração, a liberdade poderá ser atribuída a pessoas, ações ou a sociedade, interessando, no plano dos direitos fundamentais, a preservação constitucional da liberdade individual (da pessoa), que veda ao legislador ordinário a sua restrição. Neste ponto, a ideia de liberdade se liga ao princípio da dignidade da pessoa humana,¹⁸⁷ assumindo uma função instrumentalizadora dos direitos fundamentais, pois tem o papel de colocar o direito sob a valoração que informa a racional interpretação constitucional. Ao trazer a liberdade como uma das posições dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, Robert Alexy reconhece no indivíduo o direito à ação livre e independente dos poderes públicos, o que implica em uma reformulação das próprias normas jurídicas e na reconstrução hermenêutica do ordenamento jurídico positivo.

O terceiro grupo das posições de direitos fundamentais pode ser chamado de competências, que constitui a prerrogativa que o sujeito tem para, mediante determinadas ações, modificar a situação jurídica – o que pode ser descrito de duas maneiras: como criação de normas individuais ou gerais, que não seriam válidas sem a aludida ação, e também como modificação das posições jurídicas dos sujeitos de

¹⁸⁶ Clarificando a distinção entre liberdade em sentido positivo e em sentido negativo, Robert Alexy diz que “se diferencian sólo porque en la libertad positiva el objeto de la libertad es exactamente una acción mientras que en la libertad negativa consiste em una alternativa de acción”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 190.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 339. Há de se ter presente que, ao formular a ideia de liberdade e princípio da dignidade humana (mais exatamente, os subprincípios materiais do princípio da dignidade humana), que deve ser considerada, em todo caso, com o exame da compatibilidade material com a ordem constitucional, Robert Alexy se refere ao parágrafo 1º do artigo 2 da Lei Fundamental, que ao tratar “Dos direitos de liberdade”, refere: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.” DEUTSCHER BUNDESTAG. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução de Assis Mendonça. Revisão Jurídica de Urbano Carvelli. [on-line] Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 02/01/2016. No Constituição brasileira não há norma com extensão tão ampla, sendo, a mais próxima, a previsão do art. 5º, *caput* e inciso II, que contém um fundamento genérico de liberdade, primeiro em sentido formal (art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]), depois, substancial (Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;).

direito que estão no âmbito destas normas.¹⁸⁸ A representação das ações que consistem no exercício de uma competência são denominadas como ações institucionais, ou seja, aquelas que podem ser executadas não só com base nas capacidades naturais, mas que pressupõem a existência de normas, que para elas são constitutivas.

Paralelamente à tridimensionalidade de posições dos direitos fundamentais, a sustentação da fundamentalidade de todos os direitos que assim sejam designados na Constituição, além de decorrer da verificação destas prerrogativas, deriva da existência de uma norma de direito fundamental que, por conseguinte, implica no reconhecimento também material dos direitos e garantias fundamentais,¹⁸⁹ que sustentam as opções sobre a estrutura normativa básica do Estado e da própria sociedade. É dizer: a fundamentalidade formal se soma à fundamentalidade material.¹⁹⁰

Esta concepção abrange não só os direitos fundamentais individuais, mas também os sociais, que são direitos prestacionais do indivíduo frente ao Estado, a obter algo – e aqui se retorna à primeira posição, do direito a algo, de natureza relacional, que liga a ação do destinatário da norma (Estado) ao titular do direito (indivíduo), sendo, tal ação, no que diz respeito aos direitos sociais, uma prestação em sentido estrito.

Robert Alexy, ao sistematizar as normas de direitos fundamentais sociais sob o ponto de vista teórico-estrutural, divide-as em três critérios: o primeiro, de normas que conferem ao titular do direito um *direito subjetivo* ou que apenas obrigam *objetivamente* o Estado; o segundo, o caráter *vinculante* ou *não-vinculante* da norma, ou seja, se é ou não um enunciado programático; e o terceiro, se as normas podem sustentar direitos e deveres *definitivos* ou *prima facie*, em outras palavras, se se trata de regras ou de princípios. A combinação destes critérios pode resultar em até oito normas de estrutura diferentes, graduadas de acordo com a força da proteção

¹⁸⁸ O autor refere que as competências estão constituídas de um grupo de expressões como poder ou poder jurídico, que fazem referência a algo fático, e capacidade jurídica, conceito de difícil manejo, dentre outros. Porém, justifica a opção pela palavra “competências” porque todas as demais expressões são menos adequadas. Contudo, a referência a elas auxilia a entender o significado desta terceira posição dos direitos fundamentais. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 201-202.

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 31; 214

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 463.

outorgada.¹⁹¹ Uma breve apresentação destas estruturas normativas resultantes da combinação destes critérios é útil para compreensão da localização do direito social à saúde neste esquema.

A proteção mais forte é outorgada pelas normas vinculantes que garantem direitos prestacionais subjetivos definitivos, a segunda proteção mais forte é a das normas vinculantes que garantam direitos prestacionais subjetivos *prima facie*. A estas seguem, ainda, as normas vinculantes que garantem direitos prestacionais objetivos, repetindo a mesma lógica em relação à força vinculante na norma: mais forte a de natureza definitiva, mais fraca a *prima facie*. Restam quatro estruturas normativas, que compõem o grupo das normas não vinculantes. Dentro deste grupo, as normas de proteção mais forte são as que garantem direitos prestacionais subjetivos, em primeiro definitivos, depois *prima facie*. Por último, a proteção mais débil é outorgada pelas normas não vinculantes que garantem direitos prestacionais objetivos, em primeiro definitivos, depois *prima facie*. Neste esquema, o direito a um mínimo existencial¹⁹² é considerado direito subjetivo definitivo vinculante, estando, portanto, na categoria da mais forte proteção jurídica dos direitos fundamentais, o qual deve ser realizado pelo Estado – senão pela execução da ação governamental, pela via jurisdicional.

Neste campo enquadra-se o direito à saúde. Como bem essencial, a saúde tem sido objeto de tutela como direito humano na esfera internacional e, no direito interno brasileiro, como direito fundamental, seja porque previsto no art. 6º¹⁹³ da Constituição, no rol dos direitos sociais que, como já se disse, estão incluídos no Título II da Constituição, que trata "Dos direitos e garantias fundamentais", ou porque está

¹⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 4443-445.

¹⁹² Mínimo existencial pode ser compreendido como a condição de critérios materiais para assegurar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 1, out.-dez./2007. p. 172. [on-line] Disponível em: http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf. Acesso em 23/12/2015.

¹⁹³ Na redação original do art. 6º, quando da promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, previa: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. A Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, inclui neste rol do direito à moradia. A Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, por sua vez, incluiu o direito à alimentação. Mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, introduziu o transporte como direito social. A redação atual do dispositivo é: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

previsto no art. 196¹⁹⁴ e seguintes da Constituição, comungando da dupla fundamentalidade, formal e material, que justamente qualifica os direitos fundamentais como tais.¹⁹⁵

A saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qualidade de direito individual,¹⁹⁶ porque diz respeito à cada um, mas também coletivo, porque é um direito

¹⁹⁴ Constituição da República, art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 1, out.-dez./2007. p. 173. [on-line] Disponível em: http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf. Acesso em 23/12/2015. É necessário justificar que a posição adotada, fundamentada na estrutura normativa do texto constitucional (ainda que precária a técnica legislativa e, por conseguinte, a própria sistematização), não está dissociada de critérios de ordem material que foram chancelados, quando da promulgação da Constituição, com a força normativa peculiar de que gozam os direitos fundamentais, em razão do bem jurídico por eles protegidos. Partindo deste raciocínio, há também uma legitimidade democrática na definição dos direitos sociais, aqui tratando-se especificamente da saúde, como direito fundamental, porque assim estabelecido pela Assembleia Constituinte. Em suma, pelo menos no direito constitucional positivo brasileiro, os argumentos apresentados justificam a consideração do direito à saúde um direito fundamental social.

¹⁹⁶ A dimensão individual do direito à saúde foi destacada no voto do Ministro Relator in: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. 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, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, 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 conseqüência 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. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário nº 271.286 AgR. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 12/09/2000. Acórdão eletrônico publicado no DJ em 24/11/2000, vol. 2013-07, p. 1409.

comum a todos. Sob a ótica sanitária, é relevante considerar que a proteção conferida a outros bens fundamentais também salvaguarda o direito à saúde, dadas as zonas de convergência e até a superposição de direitos e deveres, o que reafirma a tese de que os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem uma interdependência.¹⁹⁷

Esta interdependência existe porque diversos fatores influenciam na sua promoção, proteção e recuperação. Além das características individuais, físicas e psicológicas de uma pessoa, questões externas ao corpo humano influenciam,¹⁹⁸ como água tratada, saneamento básico, habitações salubres, trabalho digno, meio ambiente equilibrado, renda e alimentação. Estes são alguns fatores que podem alterar substancialmente a saúde do indivíduo, especialmente dos mais frágeis, como, por exemplo, as crianças e os idosos. Deste modo, mesmo que a saúde seja fundamentalmente ditada pela biologia e pela genética, o estilo e a qualidade de vida são relevantes para a sua manutenção. As condições ambientais, sociais, econômicas e culturais, que devem ser asseguradas por meio de políticas públicas, são, assim, dever do Estado e da sociedade, pois essenciais à vida, direito fundamental individual previsto no *caput* do art. 5^o¹⁹⁹ da Constituição da República. Mais que isso, aliás: são essenciais a uma vida *saudável*.²⁰⁰

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *In*: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Orgs.). **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 28.

¹⁹⁸ Neste sentido, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Junior afirmam que é impensável conceber saúde sem uma dimensão coletiva, que envolva a comunidade e o Estado. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 11-12. Aliás, este é o motivo pelo qual é importante, para definir o conceito jurídico de saúde, analisar concretamente o contexto socioeconômico-cultural em que o indivíduo vive – nisto se incluem tanto o ambiente mais próximo, quanto aquele macrorregional ou global, dado que ninguém pode, individualmente, ser totalmente responsável pela sua saúde. AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. *In*: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 187.

¹⁹⁹ Constituição da República, art. 5^o: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. Como refere Bobbio, os direitos fundamentais individuais são direitos de primeira geração, ou liberdade negativa, que evoluíram paralelamente ao princípio da igualdade. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

²⁰⁰ SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida – um mundo de corresponsabilidades e fazeres. *In*: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 28. Neste sentido também AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. *In*: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p.187-189.

A concepção de políticas públicas, no sentido de programação das ações estatais para efetivação dos direitos fundamentais sociais, que se soma às noções tradicionais do Direito, permite um novo olhar para compreensão do fenômeno jurídico, dado que as normas e todos os debates inerentes a elas, tais como os métodos de interpretação, a vigência, a validade, as sanções etc., passam a ser observados no contexto da ação estatal – ou governamental. Com efeito, isto provoca um deslocamento da análise mais isolada da norma jurídica para outra, em que são considerados os grandes objetivos perseguidos pelo Estado e a relação entre meios e fins.²⁰¹ Este é o ponto de contato entre o Direito e a política. Nesta linha, Fábio Konder Comparato refere que, quando a legitimidade do Estado passa a fundar-se na realização de finalidades coletivas por meio de políticas públicas, característica própria do Estado Social,²⁰² o critério de classificação das funções estatais e, em decorrência, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, passa a ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental, o que, em decorrência, exige uma consequente reorganização das funções estatais, que passam a ser vistos por uma nova perspectiva do princípio da separação dos poderes.²⁰³

Para aclarar este ponto, faz-se uma breve incursão na seara das políticas públicas,²⁰⁴ que são instrumentos de ação do governo, uma evolução em relação à

²⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? *In*: _____; _____. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 46. Não se pode descurar, entretanto, o valor do Direito, o modo como ele é construído e os perigos que decorrem do modo de ser do direito.

²⁰² Em oposição ao individualismo do Estado Liberal, centrado na lei como expressão da soberania popular.

²⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, nº 138, abr.-jun./1998. p. 44. Sobre este aspecto, remete-se ao item 1.2.1 desta dissertação.

²⁰⁴ A noção de políticas públicas, em especial a expressão “política”, não deve ser confundida com outras categorias jurídicas, como o são princípios, regras, direitos e obrigações, por exemplo. Esta advertência esteia-se em Ronald Dworkin, que ao constatar que, em especial nos casos difíceis em que os problemas conceituais parecem mais agudos, afirma que os juristas raciocinam e debatem com base em padrões que não funcionam como regras mas diferentemente, como políticas, princípios e outros padrões. Deste modo, enquanto política é o tipo de padrão que fixa um objetivo a ser alcançado, que implica geralmente em uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, princípio é o tipo de padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade, e que não tem a função imediata de promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36. A partir das lições de Ronald Dworkin, Fábio Konder Comparato sustenta que, na argumentação jurídica, os princípios tendem a estabelecer um direito individual, ao passo que as políticas visam ao estabelecimento de uma meta ou finalidade coletiva. A partir desta ideia esquemática, desenvolve uma análise jurídica para tornar operacional o conceito de política. Assim, a política enquanto programa de ação não se caracteriza nem como norma, nem como ato, diferenciando-se dos elementos da realidade jurídica sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte das suas reflexões. Deste modo, a política acaba por englobar as normas e os atos, revelando-se como

ideia de lei em sentido formal, anterior ao constitucionalismo. Trata-se da passagem do Estado legislativo para o Estado Constitucional, consubstanciando a transformação do *government by law* em *government by policies*, que supõe o exercício combinado de diversas tarefas que o Estado Liberal desconhecia completamente, como o levantamento de informações precisas sobre a realidade e a formulação de objetivos possíveis, organizando-se uma conjunção de forças e/ou a mobilização de recursos (materiais, humanos, temporais, financeiros etc.) para a sua consecução. Em uma palavra, é indispensável o *planejamento*, que Fábio Konder Comparato qualifica como estratégico, porque exige a eleição prioritária de fins ou objetivos comuns, bem como a escolha dos meios ou instrumentos mais adequados à sua consecução.²⁰⁵ Maria Paula Dallari Bucci afirma que, em uma perspectiva prática e factual, a função de governar é o núcleo da ideia de política pública.²⁰⁶

As medidas de políticas públicas são definidas por meio de normas e atos jurídicos. As normas e atos que as definem são, ao mesmo tempo, condicionados por outras normas e outros atos, que precisam se conformar às limitações, exigências e balizas do sistema jurídico. Estas normas (definidoras de políticas públicas) objetivam metas, resultados, fins axiológicos a serem perseguidos e curados. Porém, muitas vezes elas não especificam os meios a serem utilizados para o atingimento destas metas, resultados ou fins axiológicos, faltando-lhes a previsão das hipóteses de ação, ou seja, o antecedente da norma. Deste modo, na medida em que o Poder Legislativo edita textos legais com baixa densidade reguladora, surgirão lacunas jurídicas que, ao contrário do que afirma Andreas Krell,²⁰⁷ não são espaços discricionários outorgados ao administrador, que o legitima a escolher os meios mais adequados para a solução dos casos concretos, mas, sim, vácuos jurídicos que dependem de integração mediante remissão ao sistema jurídico, atividade eminentemente interpretativa.

uma atividade, ou seja, um "conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado". Partindo destas premissas, a política se unifica pela sua finalidade, possuindo fundamento de validade a partir da validade das leis e atos que a compõem. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, nº 138, abr.-jun./1998. p. 44-45.

²⁰⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, nº 138, abr.-jun./1998. p. 43.

²⁰⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 252.

²⁰⁷ KRELL, Andreas J. Discricioniedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. In: **Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**. Nº 8, dez./2004. p. 181-182.

O administrador tem, assim, na execução das políticas públicas, pelo dever de motivação do ato, o ônus lógico-argumentativo inerente a sua atividade, motivando a interpretação conferida ao Direito – encargo este que se transfere ao Poder Judiciário quando do controle jurídico destas políticas. Em qualquer caso, seja na atividade administrativa, seja na judicial, a interpretação deve estar vinculada à Constituição em geral e a seus fins em particular, que podem ser descritos como a realização da dignidade humana e a promoção e proteção dos direitos fundamentais.²⁰⁸ Não poderia ser diferente, pois para a promoção e a proteção dos direitos fundamentais são necessárias omissões e ações estatais racionalmente fundamentadas na legalidade, *lato sensu*.

Portanto, para materialização da saúde, não basta a sua previsão do texto constitucional, nem apenas o reconhecimento da sua qualificação como direito fundamental e direito social. É preciso, simultaneamente, que o Estado assuma de forma explícita uma política consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais que assegurem os meios que permitam efetivá-las. Centrado em uma formulação juspolítica, garantida mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação não só pelos órgãos públicos a tanto encarregados, mas especialmente pela sociedade, é que as políticas públicas poderão concretamente satisfazer o direito fundamental à saúde.

Neste contexto, a Constituição, no Título VIII, que trata da ordem social,²⁰⁹ previu que esta tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Mais adiante, no artigo 194²¹⁰, definiu que o direito à saúde, juntamente com a previdência e a assistência social, integra a seguridade social como um conjunto de iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurá-los.

Especificamente em relação ao direito à saúde, o artigo 196 expressa que é “direito de todos e dever do Estado”, o que vincula, na sua efetivação, toda a sociedade brasileira em geral, e o Estado em particular, sendo garantida “mediante políticas sociais e econômicas”, ou seja, por meio da ação governamental planejada por instrumentos legitimados constitucionalmente, como a adequação das normas

²⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 204, abr.-jun./2005. p. 94.

²⁰⁹ Constituição, art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

²¹⁰ Constituição, art. 194: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

setoriais ao princípio da legalidade em sentido amplo (art. 23, inciso I, e art. 37, *caput*), a participação social nos processos de deliberação dos quais resultem a decisões sobre a proteção à saúde (art. 198, inciso III), o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único). Estas políticas devem combinar tanto a esfera social, quanto a econômica, ou seja,

Tudo isso terá em mira a “redução do risco de doença e de outros agravos”, como ação preventiva da política sanitária, bem como o “acesso universal e igualitário às ações e serviços”, como princípios fundamentais do Sistema Único de Saúde, expressão institucional da política sanitária no Brasil previsto no art. 198 da Constituição. Percebe-se que os princípios basilares que alicerçam o direito à saúde fundamentam o acesso irrestrito às ações e serviços de saúde por toda e qualquer pessoa, independentemente da condição financeira, raça, cor, nacionalidade, sexo, ou de qualquer outro atributo. Esses serviços se encontram em conexão com a classificação subjetiva do direito à saúde, que, conforme Marlon Alberto Weichert, as ações, tanto no aspecto de prevenir, quanto no de curar, devem ser concebidas como de livre acesso, sendo desenvolvidas para toda a população, exceto quando destinadas a um determinado grupo social, em função de patologias específicas.²¹¹

Interpretando-se o dispositivo constitucional transcrito com os princípios fundamentais que regem as ações e serviços públicos de saúde, depreendem-se como premissas estruturantes do Sistema Único de Saúde: (a) o princípio da universalidade, ou seja, basta ser cidadão brasileiro para se ter acesso gratuito às ações e serviços de saúde; (b) o princípio da igualdade, segundo o qual o Poder Público deve oferecer condições de atendimento igualitário para todos, determinando-se o tipo de atendimento de acordo com o grau de complexidade da patologia, e não com a condição pessoal (física, econômica, profissional etc.) do usuário; e (c) é garantido ao cidadão o atendimento desde a prevenção até o mais difícil tratamento de uma patologia, não excluindo nenhuma doença.

Todas estas disposições tem em mira a garantia do direito fundamental social à saúde que, conforme a parte final do art. 196 da Constituição, deve ser promovido, protegido e recuperado, quando ameaçado por qualquer agravamento. Para tanto, a Constituição previu que a oferta das ações e serviços públicos de saúde deve ser realizada por meio de um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado

²¹¹ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 158.

com a participação de todos os entes federativo. Na sua estruturação, trouxe como possível a participação complementar da iniciativa privada. A compreensão de como se estrutura este sistema e quais as suas competências é o que se passa a analisar.

2.1.2 Sistema Único de Saúde: entre a atuação exclusiva pública e a possível participação complementar da iniciativa privada na Constituição

A Constituição da República, no artigo 197, determina que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Para melhor compreensão da determinação constitucional, examinar-se-á o texto de forma segmentada.

A ideia do que sejam ações e serviços de saúde está na própria Constituição, no artigo 200, em rol não exaustivo, que traz atividades destinadas à proteção da saúde de modo bastante enfático, sendo tanto englobadas pela vigilância sanitária e epidemiológica, quanto pelas ações de controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; de execução de ações de saúde do trabalhador; de ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; da participação da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; do incremento do desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação,²¹² de fiscalização e inspeção de alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; de participação do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e da colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Além disso, a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamentou o § 3º do art. 198 da Constituição para dispor sobre os valores mínimos

²¹² A inovação foi adicionada ao inciso V do artigo 200 da Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015, que atualizou o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Neste sentido também foram alterados o inciso V do art. 23, que trata da competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; e o inciso IX do art. 24, que trata da competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para dispor sobre educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação.

a serem aplicados anualmente pelos entes federados em ações e serviços públicos de saúde, dentre outras disposições, determinou, no artigo 2º, critérios para a definição do que sejam ações e serviços de saúde. Em primeiro lugar, é a observância dos princípios da universalidade, da igualdade e da gratuidade (artigo 196). Em segundo, a necessidade de as ações e serviços estarem definidos nos respectivos Planos de Saúde de cada ente da federação, dando ênfase ao planejamento indispensável da ação governamental, com participação formal da sociedade nas decisões políticas adotadas. Por fim, que despesas de outras políticas não sejam consideradas como próprias do setor, ainda que possam influenciar as condições de saúde da população. Nesta linha, a Lei Complementar nº 141/2012, no artigo 3º, arrolou, exemplificativamente, o que são as ações e serviços de saúde:

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

- I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;
- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde;
- e
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Esta definição era reivindicada pelo setor saúde desde a edição da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, que assegurou recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, vinculando as receitas de todos os entes federados para o Sistema Único de Saúde, com porcentagens

mínimas que deveriam ser investidas na área, além de alterar outros dispositivos. A partir desta alteração constitucional, o não cumprimento das regras sobre financiamento das ações e serviços de saúde permitiria a intervenção da União nos Estados-membros e no Distrito Federal²¹³, conforme artigo 34, inciso VII, alínea “e”, e dos Estados nos Municípios, conforme artigo 35, inciso III.

Faz-se um esclarecimento necessário sobre a Emenda Constitucional nº 29/2000, que determinou que lei complementar devesse definir os percentuais mínimos de investimento em saúde, antes de seguir na compreensão do que sejam ações e serviços de saúde. Como visto, a exigência de lei complementar, determinada em 13 de setembro de 2000, só foi atendida mais de uma década depois, em 13 de janeiro de 2012, com a edição da Lei Complementar nº 141. Durante este período, valeram as regras do artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também modificado pela Emenda nº 29/2000, que determinavam que os Estados e o Distrito Federal estavam obrigados a aplicar aplicar 12%²¹⁴ e os Municípios e o Distrito Federal 15%²¹⁵ do produto da sua arrecadação tributária e dos valores recebidos da

²¹³ É corrente a referência de que, de acordo com o artigo 34, inciso VII, alínea “e” da Constituição, a intervenção da União poderia se dar nos Estados-membros, no Distrito Federal e nos Municípios. Contudo, o *caput* do dispositivo refere que a intervenção no Município só pode ocorrer quando este estiver localizado em Território Federal, cuja possibilidade de criação está no artigo 33 da Constituição. Como se sabe, os Territórios Federais ainda não foram instituídos no país.

²¹⁴ O cálculo engloba o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação e do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (artigo 155 da Constituição), além dos recursos oriundos do produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidentes na fonte, sobre rendimentos pagos a qualquer título pelo Estado, suas autarquias e pelas fundações, e 21% do produto da arrecadação do imposto que a União instituir na forma do artigo 154, inciso I, além dos valores obtidos da repartição de receitas tributárias pelo Fundo de Participação dos Estados, conforme previsto na Constituição, no artigo 159, inciso I, alínea “a”. BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Brasília: Presidência da República, 2000. [on-line] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em 02/01/2016. Fundo de Participação dos Estados (FPE) é constituído de 21,5% da arrecadação líquida (arrecadação bruta deduzida de restituições e incentivos fiscais) do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. **Portal da Transparência**. [on-line] Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/glossario/DetailGlossario.asp?letra=f>. Acesso em 02/01/2016.

²¹⁵ O cálculo abrange o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, o Imposto de Transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, e de direitos reais sobre imóveis (com exceção de garantia e cessão de direitos a sua aquisição), do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, e do produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos a qualquer título, por eles, suas autarquias e fundações municipais, bem como da transferência constitucional de recursos financeiros da União para os Municípios, previstos na Constituição Federal no art. 159, inciso I, alínea “b”, por meio do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Brasília: Presidência da República, 2000. [on-line] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em 02/01/2016. O

repartição das receitas da União, e no caso dos Municípios, também a repartição das receitas estaduais. No entanto, para a União, determinou que, no ano 2000, a aplicação de recursos corresponderia ao montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento, valor que deveria ser corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto, de 2001 a 2004. A partir de 2005 e durante todo o período em que houve omissão legislativa em relação à lei complementar referida no § 3º do art. 198 da Constituição, essas regras permaneceram válidas.

Com efeito, dois pontos causavam intriga aos gestores públicos de saúde: a não vinculação de receitas no orçamento da União em percentual mínimo, como feito para Estados, Distrito Federal e Municípios, e a definição de ações e serviços públicos de saúde, para fins de cálculo dos valores respectivamente aplicados, a fim de verificar o atendimento da imposição constitucional sobre o orçamento.

O primeiro aspecto foi resolvido apenas em 2015, quando editada a Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março, que alterou os artigos 165, 166 e 198 da Constituição, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária – o que ficou popularmente conhecido como orçamento impositivo – tendo o efeito de determinar que o Poder Executivo execute as emendas parlamentares²¹⁶, bem como

Fundo de Participação dos Municípios é constituído de 22,5% da arrecadação líquida (arrecadação bruta deduzida de restituições e incentivos fiscais) do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). A distribuição dos recursos aos Municípios é feita de acordo com o número de habitantes. São fixadas faixas populacionais, cabendo a cada uma delas um coeficiente individual. O mínimo é de 0,6 para municípios com até 10.188 habitantes e o máximo é 4,0 para aqueles acima 156 mil. Os critérios atualmente utilizados para o cálculo dos coeficientes de participação estão baseados no Código Tributário Nacional e no Decreto-Lei 1.881/81. Do total de recursos, 10% são destinados às capitais, 86,4% para os demais municípios e os 3,6% restantes vão para um fundo de reserva que beneficia os municípios com população superior a 142.633 habitantes (coeficiente de 3,8), excluídas as capitais. BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. **Portal da Transparência**. [on-line] Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/glossario/DetailGlossario.asp?letra=f>. Acesso em 02/01/2016.

²¹⁶ Emenda parlamentar é a expressão que designa uma das modalidades de transferências voluntárias, definidas estas como a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente de federação ou a entidades privadas sem fins lucrativos, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 25, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Em uma acepção mais ampla, o Portal da Transparência define transferências voluntárias como o Portal da Transparência Pública, na internet, as transferências voluntárias “[...] são recursos financeiros repassados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios em decorrência da celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos similares cuja finalidade é a realização de obras e/ou serviços de interesse comum.” As transferências voluntárias podem ser classificadas de acordo com a sua origem, se por demanda espontânea e demanda induzida. Na primeira, a contemplação do Estado, Município, Distrito Federal ou entidade privada sem fins lucrativos ocorrerá por meio de proposta do Poder Executivo Federal, ou seja, já haverá previsão dos recursos para a consecução do objeto no projeto de lei orçamentária a ser encaminhado ao Congresso Nacional. Na segunda, os

aplique, no mínimo, em faixas progressivas, no primeiro ano após a promulgação da Emenda nº 86/2015, ou seja, 13,2% em ações e serviços públicos de saúde. Esse percentual vai aumentando anual e progressivamente, sendo para 2017, 13,7%; para 2018, 14,1%; para 2019, 14,5%; até chegar, em 2020, no patamar de 15%, sendo este o mínimo a ser aplicado pela União a partir de então.

Já o segundo, foi atendido pela Lei Complementar nº 141/2012, que previu, como se disse, o que são consideradas ações e serviços públicos de saúde, para efeitos de cálculo de aplicação dos montantes mínimos de receita, nos termos da Constituição. Porém, mais do que isso e tão importante quanto, a referida Lei definiu, também, o que não são ações e serviços públicos de saúde:

Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:

I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;

II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;

III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;

IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;

V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;

VI - limpeza urbana e remoção de resíduos;

VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;

Senadores e Deputados Federais propõem alterações ao projeto de Lei Orçamentária Anual (LOA) apresentado pelo Chefe do Poder Executivo. Tais propostas de alterações ocorrem por meio de *emendas parlamentares* (de onde a denominação usual), nas hipóteses em que tais forem cabíveis, observando-se as restrições impostas pela Constituição da República, no art. 166, § 3º. Os entes públicos e privados interessados em obter recursos federais para o atendimento de necessidades locais, de acordo com essa sistemática, precisam, em primeiro lugar, identificar as carências e as prioridades a serem atendidas, para, após, buscar, no órgão ou entidade apropriado, os recursos necessários para implementar o projeto desejado. É importante, nesse norte, considerar que o Governo Federal realiza cortes contingenciais nos recursos previstos no orçamento, o que afetava diretamente as emendas parlamentares. Além dos prejuízos às políticas públicas de desenvolvimento do país, esta prática do Governo Federal acarretava efeitos políticos indesejados aos senadores ou deputados federais que tinham a iniciativa da emenda, porque o recurso previsto no Orçamento-Geral da União para determinado ente federado ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos acabava não chegando aos cofres do destinatário. Em outra oportunidade, referi que essa realidade afetava a integridade do sistema federativo, dado que as relações intergovernamentais acabam sendo fundadas em repasses de recursos do orçamento da União, que, por sua vez, ciente dessa dependência financeira dos entes federados, controlava, por meio de decisões tomadas no âmbito de órgãos e entidades federais, não raro condicionadas por circunstâncias partidárias e eleitorais, as políticas públicas de Estados e Municípios. Deste modo, há tempos o total de gastos destes entes passou a ser definidos não pelas suas receitas próprias, mas pela capacidade de obter recursos através de mecanismos de descentralização financeira da União, inclusive das transferências voluntárias. JANOVIK, Ana Maria. Transferências voluntárias. *In: Interesse público*, Belo Horizonte, vol. 16, nº 86, jan.-fev./2014. p. 113-132.

VIII - ações de assistência social;
IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e
X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Com a definição do que são e do que não são ações e serviços públicos de saúde, o legislador nacional limitou a discricionariedade administrativa na definição das despesas realizadas com saúde. Antes da edição da Lei Complementar nº 141/2012 eram comuns discussões quanto a este aspecto, especialmente para demonstrar, financeira e contabilmente, o atingimento dos percentuais mínimos de aplicação da receita definidos pela Emenda Constitucional nº 29/2000. Ao passo que, de certo modo, esse problema foi resolvido, outro continua inconcluso e merece maior atenção dos estudiosos da área, que é relativo a qualidade dos gastos efetuados com ações e despesas com saúde pública. Apesar da importância, este viés não será objeto de análise nesta dissertação, pela limitação do tema proposto.

Assim, quando a Constituição, no artigo 197, determina que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, é possível, por meio de uma interpretação sistemática, que tenha em mira buscar no próprio ordenamento jurídico uma diretriz hermenêutica, depreender quais são as atividades relevadas, pela sua importância, que devem ser objeto das políticas públicas voltadas a cumprir a promessa constitucional de que o Estado, por dever, assegurará a saúde a todos.

No sentido corrente, relevante é aquilo que é essencial, indispensável, de grande valor,²¹⁷ ao passo que público é relativo ao povo, à sociedade, ao governo, ou melhor, que é comum a todos.²¹⁸ Em um viés jurídico, a expressão "relevância pública" pode ser entendida em diversas acepções, tais como: (a) qualidade da função pública, enquanto dever-poder que rege a garantia da saúde pelo Estado, (b) natureza jurídica de direito público subjetivo da saúde, do que decorre uma série de interesses na sua realização (públicos, difusos, coletivos e individuais homogêneos), (c) limite da indisponibilidade, tanto pelo Estado, quanto pelo próprio indivíduo, (d) ideia de que o interesse primário do Estado corresponde à garantia plena do direito à saúde, sendo,

²¹⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Relevante. *In*: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio De Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1.639.

²¹⁸ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Público. *In*: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio De Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1.574.

suas ações e serviços, sempre de interesse secundário, só se legitimando quando imbuídas do interesse primário e, por fim, o que poderia sintetizar todas as ideias anteriores, (e) o traço de essencialidade que marca as ações e serviços de saúde para a efetivação do direito à saúde.²¹⁹

Além de afirmar que as ações e serviços públicos de saúde são de relevância pública, o dispositivo constitucional estabelece que compete ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle,²²⁰ o que não diz respeito apenas ao sistema público de saúde, mas também ao privado, denominado complementar, o que denota que, neste aspecto, os responsáveis estarão sujeitos à regulamentação, à fiscalização e ao controle do Estado.²²¹

²¹⁹ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O conceito de "relevância pública" na Constituição Federal. In: **Revista de Direito Sanitário**, vol. 5, nº 2, jul./2004. p. 77-89. [on-line] Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80685>. Acesso em 02/01/2016.

²²⁰ Apesar da vagueza das expressões "regulamentação, fiscalização e controle", cumpre, para o desenvolvimento do raciocínio exegético da norma jurídica, tentar apresentar alguns contornos acerca do significado dessas palavras no contexto em que se apresentam. *Regulamentação* é expressão relativa à instituição de normas ou de regras relativas ao funcionamento de algo ou execução de atos. Na área da saúde, a função de regulamentação cabível ao Poder Público, nos termos da lei, refere-se a edição de regras suplementares ou subsidiárias que instituem, praticamente, o modo de se conduzirem as matérias já tratadas na Constituição e nas leis ordinárias. Disso decorre que a regulamentação não importa na instituição de novas regras, mas apenas a de estabelecer a forma ou a conduta prática para execução de norma já prevista na legislação. Logo, são as unidades de direção do SUS, em cada esfera de governo, conforme determinado pelo art. 9º da Lei nº 8.080/1993, que terão a função de regulamentar as ações e serviços públicos de saúde, observada, evidentemente, a repartição de competências legislativas e materiais definida na própria Constituição da República, em especial no art. 23, inciso II, art. 27, inciso XII e art. 30, incisos I e II. Já a *fiscalização* é o exame ou a verificação exercida sobre a execução de algo, para garantir a conformidade com as regras previamente estabelecidas. Trata-se da inspeção permanente a que se submetem os executores de ações e os prestadores de serviços de saúde, que tanto pode ser realizada diretamente pelas unidades diretoras do SUS, quanto pelos serviços e agentes de fiscalização integrantes da estrutura administrativa de cada esfera federativa, como parte do poder de polícia estatal, como um dos meios de realização eficaz do controle. Por fim, o *controle* pode ser entendido como o exercício de autoridade do Poder Público para manter sob o domínio da sua ação reguladora e fiscalizatória as ações e serviços de saúde. Enquanto a fiscalização é atividade prática e rotineira, o controle é a autoridade que a atribui e legitima, podendo-se, inclusive, dizer que a fiscalização é espécie de controle, enquanto gênero. Evandro Martins Guerra afirma que o controle é poder-dever determinado em lei, não podendo ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator, que tem por escopo garantir atuação conforme os modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 90. Esta atividade, sob o enfoque da saúde, é realizada tanto na forma de controle administrativo, exercido pela própria Administração Pública sobre seus atos e decorrente dos princípios da hierarquia e da autotutela, de forma *ex officio* ou provocada, visando ao reexame dos atos que pratica, quanto sobre os atos de agentes privados que atuam no setor sanitário, então, atuando mais propriamente por meio da fiscalização. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Controle; Fiscalização; Regulamentação. In: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio De Janeiro: Objetiva, 2009. p. 541; 900 e 1.636.

²²¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 182.

A competência do poder público para regulamentar, fiscalizar e controlar pode ser compreendida em duas vertentes distintas. A primeira, relativa ao setor público, relativamente à efetividade do direito fundamental e social à saúde por meio de políticas públicas, como visto, que dependem de normas e atos jurídicos que os insira no ordenamento jurídico, permitindo que o governo²²² ordene e execute estrategicamente as múltiplas atividades relacionadas à saúde. A segunda, relacionada ao setor privado, que embora tenha livre iniciativa para a prestação dos serviços de saúde – nos termos da parte final do próprio artigo 197, bem como do artigo 199, § 1º, que será analisado adiante –, não o faz como uma atividade econômica inteiramente livre, mas, pelo contrário, submetida aos controles estatais.²²³ Neste particular, a política sanitária atrai os princípios gerais da atividade econômica que, de acordo com o artigo 170, é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, aspecto no que converge com a disciplina constitucional da saúde. Para mais além, a regulamentação, a fiscalização e o controle convergem com o artigo 174 da Constituição, que determina ao Estado, na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercer, na forma da lei, a fiscalização, o incentivo e o planejamento, que é determinante para o setor público e indicativo para o privado.²²⁴

²²² COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, nº 138, abr.-jun./1998. p. 44. Na obra intitulada "Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático", o autor analisa as instituições políticas do país sob os aspectos da ordenação normativa, na vigência da Constituição de 1967 (e Emenda Constitucional nº 1/1969), em função dos valores democráticos, aduzindo que no Estado moderno (em oposição ao Estado de Direito Liberal), o Executivo se encarrega tanto da formulação quanto da execução das políticas, sem sofrer, neste ponto, o menor controle dos Poderes Legislativo e Judiciário, desde que, na execução desta atividade, não viole o quadro constitucional de competências, que é alterado com o reforço das prerrogativas do próprio Poder Executivo, como o poder de iniciativa de leis, com prazo limitado de apreciação pelo Congresso Nacional, quando em regime de urgência, competência para edição decretos-leis e poder regulamentar autônomo, que inclui muitas regras primárias editadas pelos órgãos normativos da Administração direta ou indireta. COMPARATO, Fábio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. *In: JAGUARIBE, Hélio. et al. Brasil, sociedade democrática*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1985. p. 393-432. Apesar de a crítica ser feita antes da vigência da Constituição de 1988, é em tudo atual, dado que a "legislação executiva", como denomina o autor, continua sendo um grande trunfo do Poder Executivo para, isoladamente, definir ações governamentais para a satisfação de direitos fundamentais.

²²³ BARCELOS, Ana Paula de. Artigos 196 a 200. *In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coordenadores científicos). PINTO FILHO, Francisco Bilac; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.179. Tanto é assim que, no Brasil, foram criadas duas autarquias para cumprir tal finalidade: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), encontrando-se, o setor, fortemente submetido à regulação estatal.

²²⁴ Trata-se de uma intervenção estatal indireta na economia, tanto por meio da criação de normas, quanto pela regulação pública sobre os agentes de mercado. Quaisquer das formas previstas para que

A parte final do artigo 197 da Constituição determina que a execução das ações e serviços de saúde deve ser realizada diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Assim, em princípio, compete ao Estado (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) estabelecer as políticas públicas em relação à saúde, que serão observadas por todos aqueles que se dedicarem a prestação desses serviços, podendo a sua execução ser feita por terceiros, ainda que submetidos ao regime de direito privado.

De forma sistematizada, a Constituição prevê três maneiras de prestação de serviços de saúde: diretamente pelo Poder Público, por meio de órgãos da Administração direta ou de entidades da Administração indireta; indiretamente, por meio de pessoas de direito privado, que podem participar do sistema público de forma complementar; e independentemente por meio de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado sem relação com o Estado, sob o regime de direito privado, sujeito, como se disse, à regulamentação, controle e fiscalização públicos.²²⁵

Na execução das ações e serviços públicos de saúde, direta ou indiretamente – ponto que interessa ao objeto deste estudo –, a Constituição, no artigo 198, determinou que “integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um

essa intervenção aconteça dependerão, contudo, da forma disciplinada em lei. Roberto Ferreira, ao comentar esse dispositivo, esclarece o âmbito de abrangência de cada uma das funções previstas no *caput* do art. 174 da Constituição. No *âmbito da fiscalização*, compete ao Estado criar estruturas administrativas especializadas para acompanhar o funcionamento de todas as espécies de processos econômicos no mercado nacional. O Estado deve atender a objetividade econômica operacional da atividade empresarial, exercendo o poder de polícia e assegurado o devido processo administrativo. No *âmbito do incentivo*, cabe ao Estado exercer uma função reguladora, que auxilia a formulação de processos de desenvolvimento econômico dos setores empresariais e de categorias de empresas, para o que deve executar ações públicas especiais, seja por meio de políticas de incentivos fiscais, seja pelo financiamento empresarial para aperfeiçoar a eficiência do uso de recursos e insumos, alavancando sustentabilidade econômica das empresas e o aprimoramento dos processos de inovação nos mercados. Por fim, *no âmbito do planejamento*, a competência estatal é no sentido da execução de planos econômicos públicos, que são especializados e dirigidos a determinados setores ou espécies de mercado. Neste aspecto, a Constituição fez uma distinção entre o *caráter determinante* e o *caráter indicativo* dessa espécie de intervenção econômica indireta. Enquanto o planejamento econômico estatal é *determinante* na *atividade empresarial pública*, será *indicativo* na *atividade empresarial privada*. FERREIRA, Roberto. Arts. 170 a 181. In: **Constituição Federal Interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). 4ª ed.. São Paulo: Manole, 2013. p. 907-908. Como se vê, o objetivo dessa atuação estatal é viabilizar o desenvolvimento econômico, com dois escopos fundamentais: resguardar o mercado das tendências de concentração de riquezas e garantir a realização dos fins da ordem constitucional, propiciando vida digna aos cidadãos e realizando a justiça social por meio dos princípios gerais da atividade econômica, elencados, em especial, no art. 170 da Constituição. Neste aspecto, cabe salientar que, no Brasil, a ordem econômica não possui um caráter dirigista, por parte do Estado. Assim, afora nos casos em que a Constituição expressamente prevê competências para o Poder Público, como na saúde, especificando restringirem-se à regulamentação, à fiscalização e ao controle, a intervenção só ocorrerá em caráter de exceção, para garantir a proteção do mercado e a livre concorrência.

²²⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 183.

sistema único”. É bom lembrar que a estruturação de um sistema de saúde único, público e oficial foi formalmente assegurada na Constituição da República, de 1988, como resultado da Reforma Sanitária, que desde a década de 70 propugnava a alteração da oferta de serviços de saúde, que era ofertada basicamente por meio da assistência médica curativa, vinculada fortemente ao setor privado, extremamente dispendioso ao erário, dado o caráter lucrativo das organizações prestadoras de serviço, o que implicava em um modelo "assistencial excludente, discriminatório, centralizador e corruptor".²²⁶ Era, por conseguinte, uma sistemática pouco resolutiva e eficaz, que gerava descrédito na população brasileira.

Esse movimento ambicionava universalizar o direito à saúde, compreendida como qualidade de vida. Pretendia um modelo de atenção com ênfase na integralidade. O momento expressivo da Reforma Sanitária foi, como referido no breve apanhado histórico que introduziu este capítulo, a 8ª Conferência Nacional de Saúde, de 1986, em cuja oportunidade foi debatida a reforma mais completa do setor saúde, pactuado o seu encaminhamento para a Assembleia Nacional Constituinte, que inscreveu as propostas no texto da nova Constituição.²²⁷

A ideia, na época, era que se promovesse a reestruturação do Sistema Nacional de Saúde, de que tratava a Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975, resultando na criação de um Sistema Único de Saúde que, de fato, representasse a construção de um novo arcabouço institucional, em primeiro lugar, tornando independentes a saúde e a previdência para, então, garantir a unicidade de comando em todos os níveis da Federação na efetivação da política sanitária.

Este novo sistema público, no que tange à organização dos serviços, estaria pautado na descentralização da gestão, na integralização das ações (visando à superação da dicotomia "preventivo-curativo"), na unidade na condução das políticas setoriais, na regionalização e hierarquização das unidades prestadoras de serviços, na participação da população, através de suas entidades representativas, na formulação da política, no planejamento, na gestão, na execução e na avaliação das ações de saúde, no fortalecimento do papel do Município, na introdução de práticas alternativas de assistência à saúde, no âmbito dos serviços, possibilitando ao usuário

²²⁶ CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8ª. 1986, Brasília. Relatório final. [on-line] Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em 02/01/2016.

²²⁷ AGUIAR, Zenaide Neto. Antecedentes Históricos do Sistema Único de Saúde – breve história da política de saúde no Brasil. In: _____ (Org.). **SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2015. p. 36-37.

o direito democrático de escolher a terapêutica preferida. O principal objetivo destas pautas era a expansão e o fortalecimento do setor estatal em âmbito federal, estadual e municipal, tendo como meta uma progressiva estatização do setor.

Desta forma, o setor privado se subordinaria ao papel diretivo da ação estatal, o que provocava uma ruptura com a realidade de então. Neste giro conceitual dos serviços de saúde ofertados pelo Estado, entendia-se como viável, justo e socialmente desejável uma maior participação do setor público como prestador de serviços. Isso demandaria o aprimoramento de seus procedimentos gerenciais, de forma que se pudesse trabalhar com maior eficiência, conseqüentemente aumentando o grau de resolubilidade, satisfazendo as necessidades da população.

Se este era o ideal a ser perseguido com a nova Constituição, como seria a implantação do sistema público e a sua articulação com a iniciativa privada? A 8ª Conferência Nacional de Saúde acordou consensualmente sobre a proposta de estatização progressiva, na medida em que houvesse o fortalecimento e a expansão do setor público, ficando claro que a participação do setor privado deveria ocorrer sob o caráter de serviço público concedido.²²⁸ O que de imediato deveria acontecer era a implantação de um novo relacionamento entre o setor público e o setor privado, de acordo com o qual as ações e serviços ofertados à população fossem regidos por normas de direito público, e não de direito privado. Assim, os estabelecimentos privados que prestassem serviços ao INAMPS, na época, ficavam obrigados a estabelecer um novo contrato, com cláusulas padrão regidas pelos princípios de direito público, passando, o serviço privado, a ser concessionário do serviço público. As novas relações jurídicas que fossem entabuladas deveriam possibilitar a intervenção governamental – que poderia chegar, inclusive, na expropriação de bens toda vez que fosse caracterizada fraude ou conduta dolosa do prestador privado. O objetivo deste novo formato era assegurar instrumentos de proteção da sociedade que fossem similares a outros já adotados nas relações do governo com outros setores, como a intervenção e a encampação previstas na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que disciplina o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, conforme o artigo 175 da Constituição.²²⁹

²²⁸ CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8ª. 1986, Brasília. Relatório final. [on-line] Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em 02/01/2016.

²²⁹ Constituição, art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Contextualizado o cenário da época, volta-se ao artigo 198 da Constituição, que acolheu as aspirações pela mudança de paradigma no que tange ao direito à saúde e determinou que, na primeira parte, “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”. Na segunda parte, definiu que este sistema é organizado por diretrizes, as quais foram definidas nos incisos I, II e III, que preveem, respectivamente, a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e a participação da comunidade.

Quanto à parte inicial do artigo 198 da Constituição, o primeiro elemento importante a ser compreendido é o de rede regionalizada e hierarquizada, que são diretrizes organizativas que visam imprimir racionalidade ao funcionamento do Sistema Único de Saúde.

A regionalização indica o objetivo de distribuição dos recursos assistenciais no território, com base nas características populacionais, de modo que se possa promover a integração das ações e dos serviços de forma que garanta acesso oportuno, continuidade do cuidado e economia de escala.²³⁰ No bojo da regionalização, insere-se a descentralização, com ênfase na municipalização da gestão dos serviços e ações de saúde, com cooperação dos demais entes federados,²³¹ o que guarda consonância com a competência municipal prevista no inciso VII do artigo 30.²³² Deste modo, no que tange ao aspecto político-administrativo do Sistema Único de Saúde, a sua base é o Município, que tem a grande

²³⁰ VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. O sistema único de saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al* (Orgs.). **Tratado e saúde coletiva**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. p. 536.

²³¹ O Sistema Único de Saúde exige, na sua estruturação, que todos os serviços de todos os entes federativos sejam integrados através de uma rede de serviços única, capaz de garantir ao indivíduo a integralidade da sua saúde. Na condição de Estado federal, conforme artigos 1º e 18 da Constituição, esta estrutura tem como fundamento uma interdependência dos entes federativos na garantia do direito à saúde. Como não há uma explicitação clara do que cada ente federado deve concretamente fazer dentro desta rede, no texto constitucional, muitas são as dificuldades jurídico-administrativas, tanto na organização, quanto na operação do sistema. Disso decorre uma necessidade de colaboração, que viabilize o atingimento dos objetivos constitucionais e legais, exigindo a união dos serviços com a racionalização dos recursos. De acordo com Lenir Santos, esta "rede interfederativa se caracteriza pela necessidade de haver, no SUS, gestão intergovernamental, e não apenas relações entre os governos. Na saúde, é imperioso haver gestão compartilhada, planejamento integrado e financiamento tripartite". SANTOS, Lenir. **SUS: Desafios político-administrativos da gestão interfederativa da saúde: regionalizando a descentralização**. 2012. 266 p. Tese (Doutorado em Política, Planejamento e Gestão em Saúde). Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva. Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2012.

²³² Constituição, art. 30: “Compete aos Municípios: [...] prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;”.

responsabilidade pela prestação direta de parte considerável dos serviços, de acordo com o nível de gestão pactuado dentro do sistema. Soma-se à diretriz da descentralização o imperativo de direção única em cada esfera de governo, previsto no inciso I do artigo 198, que objetiva a superação da desarticulação entre os serviços, existente antes da Constituição de 1988, bem como a estruturação da coordenação das ações sob direção de um único gestor em cada espaço institucional, ou seja, o secretário municipal em âmbito local, o secretário estadual no âmbito do Estado, o ministro da saúde no âmbito da União.

A hierarquização, por sua vez, tem o objetivo de ordenar o sistema por níveis de atenção, estabelecendo fluxos assistenciais, valorizando a atenção básica,²³³ que oferta o contato com a população em determinada base territorial, consistindo nos serviços de uso mais frequente. Esta diretriz está relacionada com a organização dos serviços de saúde, que devem ser prestados pelos três entes da Federação a partir de uma repartição de competências.²³⁴ Neste sentido, a atenção básica deve ser desenvolvida com o mais alto grau de descentralização, que permite o desenvolvimento de relações de vínculo e responsabilização entre profissionais de saúde e a população, o que se alinha com a integralidade da atenção, com a continuidade das ações e serviços e com a oferta de cuidado permanente (inciso II do artigo 198).²³⁵

²³³ O Ministério da Saúde editou a Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011, que aprova a Política Nacional de Atenção Básica, no Anexo I estabelece: "A Atenção Básica caracteriza-se por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades. É desenvolvida por meio do exercício de práticas de cuidado e gestão, democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios definidos, pelas quais assume a responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Utiliza tecnologias de cuidado complexas e variadas que devem auxiliar no manejo das demandas e necessidades de saúde de maior frequência e relevância em seu território, observando critérios de risco, vulnerabilidade, resiliência e o imperativo ético de que toda demanda, necessidade de saúde ou sofrimento devem ser acolhidos." BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011**. Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS). [on-line] Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html Acesso em 02/01/2016.

²³⁴ ASENSI, Felipe. **Sistema Único de Saúde: Lei 8.080/1990 e legislação correlata**. Brasília: Alumnus, 2015. p 61.

²³⁵ VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. O sistema único de saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al* (Orgs.). **Tratado e saúde coletiva**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. p. 536.

A atenção básica visa ser a principal porta de entrada do sistema, articulando-se com a Rede de Atenção à Saúde,²³⁶ que constitui um arranjo organizativo formado por ações e serviços de saúde de diferentes especialidades, que se articula com a base territorial, complementando os serviços não prestados na origem. É importante considerar que o Sistema Único de Saúde é formado por três níveis de atenção à saúde (atenção básica, média e alta complexidade)²³⁷, que se compõem por ações e

²³⁶ O Decreto Federal nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, define, no artigo 7º, que “As Redes de Atenção à Saúde estarão compreendidas no âmbito de uma Região de Saúde, ou de várias delas, em consonância com diretrizes pactuadas nas comissões intergestores”. No artigo 30, complementa aduzindo que “As Comissões Intergestores pactuarão a organização e o funcionamento das ações e serviços de saúde integrados em redes de atenção à saúde, sendo: I - a CIT, no âmbito da União, vinculada ao Ministério da Saúde para efeitos administrativos e operacionais; II - a CIB, no âmbito do Estado, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais; e III - a Comissão Intergestores Regional - CIR, no âmbito regional, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais, devendo observar as diretrizes da CIB”. A Comissão Intergestores Tripartite (CIT) é a instância de articulação interfederativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A Comissão Intergestores Bipartite (CIB), por sua vez, é a instância de articulação interfederativa entre Estado e Municípios.

²³⁷ A Secretaria de Atenção à Saúde, na cartilha “O SUS de A a Z”, editada em 2009, consigna que a média complexidade foi instituída pelo Decreto Federal nº 4.726, de 9 de junho de 2003, que aprovava a estrutura regimental e o quadro de cargos de Ministério da Saúde, mas que já foi revogado. De acordo com a norma, repetida no Decreto Federal nº 8.065, de 7 de agosto de 2013, artigo 18, compete ao Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas gerir a Política Nacional de Regulação, em seus componentes de regulação da atenção e de regulação do acesso às ações e aos serviços de saúde; estabelecer normas e definir critérios para a sistematização e padronização das técnicas e procedimentos relativos às áreas de controle e avaliação das ações assistenciais de média e alta complexidade de saúde desenvolvidas nos Estados, Municípios e Distrito Federal; apoiar os Estados, Municípios e Distrito Federal no planejamento e controle da produção, alocação e utilização dos recursos de custeio da atenção de média e alta complexidade; desenvolver ações de cooperação técnica e financeira com os Estados, os Municípios e o Distrito Federal para a qualificação das atividades de regulação, controle e avaliação das ações assistenciais de média e alta complexidade, além de outras atividades. Apesar da competência para regulação da matéria estar definida no Decreto, não há uma normativa que estabeleça, de forma centralizada e objetiva, o que é média complexidade, problema que também se verifica em relação ao rol de ações e serviços de alta complexidade. Em geral, os órgãos administrativos vinculados ao Ministério da Saúde editam atos normativos, como portarias e resoluções, incluindo cada procedimento específico nessas categorias. Assim, a sistematização deste conteúdo é extremamente dificultada, pela pulverização normativa da matéria. Buscando um parâmetro para compreender estes níveis de atenção à saúde, verifica-se que a referida cartilha “O SUS de A a Z”, editada em 2009, estabelece que média complexidade é composta pelos grupos do Sistema de Informações Ambulatoriais: “1) procedimentos especializados realizados por profissionais médicos, outros de nível superior e nível médio; 2) cirurgias ambulatoriais especializadas; 3) procedimentos traumato-ortopédicos; 4) ações especializadas em odontologia; 5) patologia clínica; 6) anatomopatologia e citopatologia; 7) radiodiagnóstico; 8) exames ultrasonográficos; 9) diagnose; 10) fisioterapia; 11) terapias especializadas; 12) próteses e órteses; 13) anestesia. Já a alta complexidade, no mesmo material, é o “Conjunto de procedimentos que, no contexto do SUS, envolve alta tecnologia e alto custo, objetivando propiciar à população acesso a serviços qualificados, integrando-os aos demais níveis de atenção à saúde (atenção básica e de média complexidade). As principais áreas que compõem a alta complexidade do SUS, e que estão organizadas em “redes”, são: assistência ao paciente portador de doença renal crônica (por meio dos procedimentos de diálise); assistência ao paciente oncológico; cirurgia cardiovascular; cirurgia vascular; cirurgia cardiovascular pediátrica; procedimentos da cardiologia intervencionista; procedimentos endovasculares extracardíacos; laboratório de eletrofisiologia; assistência em traumato-ortopedia; procedimentos de neurocirurgia; assistência em otologia; cirurgia de implante coclear;

serviços que visam a atender aos principais problemas de saúde e agravos da população, variando, para cada um deles, nas modalidades de prática clínica, na disponibilização de profissionais em suas equipes e no uso de recursos tecnológicos de apoio diagnóstico e farmacêutico, engendrados em um fluxo de referenciamento e contrareferenciamento, utilizados com as demandas e as necessidades de cada usuário.²³⁸

A última diretriz da composição do Sistema Único de Saúde é a participação comunitária, que ocorre por meio da inclusão de segmentos sociais organizados em instâncias formais de gestão democrática, em todas as esferas federativas, criando espaços nos quais a população possa influir na elaboração, no controle e na fiscalização das políticas públicas sanitárias. A matéria foi regulamentada pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que institucionalizou, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções próprias do Poder Legislativo, as Conferências²³⁹ e os Conselhos,²⁴⁰ como instâncias colegiadas de saúde.

cirurgia das vias aéreas superiores e da região cervical; cirurgia da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; procedimentos em fissuras labiopalatais; reabilitação protética e funcional das doenças da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; procedimentos para a avaliação e tratamento dos transtornos respiratórios do sono; assistência aos pacientes portadores de queimaduras; assistência aos pacientes portadores de obesidade (cirurgia bariátrica); cirurgia reprodutiva; genética clínica; terapia nutricional; distrofia muscular progressiva; osteogênese imperfeita; fibrose cística e reprodução assistida.” BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios**. 3ª ed.. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 207; 32-33. [on-line] Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/sus-3edicao-completo-190911.pdf> Acesso em 30/11/2015. O que reforça a caracterização como média e alta complexidade nestas condições, é a inclusão de todos estes procedimentos no Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e Órteses, próteses e materiais especiais do Sistema Único de Saúde, na página eletrônica do DATASUS, na internet (<http://sigtap.datasus.gov.br/tabela-unificada/app/sec/inicio.jsp>).

²³⁸ Felipe Asensi esclarece que o sistema de referenciamento e contrareferenciamento representa o compromisso da rede de atenção à saúde com os usuários, garantindo a eles o acesso ao conjunto de tecnologias necessárias para o atendimento. Tais mecanismos, nesta senda, constituem acordos prévios acerca do que cabe a cada unidade de saúde realizar, incluindo o número e tipos de casos a serem atendidos, o perfil assistencial etc. ASENSI, Felipe. **Sistema Único de Saúde: Lei 8.080/1990 e legislação correlata**. Brasília: Alumnus, 2015. p. 62.

²³⁹ Lei nº 8.142/1990, artigo 1º, § 1º: “A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde”.

²⁴⁰ Lei nº 8.142/1990, artigo 1º, § 2º: “O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.” Os conselhos de políticas públicas são órgãos pertencentes à estrutura do Poder Executivo, cujo surgimento e número cada vez mais representativo se deve à adoção de um modelo de gestão democrática e participação social instituída a partir da Constituição de 1988. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê o Conselho da Saúde no § 3º do art. 77. A função primordial dos conselhos é a de auxiliar, tecnicamente, o Poder Executivo naquelas tarefas para as quais foram criados, objetivando

Vistas as diretrizes constitucionais de estruturação do Sistema Único de Saúde, que o organiza como conjunto de todas as ações e serviços de saúde pública prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta, é possível verificar como foi prevista a articulação da iniciativa privada neste contexto.

O artigo 199 da Constituição prevê que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, sendo complementado pelo § 1º, de acordo com o qual as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Assim, de fato, a iniciativa privada é livre, observando as normas legais, para prestar todos os serviços de saúde, por sua conta e risco e de forma independente do Poder Público. Contudo, se a atividade for executada em conjunto com o Poder Público, por meio de contrato ou convênio, dentro do Sistema Único de Saúde, a sua atuação deverá ser sempre de forma complementar.

Importante referir que a preferência constitucionalmente prevista para as entidades privadas sem fins lucrativos, muito longe de ser confundida com exclusividade, tende apenas a evitar a mercantilização dos serviços de saúde privados sobre a estrutura do Poder Público, como ocorria antes da Constituição de 1988. Tanto é assim que o § 2º do artigo 199 veda a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, exatamente pela atividade

debater, opinar, direcionar, indicar o melhor caminho para alcançar os objetivos da Administração, que devem visar, sempre, ao bem da comunidade. Aliás, a motivação da existência dos conselhos é, fundamentalmente, apurar, junto à comunidade, as suas carências e maneiras mais rápidas e menos onerosas de resolver conflitos e demandas por ela apresentadas. Os Conselhos são, portanto, órgãos consultivos do Executivo, criados através de lei. É no texto normativo desta lei que devem estar definidas, portanto, a forma da sua composição – que deve ser paritária, ou seja, composta por igual número de representantes da sociedade civil e representantes do governo –, o período de duração do mandato dos conselheiros, as respectivas atribuições, dentre outros aspectos relevantes para o seu funcionamento. JANOVIK, Ana Maria. Verbetes: Conselhos de políticas públicas. *In: Revista Legisla News – A gestão municipal em pauta*, Porto Alegre, ed. 10, ano 3, jan.-fev./2015. p. 26.

lucrativa que desenvolvem²⁴¹ – o que, ademais, já constava no ordenamento jurídico brasileiro desde 1964, no artigo 21 da Lei nº 4.320, no tocante aos auxílios.²⁴²

A dificuldade encontrada no exame das atividades de saúde passíveis de serem desenvolvidas pela iniciativa privada no âmbito do Sistema Único de Saúde é a definição do que seria considerado como “complementar”. Partindo do sentido literal da expressão, enquanto adjetivo significa “a grandeza que constitui complemento de outra”,²⁴³ sendo, o complemento,²⁴⁴ um elemento que se integra a um todo para completa-lo ou aperfeiçoá-lo, acrescentando algo com fins de remate.

Uma primeira conclusão é no sentido da possibilidade jurídica de as instituições privadas participarem do Sistema Único de Saúde. A sua atuação, entretanto, não poderá ser substitutiva ou excludente da ação estatal, pois os seus serviços deverão ter o efeito de completar ou aperfeiçoar aqueles preexistentes do ente federado. Em que medida, então, as instituições privadas poderão fazer parte do SUS? Esta é uma questão que depende de como o legislador ordinário se utilizou da atribuição de poder normativo, estabelecida no artigo 197 da Constituição, quando determina que compete ao Poder Público, *nos termos da lei*, dispor sobre a regulamentação das ações e serviços de saúde de relevância pública.

²⁴¹ Como adverte, com muita pertinência, Ana Paula de Barcellos. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coordenadores científicos). PINTO FILHO, Francisco Bilac; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.182. A vedação de destinação de auxílios e subvenções para entidades privadas com fins lucrativos não se confunde o pagamento por leitos ou por custos relativos à internação de pacientes em hospitais privados, ou outros procedimentos, pois neste caso, trata-se de pagamento pelo serviço prestado, o qual deve ser estabelecido buscando o equilíbrio-econômico financeiro da relação contratual.

²⁴² Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, art. 21: "A Lei de Orçamento não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio das empresas privadas de fins lucrativos. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se às transferências de capital à conta de fundos especiais ou dotações sob regime excepcional de aplicação." A respeito deste ponto, é importante distinguir auxílios e subvenções, para compreender a dimensão da extensão da vedação do § 2º do artigo 199 que, afora isso, deu dimensão constitucional à regra.

²⁴³ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Complementar. *In*: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio De Janeiro: Objetiva, 2009. p. 504.

²⁴⁴ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Complemento. *In*: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio De Janeiro: Objetiva, 2009. p. 505.

2.2 Controle jurisdicional do agir administrativo discricionário quanto à opção de participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde

A partir dos comentários tecidos sobre as normas inseridas na Seção II do Título VIII da Constituição, que trata do direito social à saúde, especificamente daquelas que dispõem sobre a saúde ser um direito de todos e um dever do Estado, cujas ações e serviços são de relevância pública e, no que concerne à ação estatal, devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, do qual possam participar instituições privadas, em caráter complementar, é possível questionar as opções feitas pela própria Constituição.

Sem dúvida, uma delas é o traço socializante do Estado, que visa a produção de condições e pressupostos reais indispensáveis para o exercício dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, a importância funcional dos direitos sociais básicos consiste em promover a igualdade social, operada na realidade concreta. Logo, por meio de prestações positivas o Estado intervém na realidade, corrigindo as injustiças sociais.²⁴⁵

A Constituição da República de 1988, ao expressamente elencar os direitos sociais, previu a sua efetivação por normas jurídicas de natureza programática, como são as da Seção II do Título VIII, que remetem à lei ordinária todo o tratamento da matéria, passando pelas políticas econômicas e sociais (artigo 196), que, como visto, englobam as leis que as instrumentalizam, ela regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde de relevância pública (artigo 197), o que inclui o Sistema Único de Saúde que, objetivamente, foi previsto no artigo 198. Além disso, também é por lei de natureza complementar, que o financiamento da saúde deve ser disciplinado (artigo 198, § 3º), e por lei de natureza ordinária que será estabelecido o piso salarial profissional, as diretrizes para os planos de carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias (artigo 198, § 3º), que serão regulamentadas as condições e os requisitos sobre remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para transplante, pesquisa e tratamento, bem como coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados (artigo 198, § 4º) e que serão definidas as competências do Sistema Único de Saúde (artigo 200).

²⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 391-394.

É forçoso concordar com Cezar Saldanha Souza Junior, quando afirma que a Constituição, frequentemente acusada de ter sido muito casuísta, esmiuçando detalhes próprios de legislação ordinária e da política diária, em outras matérias apelou, como nenhuma outra anteriormente, para as normas programáticas, talvez porque, no Brasil, a política, que deve estar voltada para o bem comum, não tem conseguido ser eficiente em solucionar os problemas que afetam a sociedade. Em síntese, afirma ter o constituinte imaginado que se colocasse na Constituição uma relação de tarefas a serem executadas para a realização dos fins últimos do Estado, prevendo instrumentos judiciais para tanto, estariam resolvidos todos os problemas.²⁴⁶

Por conseguinte, a Constituição de 1988 confiou ao Poder Judiciário uma responsabilidade até então não outorgada por nenhuma outra Constituição: conferiu-lhe autonomia institucional, garantindo a autonomia administrativa e financeira, e assegurou a independência funcional dos magistrados. Em consonância, consagrou o livre acesso ao Poder Judiciário, para o que os princípios da proteção judicial efetiva (artigo 5º, incisos XXXV), do juiz natural (artigo 5º, inciso XXXVII e LIII) e do devido processo legal (artigo 5º, inciso LV) têm influência decisiva no processo organizatório da Justiça, especialmente no que concerne às garantias da magistratura e à estruturação independente dos órgãos. Essa independência judicial é fundamental para a eficácia dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, visto que, quando ameaçados ou lesionados, a sua realização só pode ocorrer limitando o poder do próprio Estado – o que, aliás, é o traço distintivo entre o Estado de Direito do Estado Policial.²⁴⁷

²⁴⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 86-87. O autor alude a um “mosaico amplo de interesses, sentimentos e ideias” do qual resultou a Constituição de 1988. Em primeiro lugar, a vontade comum de reinstitucionalizar, definitivamente, a democracia, ancorada no Estado de Direito e nos direitos fundamentais. Em segundo, a forma federativa de Estado, marcada pela decisão de desconcentrar as atribuições da União, promovendo a ampliação da autonomia dos Estados e dos Municípios. No plano econômico, foi influenciada pelo mercado, no sentido de assegurar a economia, e no plano social, por pressão de diversos grupos e organizações, o que se pode perceber do contexto histórico pré-Constituição de 1988 apresentado nesta dissertação em relação ao setor saúde, foram previstas prerrogativas e direitos que, ao exigir do Estado uma atuação maior e a aplicação de mais recursos orçamentários, também permitiria trocas de privilégios que dificilmente poderiam se justificar. Assim, a Constituição de 1988 representou uma mistura pouco definida, algumas vezes incoerente, de liberalismo político e econômico, com intervencionismo estatal, social-democracia e socialismo. *Idem, ibidem*. p. 81-82.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Organização do Poder Judiciário brasileiro**. [on-line] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>. Acesso em 02/01/2016.

Sendo assim, no que diz respeito à assistência à saúde, é preciso verificar como o legislador ordinário disciplinou a matéria, considerando a realidade anterior à 1988, de prestação predominantemente privada dos serviços públicos no Brasil, com uma mudança que se pretendia fosse progressiva, para uma rede eminentemente pública. Na atualidade, é sabido que os usuários do sistema enfrentam diversas dificuldades para ter acesso às ações e serviços de saúde, para garantir o direito à saúde. Faltam leitos e equipamentos em hospitais, existem longas filas de espera por procedimentos que, às vezes, são de baixa complexidade técnica ou de efetivação simples, como no caso de consultas, faltam profissionais e infraestrutura em regiões mais afastadas dos grandes centros urbanos. Implantar, estruturar e manter um sistema público de saúde no Brasil é um desafio de tamanho proporcional à sua extensão territorial, que se divide em três problemas políticos de maior realce.²⁴⁸

O primeiro é relacionado ao financiamento perene das ações e serviços públicos de saúde, com recursos orçamentários vinculados em percentuais consideráveis da receita de cada ente da Federação que, por vezes, são insuficientes ou exorbitantes para o atendimento da população adscrita ao território de cada um deles. Quando insuficientes, é a boa gestão fiscal que deverá indicar verbas suplementares. Quando exorbitantes, no entanto, os entes federados passam a gastar em objetos não tão necessários, às vezes, de modo irracional o dinheiro público que poderia ser empregado em outras políticas que também promovem, ainda que indiretamente, a saúde, como é o caso da moradia e do meio ambiente.²⁴⁹ Soma-se a isso a crise que assola muitos entes federados, em especial os Estados, o que também impacta neste problema.²⁵⁰

²⁴⁸ A sistematização não só dos problemas políticos, mas também dos administrativos, econômicos e jurídicos para a efetivação do direito à saúde no Brasil e os seus reflexos no direito sanitário pode ser aprofundado em: AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. *In*: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 221-235.

²⁴⁹ A adequação orçamentária e financeira é feita para evitar os riscos decorrentes dos procedimentos impostos pelo Decreto Federal nº 7.827, de 16 de outubro de 2012, que regulamenta os procedimentos de condicionamento e restabelecimento das transferências de recursos provenientes das receitas tributárias e dispõe sobre os procedimentos de suspensão e restabelecimento das transferências voluntárias da União, nos casos de descumprimento da aplicação dos recursos em ações e serviços públicos de saúde de que trata a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.

²⁵⁰ O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, analisando as contas do então Governador Tarso Genro, relativas ao exercício de 2014, reconhece a crise vivenciada pelo Estado e as condições de extrema dificuldade financeira, asseverada pela crise financeira mundial, o que implica em que as ações com o intuito de não comprometer o bom funcionamento dos serviços públicos, de acordo com as ferramentas de equilíbrio fiscal que constam na legislação, se mostrem capazes de reverter a situação. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Parecer prévio sobre as contas do Governador do Estado. Processo nº 3531-02.00/14-0 – Plenário. Relator

O segundo problema político é a dificuldade de articulação entre os entes federados responsáveis pelos cuidados com a saúde no país, para que desenvolvam de forma harmônica e integrada serviços de qualidade, humanizados e resolutivos. Isso exigiria um retorno ao cerne do federalismo,²⁵¹ centrado na conciliação da unidade da nação na diversidade dos estados-membros, em engendrar-se o interesse nacional com os interesses regionais,²⁵² por meio de mecanismos de relacionamento entre os entes federados verticais (União-Estados-Municípios) e horizontais (Estados-Estados, Municípios-Municípios). Esses mecanismos servem como elos essenciais tanto para a coordenação quanto para a cooperação federativa, que diretamente impactaria no cumprimento do pacto federal.

O terceiro problema é relacionado ao modelo a ser adotado para a prestação dos serviços de saúde, pois embora a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, determine que o Sistema Único de Saúde deve ser composto de ações e serviços prestados pela administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, há, na prática, uma tendência nacional de terceirização dos serviços para entidades privadas sem fins lucrativos, em especial organizações não governamentais. Diante disso, é preciso cotejar as normas constitucionais analisadas no item 2.1.2 desta dissertação com a inquietante ideia de que é impossível prestar serviços públicos de saúde com qualidade e eficiência dentro das rígidas estruturas

Conselheiro Algir Lorenzon. Julgado em 29/01/2015. [on-line] Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_conteudo/noticias/TC-E-RS%20recomenda%20aprova%E7%E3o%20das%20contas%20de%20Tarso%20Genro Acesso em 02/01/2016.

²⁵¹ A República Federativa do Brasil (artigo 1º da Constituição) se organiza constitucionalmente por meio de um sistema político complexo, no qual se inserem, no mesmo Estado soberano, diferentes entes territoriais, aos quais correspondem diferentes esferas de competências legislativas, administrativas e financeiras. Esta característica própria do Estado Federal concilia, na unidade estatal soberana (a nação), a diversidade de uma organização jurídica na qual se estrutura e convive uma pluralidade de outros ordenamentos jurídicos, elaborados por entes dotados de uma parcela reduzida dessa soberania nacional, então denominada de autonomia. A Constituição da República estabelece, no artigo 18, que a organização político-administrativa brasileira compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos – Forma de Estado alçada à condição de cláusula de inabolidabilidade, inexorável, de acordo com o artigo 60, § 4º, inciso I. Sobre federalismo, ver: HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S. A., 1964. _____. Tendências atuais da Federação Brasileira. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 16, Revista dos Tribunais, jul./1996. [on-line] Disponível em: [http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000013f0e9788f623611147&docguid=l154a6a50f25311dfab6f0100000000000&hitguid=l154a6a50f25311dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=824&context=26&startChunk=1&endChunk=1#](http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000013f0e9788f623611147&docguid=l154a6a50f25311dfab6f010000000000&hitguid=l154a6a50f25311dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=824&context=26&startChunk=1&endChunk=1#). Acesso em 03/06/2013.

²⁵² REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Federalismo, descentralização e subsidiariedade. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (orgs.). **Direito do Estado – Estudos sobre Federalismo**. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007. p. 60.

da Administração Pública, o que geralmente é utilizado como fundamento para a terceirização.²⁵³

Com foco neste último problema político, que implica na efetivação do direito à saúde, é que se questiona como pode ocorrer a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde e em que limites ela pode se realizar. Esta análise, pelos motivos indicados, passa por conhecer as regras jurídicas que tratam da matéria, inseridas na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para, então, na tentativa de sistematizar o processo decisório da Administração Pública, indicar o que deve ser considerado e como deve ser adotada uma decisão neste sentido, de modo a também viabilizar o controle jurisdicional sobre ela.

2.2.1 Critérios metodológicos a serem considerados pela Administração na opção da complementação do Sistema Único de Saúde pela iniciativa privada

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, dentre outras providências, em conformidade com a previsão do artigo 199, § 1º, da Constituição da República, estabelece no artigo 24, inserido no Capítulo II, que dispõe sobre a participação complementar, do Título III, "Dos serviços privados de assistência à saúde", que "Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada". O parágrafo único do artigo 24 complementa o sentido do enunciado ao referir, em repetição ao artigo 199, § 1º, da Constituição, que "A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público".

O enunciado do artigo 24 contém, no antecedente, três conceitos de baixa densidade normativa: "disponibilidades insuficientes", "garantia de cobertura assistencial" e "população de uma determinada área". Cumpre tentar compreender o que cada um deles pode significar.

Quanto a "disponibilidades insuficientes", se disponibilidade é o estado ou a qualidade do que é ou está disponível, não sujeito a compromissos ou encargos,

²⁵³ AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 224-225.

estando em poder de alguém que imediatamente pode fazer uso da coisa,²⁵⁴ enquanto insuficiente é adjetivo relativo ao que é escasso ou que não alcança a qualidade necessária,²⁵⁵ é possível depreender, desta expressão, que quando a estrutura pública de atendimento à saúde do Sistema Único de Saúde não tiver à disposição da população uma determinada provisão, seja porque não foi implantada na rede estatal, seja porque ela não possui a qualidade necessária para o atingimento dos fins indicados pelas políticas públicas, estará a situação compreendida na expressão contida no enunciado da norma “quando as suas disponibilidades forem insuficientes”.

A segunda locução é “garantia de cobertura assistencial”, em que garantia significa o ato ou a palavra com que se assegura o cumprimento de obrigação,²⁵⁶ consistindo esta na cobertura assistencial. Contudo, o léxico português não pode oferecer o sentido para esta expressão. Ele precisa ser buscado no sistema jurídico.

Neste sentido, o artigo 26 da Lei nº 8.080/1993 determina que, além dos critérios e valores para a remuneração dos serviços de saúde, “os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde”. Embora tratado no capítulo relativo da participação complementar, os parâmetros de cobertura assistencial de que trata a norma se destinam a balizar a cobertura assistencial do Sistema Único de Saúde, seja a parte coberta pela rede pública, seja a parte atendida, complementarmente, pelo setor privado.²⁵⁷

Assim sendo, tais parâmetros devem ser observados em âmbito nacional, ou seja, pelas esferas de comando do Sistema Único de Saúde. O seu estabelecimento rigorosamente deveria ser realizado sob a forma de normas gerais, de acordo com os limites estabelecidos pelo artigo 23 da Constituição, que atribui a competência concorrente²⁵⁸ à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para cuidar

²⁵⁴ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Disponibilidade. *In*: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio De Janeiro: Objetiva, 2009. p. 696.

²⁵⁵ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Insuficiente. *In*: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio De Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1.092.

²⁵⁶ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Garantia. *In*: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio De Janeiro: Objetiva, 2009. p. 953.

²⁵⁷ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde (Lei 8.080/90 e 8.142/90)**. 2ª ed.. São Paulo: Editora Hucitec, 1995. 200-201.

²⁵⁸ Itiberê de Oliveira Rodrigues refere que competência é, basicamente, a capacidade jurídica de agir de um ente federado, enquanto pessoa jurídica estatal de caráter político e existência permanente. A competência pode ser legislativa, pela qual é estabelecida a capacidade para edição de normas

da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso I).²⁵⁹ Aliás, é da natureza do Estado Federal a distribuição das

jurídicas primárias, inovadoras ou modificadoras do ordenamento jurídico, em regra de conteúdo geral e abstrato, ou administrativa, pela qual se estabelece a capacidade para realização de ofício de atividades de conteúdo individual e concreto destinadas à satisfação imediata do interesse público. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativas e administrativas na Constituição Federal de 1988. *In: Revista Diálogo Jurídico*, nº 15, Salvador, jan.-mar./2007. [on-line] Disponível em: www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/ITIBERE.pdf. Acesso em 02/01/2016.

²⁵⁹ Apesar da repartição constitucional de competências e da organização administrativa do SUS, é cediço que essa divisão de responsabilidades raramente é observada no âmbito de processos judiciais que visam a obtenção de prestações do Poder Público (fornecimento de medicamentos, realização de tratamento médico, internações etc.). Com efeito, o entendimento majoritário da jurisprudência é de que há responsabilidade solidária entre todos os entes federativos na promoção de políticas públicas na área da saúde, na esteira do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal, cuja decisão representativa dessa orientação é a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, julgada em 17 de março de 2010, em que se discutia a concessão de medicamento não constante dos protocolos clínicos do SUS, para tratamento de doença grave. Neste julgamento, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, aduziu, na fundamentação do seu voto, que: "A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. 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 obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade. O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação dos recursos". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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. Fornecimento 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. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – Ceará. União e Clarice Abreu de Castro Neves e outros. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. **Diário da Justiça**, em 29/04/2010, p. 70. Como se verifica do próprio voto, ao passo em que se afirma que "União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde", também se argumenta que "As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade". Solidariedade e subsidiariedade são princípios distintos e antagônicos. Enquanto o princípio da solidariedade indica a responsabilidade por obrigações recíprocas e compartilhadas, o princípio da subsidiariedade pressupõe que a atuação do Poder Público tenha espaço apenas quando a liberdade e a iniciativa das pessoas, nas suas demandas sociais e econômicas, não puderem satisfazer suas necessidades. Assim, os entes federados mais próximos seriam competentes para resolver a questão e, em não tendo condições, os mais distantes. Tal critério poderia ser substituído também por um fundamento legal de divisão de responsabilidades. Apesar dessa diferenciação técnica jurídica entre os dois princípios, o entendimento do STF é no sentido de que a obrigação entre os entes federados é "solidária e subsidiária entre eles", o que não explica muita coisa e, na prática, acaba fazendo com que os procuradores das partes litigantes, ao invés de pleitear a provisão de saúde ao ente federado competente, ajuízam a ação contra todos os entes federados, para condenação solidária entre eles. Na execução de tais julgados, invariavelmente os Municípios acabam suportando a maior parte das condenações, posto que estão mais próximos do cidadão para

competências entre os seus entes, cuja delimitação constitucional viabiliza sua atuação concomitante e harmoniosa, fundamentando-se aqui o cerne da descentralização do poder em unidades autônomas.²⁶⁰ A uma dada competência material, corresponde uma atividade administrativa a cargo do respectivo ente. E se há um encargo a ser cumprido, isso implicitamente arrasta também a competência legislativa para definir a forma como ele será executado.

Por se tratar de uma competência material compartilhada e porque o artigo 26 da Lei nº 8.080/1990 estabelece que os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no

atender as suas demandas. Disso resulta que apenas em sede de ações de ressarcimento os entes locais conseguem restituição parcial dos custos havidos com as despesas decorrentes de ações judiciais, como demonstra a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de que é exemplo o seguinte julgado: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. APELAÇÕES CÍVEIS/REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. NECESSIDADE E IMPOSSIBILIDADE DO PACIENTE DE ARCAR COM AS DESPESAS DO TRATAMENTO COMPROVADAS. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS AO FADEP. VERBA HONORÁRIA REDUZIDA. A responsabilidade dos entes públicos (União, Estados-Membros e Municípios) é solidária, podendo a parte demandante optar por exigir o cumprimento da obrigação de um ou de todos, uma vez que são solidariamente responsáveis, cabendo àquele que satisfizer a obrigação exigir o ressarcimento dos demais, na hipótese de o procedimento requerido ser diverso dos especificamente previstos em lei para si. Cabe ao Estado (lato sensu) o dever de garantir o direito constitucional à saúde, devendo adotar medidas que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o art. 241 da Constituição Estadual determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação. Caso concreto em que tanto a necessidade da utilização da medicação prescrita quanto a impossibilidade do paciente de arcar com as despesas do tratamento restaram comprovadas. Honorários à Defensoria Pública. É devida verba honorária ao FADEP pelos Municípios, visto que configuram pessoas jurídicas distintas. Verba honorária reduzida de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DO ESTADO. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA, NO RESTANTE, EM REMESSA NECESSÁRIA. Apelação e Reexame Necessário Nº 70068940824. Ivo Almeida de Carvalho e Município de Caxias do Sul e Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Cível. Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício. Julgado em 15/06/2016. [on-line] Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/> Acesso em: 16/06/2016. Na prática, a propalada "estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação dos recursos", no julgamento da STA nº 175, está muito distante de ser alcançada, pois a realidade dos julgados, com base na orientação sedimentada pelo STF, induz exatamente ao caminho oposto.

²⁶⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 29. A Constituição da República distribuiu as competências entre os entes da Federação de modo complexo, estruturando um sistema em que coexistem competências privativas, repartidas horizontalmente (artigos 21, 22, 25, 29 e 30), com competências compartilhadas, repartidas verticalmente (artigos 23 e 24). Embora a Constituição da República sistematize essa repartição de competências, alguns setores de atuação estatal são de complexa efetivação, sendo inviável a sua gestão por uma única esfera federativa, razão pela qual essa divisão constitucional de atribuições não gera aos seus titulares o encargo de efetivarem, isolada e exclusivamente, os direitos e garantias juridicamente assegurados pelo Estado. Ao contrário: objetiva a eficiência da atuação estatal, permitindo que todos os entes trabalhem simultaneamente na realização de diferentes políticas públicas, o que é o cerne do chamado federalismo cooperativo.

Conselho Nacional de Saúde, poder-se-ia sustentar a tese de que tais parâmetros teriam a natureza de normas gerais, a exigir, portanto, previsão em lei ordinária, considerada a abrangência de sua aplicação, em um critério que Alexandre Moraes denominou como “princípio da predominância de interesses”. A repartição de competências constitucionais teria se guiado, no texto constitucional, pelo pressuposto que à União caberá as matérias e questões de predominância do interesse geral; aos Estados, as matérias de predominante interesse regional; e, aos Municípios, os assuntos de interesse local.²⁶¹ Em relação ao Distrito Federal, pela previsão do artigo 32, § 1º, da Constituição, acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no artigo 22, inciso XVII, da Constituição.

Equivoca-se, entretanto, quem assim entender. O artigo 26 da Lei nº 8.080/1990 diz que estes parâmetros serão definidos pela *direção nacional* do Sistema Único de Saúde (SUS), *com aprovação do Conselho Nacional de Saúde*, relegando a uma norma de natureza administrativa a solução da matéria, de cuja elaboração estará alheio o Poder Legislativo. Isso significa que o legislador ordinário optou por deixar a cargo da Administração Pública definir, através de regulamento, após ouvida a instância formal e permanente de participação democrática do sistema, a questão política de estabelecer até que ponto o Estado deve trabalhar para que os serviços próprios sejam capazes de oferecer atendimento universal e integral, tal como preconizado na Constituição. Trata-se de questão de fundamental relevância, pois implica em orientar, de forma transparente, o engendramento entre rede pública e iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, deixando claro para a sociedade quais são as opções públicas que o país realizou para a efetivação do direito à saúde. Em última análise, a densificação destes aspectos na Lei de Organização do Sistema, que atualmente é formada pelas Leis nº 8.080 e nº 8.142, ambas de 1990, poderia dar elementos para que a Administração Pública melhor organizasse, em cada nível federativo, a oferta dos serviços, tornando-os mais eficazes e, fatalmente, reduzindo a quantidade de demandas que chegam ao Poder Judiciário pleiteando provisões que assegurem a saúde – o que faticamente não ocorre.

²⁶¹ MORAES, Alexandre de. Federação brasileira - necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, maio-ago./2009, p. 20.

A forma do ato a ser expedido pela direção nacional do sistema, para definir os parâmetros de cobertura assistencial, embora regulamente a matéria não depende de decretos editados pela Chefia do Poder Executivo, em uma interpretação literal do artigo 84 da Constituição. Tanto é verdade que a prática dos órgãos e entidades administrativas dotadas de poder normativo demonstra isso rotineiramente. No âmbito da saúde, tanto o regulamento do Sistema Único de Saúde, quanto a disciplina da Atenção Básica, que é a principal porta de entrada dos usuários do Sistema Único de Saúde, foram estabelecidos, respectivamente, pela Portaria nº 2.048, de 3 de setembro de 2009, e pela Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011, ambas do Ministério da Saúde, apenas para ilustrar.

Essa realidade faz parte do que se convencionou chamar de “crise da lei”, no sentido de legalidade em sentido estrito, cujo paradigma, atualmente, foi substituindo pela juridicidade, ou legalidade em sentido amplo – tema do qual se ocupou o item 1.1.1 deste trabalho. O direito administrativo contemporâneo, sob o efeito desta mutação do direito público, é, em boa medida, resultado da competência normativa direta do Poder Executivo, ou de leis editadas pelo Poder Legislativo propostas por iniciativa do Poder Executivo, votadas e aprovadas de acordo com a sua conveniência. Neste sentido, Gustavo Binbenbojm sintetiza de forma eloquente o problema que acarreta: “Assim como nas origens históricas do direito administrativo, vê-se que é a própria Administração (entendida aqui como Poder Executivo) quem tem o controle dos instrumentos de sua própria vinculação”.²⁶²

Assim, embora seja universalmente aceita a célebre frase de Fritz Werner, referida nas páginas iniciais deste texto, de que o direito administrativo é o direito constitucional concretizado, cada vez mais os regulamentos administrativos se tornam fonte da disciplina, chegando, na atualidade, a ser a mais importante, sob o ponto de vista prático, porque são consideradas normas jurídicas em sentido material, pois contém enunciados gerais e abstratos, com o objetivo de desenvolver os sentidos das normas legislativas, sem a necessidade dos trâmites do processo legislativo previstos na Constituição da República que, todos sabem, são conhecidos pelo traço marcante da morosidade.²⁶³

²⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 134-135.

²⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 152.

Com efeito, é necessário buscar nos regulamentos editados pela Administração Pública Federal os parâmetros de cobertura assistencial estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde, aprovados no Conselho Nacional de Saúde, válidos para os governos da União, do Distrito Federal, dos 26 Estados e dos 5.570 Municípios, implicando na oferta de ações e serviços a toda a população brasileira, que é uma das cinco maiores do mundo.²⁶⁴

Como os parâmetros de cobertura assistencial são nacionais e válidos para o Sistema Único de Saúde, enquanto conjunto de ações e serviços públicos que integram uma rede, optou-se por verificar na Portaria nº 2.048, de 3 de setembro de 2009, do Ministério da Saúde, que regulamenta o sistema, no seu Anexo I. A única regra que traz a participação da iniciativa privada, nesta normativa, é o artigo 338, inserido na Subseção IV, que trata “Da Saúde dos Adolescentes em Conflito com a Lei”, na Seção V, “Da Saúde do Neonatal, da Criança e do Adolescente”, do Capítulo II, “Da Atenção à Saúde”. O dispositivo diz respeito à implementação das ações relacionadas à saúde dos adolescentes em conflito com a lei, como, por exemplo, a implantação de ações de prevenção e cuidados específicos, com prioridade para o desenvolvimento integral da adolescência, em particular, a saúde mental, a atenção aos agravos psicossociais, a atenção aos agravos associados ao uso de álcool e outras drogas, sob a perspectiva da redução de danos, a saúde sexual e a saúde reprodutiva, a atenção às DST/HIV/Aids e às hepatites e a atenção aos adolescentes com deficiências, prevista no inciso II do § 2º do artigo 336, a possibilidade, pelo Ministério da Saúde, pelas Secretarias Estaduais de Saúde, pelas secretarias gestoras do Sistema Nacional Socioeducativo²⁶⁵ e pelas Secretarias Municipais de Saúde, de serem estabelecidas parcerias, acordos e convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, bem como com organizações não-governamentais, regularmente constituídas,²⁶⁶ ajustes estes que serão considerados mecanismos de cooperação em caráter de complementaridade.

²⁶⁴ BRASIL. Instituto Nacional de Geografia e Estatística – IBGE. **População**. [on-line] Disponível em: www.ibge.gov.br Acesso em 03/01/2016.

²⁶⁵ O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) foi instituído pela Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. O SINASE, pela definição do artigo 1º, § 1º, da referida Lei é o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

²⁶⁶ De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, artigo 91, as entidades não-governamentais só poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual comunicará o registro ao Conselho Tutelar

Insuficiente a previsão do Anexo I da Portaria nº 2.048/2009 do Ministério da Saúde, necessário se faz buscar por assunto, na base legislativa do órgão administrativo, sendo localizada a Portaria nº 1.034, de 5 de maio de 2010, também do Ministério da Saúde, que dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. O artigo 2º desta Portaria traz a seguinte redação:

Art. 2º Quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:

I - comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde e,

II - haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

§ 1º A complementação dos serviços deverá observar aos princípios e as diretrizes do SUS, em especial, a regionalização, a pactuação, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial e a universalidade do acesso.

§ 2º Para fins de organização da rede de serviços e justificativa da necessidade de complementaridade, deverá ser elaborado um Plano Operativo para os serviços públicos de saúde, nos termos do art. 7º da presente Portaria.

§ 3º A necessidade de complementação de serviços deverá ser aprovada pelo Conselho de Saúde e constar no Plano de Saúde respectivo.

Como se verifica, o *caput* da norma é bastante similar ao do artigo 26 da Lei nº 8.080/1990. Porém, os incisos trazem dois requisitos que devem ser demonstrados pela Administração Pública, antes de formalizar com a iniciativa privada a sua participação complementar no Sistema Único de Saúde: a necessidade e a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos.

A necessidade pode decorrer, basicamente, de três fatores: da inexistência da provisão na rede pública; da existência da provisão insuficiente, em relação à demanda dos usuários de ações e serviços; e da existência da provisão não qualificada suficientemente para o atendimento dos usuários. Os dois primeiros fatores se relacionam à complementariedade quantitativa, ao passo que o segundo diz respeito à complementariedade qualitativa.

e à autoridade judiciária da respectiva localidade. Como os ajustes celebrados em decorrência do artigo 338 do Anexo I da Portaria nº 2.048/2009 do Ministério da Saúde relacionam-se ao disposto no artigo 199, § 1º, da Constituição, são regidos pelo artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que não admite a formalização de negócio jurídico administrativo pela Administração com entidade que não esteja regularmente constituída sob os aspectos jurídico, fiscal, trabalhista, técnico e econômico-financeiro. No caso, inaplicável a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que trata das parcerias celebradas entre Administração Pública e organizações da sociedade civil, por expressa previsão do artigo 3º, inciso IV, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015.

Já a impossibilidade de ampliação de serviços públicos de saúde tem relação com questões estruturais, financeiras, orçamentárias e humanas, devendo ser justificadas casuisticamente. Muitos podem ser os motivos que acarretam esta impossibilidade, sendo muito comum os gestores públicos alegarem a ausência de margem para aumentar a despesa com pessoal, em razão da limitação imposta no artigo 169 da Constituição, regulamentada no artigo 19 da Lei Complementar nº 101, de 5 de maio de 2000, que para a União é 50%, para os Estados e Municípios, 60%, sempre calculado sobre a receita corrente líquida. Porém, antes de chegar a esse patamar, a Lei Complementar nº 101/2000 estabelece um limite prudencial, como uma espécie de alerta para que o gestor público faça readequações no orçamento e na sua estrutura de pessoal. Estes são 40,9% para o Poder Executivo Federal, 49% para o Poder Executivo Estadual e 54% para o Poder Executivo Municipal.²⁶⁷ Esta justificativa não se sustenta, na prática, porque a Lei Complementar nº 101/2000, em seu artigo 18, § 1º, estabelece que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".²⁶⁸

²⁶⁷ Os demais poderes, bem como o Ministério Público também são limitados, por esta lógica, mas deixa-se de abordar aqui, por não ser pertinente ao tema em tela.

²⁶⁸ O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, no "Modelo 2 – DEMONSTRATIVO DA DESPESA COM PESSOAL – RGF", da Instrução Normativa nº 18/2015, define despesa com pessoal por meio de um critério excludente, ou seja, do que não é despesa com pessoal, na linha do artigo 19, § 1º da Lei Complementar nº 101/2000. Diz que (a) não depende da natureza do vínculo empregatício do servidor, nem do regime de trabalho ao qual esteja submetido e (b) que também não depende de avaliação jurídica sobre a legalidade ou não da contratação, razão pela qual tanto as contratações por tempo determinado para atender necessidade temporária, do artigo 37, inciso IX, da Constituição, quanto às realizadas mediante concurso, também do artigo 37, porém no inciso II, integram a despesa total com pessoal e compõem o cálculo do limite de gasto com pessoal. A Corte de Contas vai além, referindo que "Despesas com contratos de terceirização de mão-de-obra considerados **fraudulentos, irregulares ou ilegais** também devem ser consideradas como despesa com pessoal, de vez que se prestam para mascarar contratação de pessoal, uma vez que mascaram contratação de pessoal, conforme Processo nº 8619-02.00/11-9, aprovado pelo Tribunal Pleno em 30-05-2012" (destaque no original). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Instrução Normativa nº 18, de 22 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a forma de publicação das informações do Relatório Resumido da Execução Orçamentária – RREO e do Relatório de Gestão Fiscal – RGF, bem como sobre as normas e procedimentos de remessa das informações e dos dados relativos aos órgãos e entes da esfera municipal, para fins do exercício da fiscalização que compete ao Tribunal de Contas do Estado, nos termos da Lei Complementar Federal nº101, de 4 de maio de 2000. Boletim nº 1798/2015. Diário Eletrônico de 28/12/2015. Esta orientação vai ao encontro de outra, mais antiga: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Informação da Assessoria Técnica nº 18/2006. Terceirização. Lei de Responsabilidade Fiscal. Precedentes. Considerações. Conclusões. Agentes comunitários de saúde. Emenda Constitucional nº 51/2006. Informação nº 017/2006, que integra o Processo nº 3.707-02.00/06-7. Sugestão de tramitação conjunta dos feitos, face à conexão das matérias. Processo nº 2.597-02.00/06-0. 08/06/2006. [on-line] Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:0:1493559995104608:DOWNLOAD:NO::P_CD_LEG:335324 Acesso em 22/01/2014.

Evidentemente, o endividamento do Poder Executivo, ou mesmo do ente federado não deve ser, de acordo com a exegese que se está desenvolvendo neste trabalho, razão para definir a possibilidade ou não de a iniciativa privada participar, complementarmente, do Sistema Único de Saúde. Acaba sendo, porque é um fator que impede à expansão da rede pública de serviços de saúde, preenchendo o inciso II do artigo 2º da Portaria nº 1.034/2010 do Ministério da Saúde, que apenas exige a demonstração da impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde, não requerendo que esta impossibilidade tenha sido originada por questões circunstanciais da própria política sanitária. Então, em um caso hipotético, se as despesas com o pessoal diretamente ligado às questões operacionais da Administração Direta (contabilidade, setor de pessoal e tributos, por exemplo) somada ao quadro profissional do magistério esgotassem o limite de despesa com pessoal da Lei Complementar nº 101/2000, haveria justificativa para a complementação dos serviços do Sistema Único de Saúde pela iniciativa privada.

Entretanto, este não seria o quadro desejável para a ocorrência da complementação. Como refere Fábio Konder Comparato, regular a produção de decisões políticas é algo que cabe à Constituição. Assim se torna possível optar entre alternativas, visando à globalidade do interesse em causa. No âmbito da saúde, a Constituição de 1988 optou pela estruturação de um sistema único público, o que indica uma diretiva a ser perseguida pelo Estado. Devem ser envidados esforços neste sentido, o que não impede que as peculiaridades da realidade concreta não indiquem que a alternativa mais vantajosa é a complementação pela iniciativa privada. Esta última é uma decisão política, que, sem dúvida, pode ser expressa em lei, mas com ela não se confunde. É necessário um plano ou programa de ação tecnicamente elaborado, que estabeleça metas e objetivos, defina os recursos ou meios a serem empregados para o atingimento do resultado. Esta tarefa deve revestir-se de suficiente legitimidade, o que recomenda a sua adoção por representantes do povo. Só então, se poderia falar da execução do plano ou programa de ação, tarefa afeta à Administração Pública.²⁶⁹ Eis um modo legítimo de produção de políticas públicas.²⁷⁰

²⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. *In*: JAGUARIBE, Hélio. et al. **Brasil, sociedade democrática**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1985. p. 408-409.

²⁷⁰ Luis Fernando Barzotto, discorrendo sobre a razão da lei, diz que esta tem como função ordenar para o fim da sociedade, que é o bem comum, tomado este no sentido de participado, ou seja, que é da totalidade dos membros da sociedade, ou como referiu o constituinte brasileiro, o "bem de todos". Ordenar para o bem comum, assim, é algo que pertence à comunidade, ou a quem a representa, sendo

A Portaria nº 1.034/2010 do Ministério da Saúde exige, nos §§ 2º e 3º, um planejamento organizacional dos serviços, de forma que se possa justificar a necessidade da complementaridade. Isto deverá estar retratado no Plano de Saúde, aprovado pelo Conselho de Saúde e, especificamente para os serviços públicos de saúde a serem complementados, no Plano Operativo. Este instrumento deve integrar todos os ajustes entre o ente público e a instituição privada, devendo conter elementos que demonstrem a utilização da capacidade instalada necessária ao cumprimento do objeto do contrato, a definição de oferta, o fluxo de serviços e a pactuação de metas. Em linhas gerais, estas são instruções de planejamento público, que devem retratar uma parte do Plano de Saúde.

O Plano de Saúde, por sua vez, está previsto como instrumento básico do sistema de planejamento do SUS, juntamente com a Programação Anual em Saúde²⁷¹ e o Relatório de Gestão,²⁷² conforme artigo 27 do Anexo I da Portaria nº 2.048/2009 do Ministério da Saúde. O Plano de Saúde é o instrumento básico que, em cada esfera da Federação, norteia a definição da Programação Anual das ações e serviços de saúde prestados, assim como da gestão do sistema, devendo prever, a partir de uma análise situacional, as intenções e os resultados a serem buscados no período de quatro anos, expressos em objetivos, diretrizes e metas, consonantes com o

legítimo que o faça o próprio povo ou quem no lugar dele se encontrar. Esta ideia, referida pelo autor à produção da lei, pode ser ampliada para a produção de políticas públicas, especificamente, no caso, da saúde. BARZOTTO, Luis Fernando. Razão da lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. *In: Revista DireitoGV*, v. 3, n. 2, jul.-dez./2007, p. 219-260. [on-line] Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rd-06_11_pp.219-260_razao_de_lei_luis_fernando_barzotto.pdf. Acesso em 05/01/2016. Sendo legítima a definição do bem comum pelo próprio povo ou pelo seu representante, pode-se entender como legítimo que o Conselho Nacional de Saúde, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, na proporção de 25% os dois primeiros grupos e 50% o último, eleitos ou indicados em um processo que envolve basicamente os atores do setor saúde, definam com as Administrações Públicas as decisões políticas sobre saúde, no lugar dos respectivos Legislativos? Responder a esta pergunta não é objetivo desta dissertação, mas indicar uma possível discussão a respeito também é, de alguma forma, uma contribuição científica.

²⁷¹ Portaria nº 2.048/2009 do Ministério da Saúde, art. 30: “A Programação Anual de Saúde é o instrumento que operacionaliza as intenções expressas no Plano de Saúde, cujo propósito é determinar o conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como da gestão do SUS. 1º A Programação Anual de Saúde deve conter: I - a definição das ações que, no ano específico, irão garantir o alcance dos objetivos e o cumprimento das metas do Plano de Saúde; II - o estabelecimento das metas anuais relativas a cada uma das ações definidas; III - a identificação dos indicadores que serão utilizados para o monitoramento da Programação; e IV - a definição dos recursos orçamentários necessários ao cumprimento da Programação”.

²⁷² Portaria nº 2.048/2009 do Ministério da Saúde, art. 31: “é o instrumento que apresenta os resultados alcançados com a execução da Programação Anual de Saúde e orienta eventuais redirecionamentos que se fizerem necessários. [...] § 3º Em termos de estrutura, o Relatório deve conter: I - o resultado da apuração dos indicadores; II - a análise da execução da programação (física e orçamentária / financeira); e III - as recomendações julgadas necessárias (como revisão de indicadores, reprogramação etc.)”.

planejamento orçamentário constante no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual. O Plano de Saúde, juntamente com a Programação Anual em Saúde e o Relatório de Gestão, conferem expressão concreta ao processo de planejamento do referido SUS e devem ser desenvolvidos, em cada esfera de gestão, na conformidade de suas especificidades e necessidades.

Depreende-se de tudo isso que a gestão do Sistema Único de Saúde em cada esfera da Federação deve ocorrer de forma planejada. A decisão de contratar ou conveniar com a iniciativa privada a complementação das ações e serviços do Sistema deve estar de acordo com o planejamento prévio. Não pode ser uma decisão motivada por questões circunstanciais, que não tenham fundamento em indicadores, dados epidemiológicos, disponibilidade orçamentária e financeira, resultados pretendidos, estrutura pública implantada, dentre outros, relativos à população de uma determinada área.

Esta expressão, “população de uma determinada área”, é o terceiro conceito jurídico indeterminado do artigo 25 da Lei nº 8.080/1990, apontado páginas atrás, e também o que possui uma noção mais definida, em comparação com os outros dois, pois em sendo o Sistema Único de Saúde tem a ver com a regionalização constante no artigo 198 da Constituição, que, conforme já abordado, indica o objetivo de distribuição dos recursos assistenciais no território, com base nas características populacionais, visando a promoção da descentralização, tendo esta como base territorial o Município. Assim, determinado território para o Município será os seus próprios limites geográficos, para os Estados, as Regiões de Saúde ou, da mesma forma, os seus limites geográficos. Apenas a União, nas ações e serviços de sua competência, poderá definir de forma mais ampla a “determinada área”, que poderá ser uma região do país.

Verificados os três conceitos indeterminados, chega-se na palavra “poderá” que, como visto, é o operador deôntico de permissão, que, faculta à Administração Pública a aplicação das consequências jurídicas, que consistem em “recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”. Assim, se (1) as disponibilidades forem insuficientes, (2) não estiver garantida a cobertura assistencial e (3) a população de uma determinada área for de competência do ente da Federação, teremos duas possibilidades, que dependem de outro elemento jurídico, que é a atribuição de competência sobre o serviço em questão: a redução da discricionariedade a zero, se o serviço estiver abrangido na competência do ente federado, ou a faculdade de

aplicação da consequência, se o serviço for de responsabilidade de outro ente federado, de acordo com a divisão de responsabilidades do Sistema Único de Saúde.

Ilustrativamente, imagine-se que um Município que oferte as ações e serviços de Atenção Básica tenha um número insuficiente de pediatras para o atendimento da demanda gerada pela população do seu território, cujas características epidemiológicas indicam a saúde infantil como uma prioridade. Nesta hipótese, não estaria garantido o atendimento indispensável a este público, colocando em risco o direito fundamental à saúde dos seus titulares, o qual está abrangido no mínimo essencial para a realização do valor dignidade da pessoa humana. Sendo esta prestação de oferecimento obrigatório pelo Município, a potencial faculdade contida no operador deôntico “poderá” restará eliminada, porque o contexto exige da Administração Pública o compromisso de realização ótima do direito social. Deste modo, o exercício do poder discricionário oferece apenas uma escolha possível: complementar os serviços de pediatria com a iniciativa privada, tornando vinculada ou direcionada a atuação administrativa para um único resultado possível.²⁷³

Diferentemente, imagine-se que o Município do exemplo oferte exclusivamente as ações e serviços de Atenção Básica, mas reiteradamente seja demandado em ações judiciais a prestar uma provisão de média ou alta complexidade, para a qual não esteja habilitado no âmbito do SUS, que constitui responsabilidade do Estado ou da União. Neste caso, a Administração Pública Municipal poderia escolher ampliar as relações de serviços ou de medicamentos às quais estivesse obrigada, ampliando conseqüentemente a sua oferta, ainda que permanecesse qualificada a atuar apenas na Atenção Básica. Para tanto, a Lei Complementar nº 101/2000, no artigo 62, exige previsão orçamentária e convênio ou ajuste congênere com o ente federado responsável pela despesa, o que é uma importante deferência ao sistema de competências constitucionais e à organização do SUS.

Por outro lado, se a Administração Pública, por critérios de conveniência e oportunidade necessariamente fundamentados nos instrumentos de planejamento do sistema, optasse por não complementar com serviços privados a sua oferta, a tanto não estaria obrigada, podendo encaminhar os usuários, pelo sistemática de referência e contrarreferência do SUS, aos serviços organizados na rede, ainda que prestados

²⁷³ Em sentido semelhante, usando o exemplo do pagamento de determinada cirurgia para um administrado de baixa renda, vide: MIRAGEM, Bruno; ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Comentários à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 780.

por outros entes federados. Evidentemente, nesta hipótese, o Município continuaria sujeito a ações judiciais, em vista de que, no Poder Judiciário é assente a solidariedade entre os entes Federados nas prestações de saúde à população.

De qualquer modo, em uma situação como esta, a própria existência do SUS seria suficiente para impor a necessidade de diálogo entre os entes corresponsáveis, para viabilizar a prestação dos serviços e ações em saúde pública, de preferência antes mesmo do pleito judicial, para evitar o desgaste humano e os ônus financeiros de uma demanda, considerando a existência de uma rede de cofinanciamento e execução articulada que tem que atender, em princípio, a todo tipo de doença e agravamento em saúde.

Como visto até aqui, a possibilidade de complementação²⁷⁴ dos serviços do SUS pela iniciativa privada não torna possível a transferência integral para particulares da administração, da gerência e da execução de serviços de hospitais e postos de saúde, bem como da execução dos serviços prestados nesses locais. O que se pode terceirizar, em uma primeira análise, são todos os serviços que se fizerem necessários para a complementação daqueles já prestados diretamente. Isso abrange os serviços que ainda não são prestados pelo Poder Público ou que em sendo prestados, o são em oferta insuficiente, bem como aqueles que dependem de uma qualificação que os serviços públicos não possuem, em termos de resolutividade das demandas locais. Em qualquer caso, isso não pode acarretar um atrofiamento²⁷⁵ ou um retrocesso da capacidade de atendimento da rede pública.

²⁷⁴ É oportuno referir que a complementaridade possível de ser realizada aos serviços do SUS pela iniciativa privada tem uma conotação relativa a completude da rede de atenção aos usuários, de algo que se soma aos serviços públicos já instituídos, para acrescentar o que lhe falta, tornando-os completos. Neste contexto, os serviços privados, embora autônomos, passam a integrar a rede pública de prestação de serviços, de acordo com as diretrizes desta, em conformidade com o contrato de direito público ou com o convênio celebrado com o gestor do SUS da respectiva esfera federativa. Apesar disso e dentro deste modelo, a iniciativa privada tem em mira uma atividade econômica, para a qual obtém o custeio, seja mediante o pagamento do preço contratado (art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993), seja por meio de subvenção (art. 12, § 3º, inciso II, c/c art. 16 da Lei nº 4.320/1964). Paralelamente a esta estrutura, de complementaridade de serviços privados aos serviços públicos do SUS, há o sistema de saúde suplementar, que no Brasil é formado por planos de assistência e seguros-saúde, com ênfase de seus serviços sobre a assistência curativa individual, que podem ser livremente contratados por pessoas privadas, físicas ou jurídicas, e que atuam como atividade econômica livre à iniciativa privada, apesar da existência dos serviços públicos oferecidos pelo SUS. Neste segundo modelo, a ingerência estatal existe apenas na regulação da atividade, que é feita pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), vinculada ao Ministério da Saúde, responsável pelo setor de planos de saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

²⁷⁵ Ao aludir que a complementação dos serviços do SUS pela iniciativa privada não pode acarretar um atrofiamento da capacidade de atendimento do ente federado, tem-se a ideia de que deve haver uma contínua expansão da rede pública, gradual e paulatina. Contudo, um importante ponto de reflexão diz respeito a provisoriedade ou transitoriedade da atuação da iniciativa privada, de forma complementar,

2.2.2 Alcance e limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a partir da estrutura e da densidade normativa do art. 24 no contexto da Lei nº 8.080/1990

Assim como é natural, no Estado de Direito, a submissão do próprio Estado à ordem jurídica por ele mesmo criada, também é o controle da adequação das ações governamentais. Este controle, quando restrito à juridicidade, pode ser compreendido como um controle negativo, que restringe ações contrárias à Constituição, à lei e ao Direito como um todo. Porém, não tem e mira modificar a opção de conveniência e oportunidade, ou seja, o mérito do agir estatal. Para tanto é que se erigiram os remédios judiciais, como a ação popular, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação de descumprimento de preceito fundamental – não esquecendo do *habeas corpus* e o mandado de segurança, estendido este para os interesses coletivos, e o pouco utilizado *habeas data*.²⁷⁶

Somado a isto, o Ministério Público tem um papel atuante, pois dotado de plena autonomia, de competência amplas, alçado à condição de fiscal dos interesses públicos e coletivos, dado que está habilitado a conduzir uma gama de ações com amplos reflexos políticos até o Poder Judiciário, que assim imerge em questões políticas e ao campo de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que, como demonstrado nas linhas precedentes, abarcam os direitos sociais. Nesta senda, a atuação da Defensoria Pública tem ganhado maior espaço, pois também se perfila ao lado do Ministério Público na realização deste mister.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta que no final do século XX, antes mesmo da Constituição de 1988, desenvolveu-se um direcionamento positivo do controle jurisdicional, que para além de visar apenas à adequação formal dos atos

no SUS, frente ao custo da evolução tecnológica da saúde, que pode apontar para a inconveniência e ausência de oportunidade de o Estado abranger, mediata ou imediatamente, todas as atividades desenvolvidas, de modo eficiente e satisfatório, pela iniciativa privada. Em outras palavras, não se vê, no texto constitucional, impedimento a que parte dos serviços do SUS sejam desenvolvidos por prestadores privados de forma complementar e *permanente*, como poderia ocorrer, por exemplo, no modelo da concessão ou permissão de serviço público. Parece que, na seara jurídica, as questões que envolvem os custos econômicos e tecnológicos de expansão da rede pública do SUS não são adequadamente considerados, tanto que nem na pesquisa jurisprudencial, tampouco na revisão bibliográfica para elaboração dessa dissertação, foram encontradas discussões sobre este ponto.

²⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 276-277.

administrativos, passou a direcionar o seu conteúdo e, mais, chegar a impor a sua realização. Estende-se, deste modo, o Poder Judiciário à área política, que antes era reservada apenas aos Poderes Executivo e Legislativo. Este fenômeno ocorre desde as instâncias inferiores, avalizado pelas instâncias superiores,²⁷⁷ ficando conhecido como judicialização da política.

Por judicialização compreende-se o alargamento da função do Poder Judiciário na sindicabilidade de questões de ampla repercussão política ou social, que envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Luís Roberto Barroso aponta que o fenômeno tem causas múltiplas, sistematizando três: a primeira foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988; a segunda, a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e, por último, a terceira, que é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que se caracteriza como um dos mais abrangentes do mundo.²⁷⁸

A constitucionalização abrangente, de um lado, ampliou-se o catálogo de direitos aos cidadãos, visando à criação de uma política de bem-estar, e, por outro, assentou o dever de cumprir de modo imediato este programa constitucional.²⁷⁹ Por conseguinte, todos os detentores de direitos podem buscar, de forma contínua e ininterrupta, junto ao Estado – seja no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário –, a realização da justiça material que lhe é assegurada.²⁸⁰

Evidentemente, isso não significa um desprezo aos poderes próprios de cada unidade organizacional do Estado, até porque as Constituições que consagram os postulados do Estado de Direito jamais deixam de referir quais os órgãos titulados ao exercício do poder estatal. O problema é que nem sempre indicam expressamente a

²⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 277.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [online] Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 24/01/2014.

²⁷⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

²⁸⁰ KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. Volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.032.

função (ou funções) que lhes compete exercer, com preferência em relação aos demais, e mais raro ainda se ocupam da caracterização material dessa atividade.²⁸¹

Assim, frente ao princípio da separação dos poderes, que é cláusula pétrea da Constituição, se faz necessário uma identificação da função associada a cada um dos Poderes, sob o prisma *substancial*, o que admite, em certa medida e nos termos da Constituição, um “compartilhamento interorgânico”, embora se reconheça que sempre haverá um “núcleo essencial da função”, cuja atribuição para o seu exercício é do Poder competente. A distribuição das funções aos Poderes estatais deve, portanto, ser entendida, fundamentalmente, como distribuição orgânica, que permite um controle recíproco. Por essa razão, a limitação e a moderação não têm o escopo de enfraquecer ou incapacitar o Estado para o cumprimento de suas funções, mas visam, sobretudo, à proteção do indivíduo e à preservação de seus direitos e interesses.²⁸²

Como as diferentes atividades estatais se articulam, a execução de função que se afaste das características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, culminando em uma interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, dado o “efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais”.²⁸³ Esta interferência indevida no controle jurisdicional de políticas públicas é chamada de ativismo judicial.

Ativismo judicial é uma expressão de conceito pouco definido, o que acarretou, ao longo do tempo, certo desgaste, pois a utilização demasiada teve como efeitos, de um lado, o abuso de sentidos, gerando ambiguidade de significados, e de outro, por essa mesma razão, o seu abandono. Em verdade, trata-se de uma noção elástica, importante e permanente nas discussões judiciais, que não necessariamente é negativa, pois a acepção em que utilizada dependerá da carga valorativa que lhe for conferida por quem realiza a avaliação das decisões judiciais.

Esta expressão é tomada aqui como uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior

²⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115.

²⁸² KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. Volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.035

²⁸³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes,²⁸⁴ desempenhando, assim, um papel criativo do Direito: ao decidir singularmente um caso concreto, forma, muitas vezes, na jurisprudência, antecipações de formulações que ainda sequer existem na legislação e nas políticas públicas setoriais.²⁸⁵

Há que se distinguir, neste contexto, judicialização e ativismo judicial. Enquanto na judicialização o Poder Judiciário decide a partir de uma atribuição constitucional que lhe é acometida, não podendo escusar-se de fazê-lo, no ativismo judicial há uma escolha política de ação, feita pelo julgador, geralmente instalada a partir de uma retração estatal, identificável, muitas vezes, com uma desconjuntura entre a sociedade civil e a representação política, que impede o atendimento efetivo das demandas sociais. Na judicialização, o juiz conhece da causa a partir de uma norma constitucional que permite a dedução de uma pretensão jurídica; no ativismo, a participação do Poder Judiciário é proativa na concretização de valores e fins constitucionais, com uma maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Sintetizando, a ideia de judicialização envolve a interação do Direito, da Política e do Poder Judiciário, provocadas pela passagem, através da Constituição da República de 1988, para o Estado Democrático de Direito, que deslocou o polo de tensão estatal do Executivo para o Judiciário e constitucionalizou a ciência jurídica, incorporando a legitimação de direitos humanos, bem como novos direitos (como os difusos), que acabaram criando uma nova relação entre os Poderes.

O ativismo judicial, em uma perspectiva de abordagem sistemática, pode (a) decorrer do exercício do poder de revisar os atos dos demais Poderes (controle de constitucionalidade), (b) ocorrer como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que configuraria algo mais próximo da judicialização); (c) configurar-se como abertura à discricionariedade no ato decisório; (d) dar-se como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador.²⁸⁶

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [online] Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 24/01/2014.

²⁸⁵ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Monati de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2012. p. 16. E seguem os autores, aduzindo que: “Diante de necessidades novas em que a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.”

²⁸⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29-36.

Na perspectiva de uma judicialização na área da saúde, tem espaço o dilema do Estado Social no que diz respeito às suas funções precípuas, ou seja, se deve limitar-se apenas a assegurar um patamar mínimo de prestações materiais, destinadas a promover a igualdade (no sentido de igualdade de oportunidades) ou se deve almejar um padrão ótimo. Ainda que os Poderes Públicos, na condição de destinatários da norma, na classificação de Robert Alexy sobre direito fundamental enquanto direito subjetivo, vista alhures, venham a resistir, opondo os habituais argumentos de insuficiência orçamentária e da incompetência do Poder Judiciário para decidir sobre a alocação e destinação de recursos público, não parece que esta solução possa prevalecer sobre o bem jurídico tutelado, que é a preservação da vida humana.

Esta é a razão pela qual se reconhece um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo, individual ou coletivo, conforme o caso concreto, a prestações materiais, diretamente deduzido da Constituição. Neste sentido, representativa da orientação atualmente prevalente é a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 17 de março de 2010, em que se discutia a concessão de medicamento não constante dos protocolos clínicos do SUS, para tratamento de doença grave.²⁸⁷ Dentre os argumentos aduzidos pela União, que interpôs agravo regimental contra a decisão da Presidência da Corte que indeferiu o pedido da suspensão da tutela antecipada, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal, estavam o de que o pedido de suspensão violaria o princípio da separação dos Poderes e de as normas e regulamentos do SUS, além de desconsiderar a função exclusiva da Administração Pública para definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes políticas públicas.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, ao tratar sobre o direito fundamental à saúde, afirma que além da proibição de intervenção, encerra um postulado de

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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. Fornecimento 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. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – Ceará. União e Clarice Abreu de Castro Neves e outros. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. **Diário da Justiça**, em 29/04/2010, p. 70.

proteção, que, em uma dimensão objetiva, depende, para a sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Por isso, é necessário que o Poder Público faça escolhas alocativas, dado que os direitos fundamentais têm custos públicos, e a escassez de recursos é um fator relevante, pois ao mesmo tempo em que se faz necessário arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos, ao mesmo tempo deve dispor das necessidades individuais de cada um, adotando critérios distributivos dos recursos públicos.

Frente a complexidade da matéria, para fundamentar suas razões de decidir, o Ministro Gilmar Mendes refere a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, na qual foram ouvidos gestores públicos, juízes, promotores e defensores públicos, a Advocacia-Geral da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e entidades organismos da sociedade civil. Após a sua realização, uma primeira constatação foi relativa à questão da judicialização do direito à saúde, no Brasil, que precisava ser redimensionada, em vista de a maioria dos casos que chegam ao Poder Judiciário não dizerem respeito à omissão absoluta na formulação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas, sim, pela necessidade de se determinar o cumprimento das políticas públicas já estabelecidas.

Este foi um dado julgado relevante para a construção de critério ou parâmetro para a decisão judicial em casos desta natureza, assim sistematizado: (a) em primeiro lugar, foi reconhecido que o direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume dimensão individual e coletiva, sendo cabível a sua tutela jurisdicional nas duas formas. Quando individual, ficou reconhecida a possibilidade da ação ser proposta pelo Ministério Público, dado que a saúde é direito indisponível.

Como segundo critério, (b) é preciso considerar a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Caso exista, mas a provisão não seja voluntariamente satisfeita pelo Estado, então será imprescindível distinguir se a não prestação decorre (b.1) de uma omissão legislativa ou administrativa, (b.2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (b.3) de uma vedação legal à sua dispensação (objeto impossível).

Caso determinada ação ou serviço não seja fornecido pelo Sistema Único de Saúde por uma decisão administrativa de não fornecê-lo (b.2), então o julgador deverá

conhecer as razões²⁸⁸ que conduzem a tanto, que poderão ser de duas ordens: ou o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente, ou o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Avançando na sistematização proposta na STA nº 175, (b) devem, de maneira geral, ser privilegiados os tratamentos fornecidos pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que o sistema disponibilizar determinada provisão e não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Este critério abrange toda a rede pública, formada por serviços públicos ou privados, prestados de forma complementar.

Aliás, quando este critério não é observado em decisões judiciais, privilegiando-se os serviços médicos privados indicados pelos indivíduos, permite-se que a complementação da saúde ocorra às avessas, ou seja, ao invés de a complementaridade da iniciativa privada se inserir em um desenho organizacional da política sanitária, de natureza coletiva, desmantela-se a rede pública por meio da determinação da restrição de recursos orçamentários, através de bloqueios, para pagamento de serviços que não se sabe se serão os mais adequados ao tratamento e os mais vantajosos para serem contratados pela Administração (que por força do artigo 37, inciso XXI, da Constituição, em regra está obrigada a licitar os serviços contratados com terceiros). Um reflexo negativo da não observância deste critério de privilégio aos tratamentos fornecidos pelo SUS permitiu a instalação de um fenômeno deletério que ficou conhecido como “máfia da saúde” ou “máfia do SUS”.²⁸⁹

²⁸⁸ Mostra-se aí a relevância da teoria dos motivos determinantes, basicamente sustenta que a validade de um ato administrativo se vincula aos motivos indicados pela autoridade competente como o seu fundamento. Deste modo, em observância ao princípio da motivação do ato administrativo, as justificativas declinadas vincularão a validade à veracidade dos motivos alegados. Esta teoria relaciona o motivo do ato com a finalidade da sua prática, para o que as noções de motivo, enquanto fundamento do ato, e motivação, na condição de exteriorização ou materialização dos motivos, se torna relevante. Ver, embora anterior a Constituição de 1988, mas sob o enfoque do dever de motivar os atos: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. Também: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. In: **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, NDJ, mar./1992, o, 163-172.

²⁸⁹ MÁFIA DAS PROTESES coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias. Médicos chegam a faturar R\$ 100 mil por mês em esquema que desvia dinheiro do SUS e encarece planos de saúde. **Portal G1**, Rio de Janeiro, 04/01/2015, Fantástico. [on-line] Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-protese-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html> Acesso em 04/01/2016. GRIZOTTI, Giovani. Fraude provoca cirurgias desnecessárias para superfaturar próteses. Denunciado pelo Fantástico na noite deste domingo, suposto esquema envolveria cobrança ilegal por médicos e dentistas, licitações direcionadas e operações sem necessidade. **Zero Hora**, Porto Alegre, 04/01/2015. [on-line] Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/01/fraude-provoca-cirurgias-desnecessarias-para-superfaturar-protese-4675013.html> Acesso em 04/01/2016. BUBLITZ, Juliana. Ações judiciais para cirurgias emergenciais pareciam em série, diz procuradora. **Zero Hora**, Porto Alegre, 06/01/2015. [on-

Este aspecto também é considerado na decisão em comento. Diz, o Ministro Gilmar Mendes, que, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas demonstram que a instrução das ações judiciais de saúde, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, porque isso impede que o julgador concilie a dimensão subjetiva com a dimensão objetiva do direito à saúde.

Interessa, além disso, a remissão à medida cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello, na qual reconheceu a necessidade de revisão do dogma da separação dos Poderes, em relação ao controle do orçamento público e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, dado que "os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais".²⁹⁰

Assim, a eficácia dos direitos fundamentais depende em boa medida das prestações materiais do Estado, vinculada naturalmente à aplicação de recursos públicos disponíveis, para o que há atribuição constitucional para o legislador concretizar o conteúdo destes direitos, cabendo plenamente o controle de atribuição. Como também é determinado constitucionalmente que o Poder Executivo se encarregue da execução das ações necessárias à garantia dos direitos, reconhece-se o controle de exercício, que deve andar ao lado do de atribuição, para efetiva garantia de efetivação das políticas públicas.

line]. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/01/acoes-judiciais-para-cirurgias-emergenciais-pareciam-em-serie-diz-procuradora-4676436.html> Acesso em 04/01/2016. CRUZ, Adriane. O direito à saúde exigido na justiça. **Revista Consensus**, ed. 15, abr.-jun./2015, p. 20-33. [online] Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/revistaconsensus_15.pdf Acesso em 04/01/2016.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (Medida Cautelar) - Brasília. Partido da Social Democracia Brasileira e Presidente da República. Decisão monocrática do Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004. **Diário da Justiça**, em 04/05/2004, p. 12.

Outro critério para o controle, de acordo com a STA nº 175 é relativo à (c) responsabilidade solidária dos entes federados na oferta de ações e serviços que cumpram a responsabilidade estatal de promoção da saúde, na esteira da jurisprudência do STF, como exemplifica o Recurso Extraordinário nº 195.192, julgado em 22 de fevereiro de 2000, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em que ficou assentado que o dever de proporcionar meios visando a alcançar a saúde é do Estado, assim considerado enquanto gênero.²⁹¹ Assim, as questões de organização intrafederativa do Sistema Único de Saúde não interessam judicialmente, quando em jogo a proteção do direito à saúde. Eventuais distorções derivadas das decisões prolatadas devem ser solucionadas na esfera administrativa.

Os critérios apresentados, como se pode pressupor da verificação de cada um deles, são mais adequados ao controle jurisdicional em sede de ações individuais, mas são extremamente relevantes para orientar a atividade jurisdicional. Um outro ponto problemático, que ainda não recebeu uma sistematização lógica tão elaborada quanto esta, pelo Poder Judiciário, diz respeito à complementação do serviços prestados pelo SUS contratada ou conveniada com a Administração Pública com instituições privadas, nos termos do § 1º do artigo 199 da Constituição e do artigo 24 da Lei nº 8.080/1990.

Quando se verifica, por exemplo, como da Apelação em Reexame Necessário nº 836.679 julgada pela 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que o Distrito Federal, no caso concreto, após construir o Hospital de Santa Maria inteiramente com recursos públicos, transferiu, mediante contrato de gestão, a totalidade da administração e execução das atividades para uma entidade privada, isso tem caráter complementar ou de transferência integral dos serviços, como ficou decidido no acórdão?²⁹² Ou como no caso do Agravo de Instrumento nº 2065998-

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Recurso Extraordinário nº 195.192-3 – Rio Grande do Sul. Estado do Rio Grande do Sul e Rodrigo Skrsypcsak. 2ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 22/02/2000. **Diário da Justiça**, em 31/03/2000, p. 266.

²⁹² DISTRITO FEDERAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE GESTÃO. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. TRANSFERÊNCIA DA GESTÃO INTEGRAL DO HOSPITAL DE SANTA MARIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 199, CF. PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DE ENTIDADES PRIVADAS NO SUS. NULIDADE.

90.2014.8.26.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 27 de agosto de 2014, que tratava de caso em que a Administração Pública de Taubaté pretendia, por meio de convênio, transferir a administração de cinco unidades de saúde pública, oportunidade em que ficou decidido que a situação evidenciaria a existência de indícios suficientes de excesso na transferência para a iniciativa privada da gestão pública de saúde.²⁹³

SENTENÇA MANTIDA. 1. No âmbito do Sistema Único de Saúde, os serviços devem ser prestados diretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, admitida a participação de instituições privadas de "forma complementar", nos termos do art. 199, §1º, da Constituição Federal. 1.1 Para Alexandre de Moraes, em sua ciclópica obra *Constituição do Brasil Interpretada*, Atlas, 2006, pág. 2109, "A Constituição Federal refutou a estatização da Saúde no Brasil, consagrando-a como direito de todos e dever do Estado, porém, permitiu a autuação da iniciativa privada, inclusive, mediante lei complementar, no Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio". 2. É nulo o contrato de gestão firmado pela Administração Pública e Organização Social (entidade privada) que tenha por objeto a transferência integral da administração e execução de atividades de saúde prestadas por um hospital público. 2.1. O regime de parceria é instrumento criado para que as organizações colaboradoras recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, e não para substituí-lo. 3. Conforme escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro "É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas "de forma complementar", o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumia a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde;" (in *Parcerias na Administração Pública*, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2011). 4. Caso concreto em que o DF, após construir o Hospital de Santa Maria inteiramente com recursos públicos, transferiu, mediante Contrato de Gestão nº 1/2009, a totalidade da administração e execução das atividades daquela unidade hospitalar à entidade privada, não em caráter complementar como manda a Constituição Federal, mas sim de forma principal, em clara afronta aos artigos 199, §1º, da CF e art. 4º, §2º e 24, da Lei 8.080/90. 5. Tem-se, portanto, que a utilização do Contrato de Gestão nº 01/2009, restou desvirtuada, tendo assumido, na prática, instrumento para a terceirização do serviço público de saúde no DF, o que se mostra inconcebível e inconstitucional. 6. Apelo e remessa oficial improvidos. aCÓRDÃO Nº 836.679. Ministério Público do Distrito Federal e Real Sociedade Espanhola de Beneficência. Relator Desembargador João Egmont. 5ª Turma Cível. Julgado em 27/11/2014. [on-line] Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia> Acesso em 04/01/2016.

²⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação Civil Pública Insurgência contra o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela que visava determinar à Municipalidade de Taubaté a suspensão dos trâmites administrativos referentes aos Editais de Chamamento Públicos nºs 07/2013 e 01/14, bem como eventuais atos sucessivos com o escopo de terceirizar as unidades de saúde descritas em referidos editais - Decisório que não merece subsistir Presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência O art. 197 da Constituição Federal e o art. 24 da Lei nº 8.080/90 determinam que as ações e serviços de saúde devem ser executados diretamente pelo Poder Público, sendo a participação das instituições privadas no Sistema Único de Saúde somente admitida em caráter complementar. Administração Municipal que deseja transferir à entidade filantrópica e sem fins lucrativos a administração de 5 (cinco) unidades de saúde Presença de indícios suficientes de abusos na transferência para iniciativa privada da gestão pública de saúde Ademais, faz-se necessário esclarecer a denúncia de que uma servidora, investida em cargo de confiança da prefeitura, seria gestora de uma das entidades sem fins lucrativos ou filantrópicas interessadas em atuar no segmento - Decisão reformada - Recurso provido. Agravo de Instrumento nº 2065998-90.2014.8.26.0000. Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Município de Taubaté. Relator Desembargador Rubens Rihl. 8ª Câmara de Direito Público. Julgado em 27/08/2014. [on-line] Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=7804981&cdForo=0&vlCaptcha=JdZPs> Acesso em 04/01/2016.

Sem a pretensão de fazer um inventário da jurisprudência sobre o assunto, tampouco debater o resultado final de cada uma delas, são tomadas aqui como referência do problema proposto nesta dissertação, indo além, em termos de complexidade, do que as hipóteses levantadas ao final do item 2.2.1, acima.

Esta problemática também já foi reconhecida pelo Tribunal de Contas da União, pelo seu Órgão Plenário, em sessão ordinária ocorrida em 27 de novembro de 2013, nos autos Tomada de Contas nº 018.739/2012-1, que deu origem ao Acórdão nº 3.239/2013, que abordava a questão da transferência do gerenciamento de serviços públicos de saúde especificamente sob o prisma dos contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais, concentrando-se mais detidamente na questão relativa ao aprimoramento da atuação do Poder Público quanto à garantia e à efetividade dos instrumentos firmados com tais entidades privadas, considerando que na transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para entidades privadas, existem funções específicas a serem desempenhadas pela Administração, que ensejaram, naquele caso, as seguintes questões de auditoria:

- a) o processo decisório de transferência do gerenciamento de serviços de saúde para entidades privadas demonstra que esta é a melhor opção frente à prestação direta do serviço?
- b) o processo de qualificação e seleção da entidade privada é objetivo e garante que seja escolhida a mais apta a prestar o serviço?
- c) a formalização da parceria abrange os critérios necessários para garantir a prestação adequada do serviço e o seu controle?
- d) o controle da execução do contrato garante a devida responsabilização pelos resultados alcançados e a regular aplicação dos recursos?

Tais questões podem servir com um balizamento inicial para tratamento do assunto por qualquer órgão administrativo que tencione adotar esse modelo para prestação de serviços de saúde. Isso porque os problemas de gerenciamento de relações dessa natureza com instituições privadas são generalizados junto aos entes públicos. Nesse sentido, aliás, o voto condutor do Acórdão nº 3.239/2013, de lavra do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, é contundente ao analisar os achados de auditoria, à lume das questões acima transcritas, aduzindo que foram suficientes para lhe convencer de que a resposta a todas as questões acima transcritas são negativas. Indo além, afirmou que a terceirização das ações e serviços de saúde aumenta substancialmente a complexidade da implementação das políticas públicas sanitárias, sendo necessário uma Administração estruturada e capacitada para coordenar, supervisionar, controlar e fiscalizar a execução dos contratos. Entretanto, na prática, o que os achados da auditoria retrataram é que os órgãos administrativos públicos

não se preparam para novas atribuições, mantém equipes reduzidas e sem a qualificação indispensável, o que acaba culminando em análise superficial das contas destas relações jurídicas. Neste quadro, enfatiza que há um risco evidente de piora da qualidade dos serviços prestados e de desperdício e desvio de recursos públicos.

A partir destas constatações, o primeiro aspecto problemático acerca do tema diz respeito à *motivação do ato administrativo*, ou seja, a exposição das razões que conduziram à decisão tomada pela Administração Pública em complementar os serviços de saúde com a participação da iniciativa privada – seja por meio da *terceirização*, propriamente, ou através do que o Acórdão TCU nº 3.239/2013 - Plenário designou como “*transferência do gerenciamento de serviços públicos de saúde*”. Certo é que o gestor público pode atuar discricionariamente para o desempenho de suas funções. Entretanto, esse poder discricionário, como visto na primeira parte deste trabalho, é uma “liberdade-vínculo”, muito diferente de um espaço de livre decisão do administrador, decorrente de uma rígida dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários que consideram apenas a conveniência e a oportunidade de sua realização. Aliás, se assim se entendesse, abrir-se-ia uma porta muito perigosa para o arbítrio.

A discricionariedade do artigo 199, § 1º, da Constituição, e do artigo 24 da Lei nº 8.080/1990 são, a verdade, um espaço carecedor de legitimação, ou seja, um campo de escolhas subjetivas que devem necessariamente ser fundamentadas dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pelo Direito. Emerge, assim, uma noção de juridicidade administrativa, que vincula a ideia de discricionariedade, partindo da fundamentação das escolhas feitas pelo gestor público, necessariamente em consonância com os valores juridicamente tutelados. Bem por isso, o Ministro Walton Alencar Rodrigues afirmou, no seu voto, que Estados e Municípios devem realizar estudos específicos para cada unidade de saúde que terá complementação de serviços através da iniciativa privada, cotejando, em termos de custos e de produtividade, entre a gestão sob o regime público e a gestão sob o regime aplicável à entidade privada. E, mais adiante, constata que, no caso analisado, nenhum dos órgãos públicos auditados demonstrou ter realizado qualquer estudo antes de realizar a transferência dos serviços para prestadores privados, tendo levado essas relações a efeito sem elementos que permitissem concluir que trariam melhores resultados que os anteriormente obtidos.

Além disso, deve existir efetivos controles técnico e social sobre essas relações jurídicas. O primeiro diz respeito ao acompanhamento e à fiscalização que a própria Administração deve realizar, por meio de seus servidores públicos, em todas as fases da relação jurídica, para o a equipe de pessoal designada dependerá de qualificação adequada para o desempenho das atividades de avaliação e monitoramento das entidades parceiras. Já o controle social refere-se à participação do Conselho Municipal de Saúde na deliberação sobre a solução pretendida pelo gestor, bem como na fiscalização e no acompanhamento dos contratos, dado que, conforme o § 2º do art. 1º da Lei Federal nº 8.142/1990, possuem competência para atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, inclusive quanto aos aspectos econômicos e financeiros.

A partir destas considerações é possível tentar sistematizar parâmetros para o controle jurisdicional da opção administrativa pela complementação de serviços de saúde através da iniciativa privada. Para tanto, primeiro, é necessário compreender as etapas do processo decisório da própria Administração, para o que se propõe, no mínimo, passe pelas seguintes providências:

1. Estruturação, pela Administração Pública, suficiente, de acordo com o compromisso assumido no âmbito do Sistema Único de Saúde, com o nível de complexidade dos serviços sob sua responsabilidade, planejando tecnicamente a absorção progressiva de toda a demanda de saúde, com ações programadas em curto, médio e longo prazo, considerando para tanto todas as variante econômicas que implicam neste dever, dado que a diretriz primeira oferecida pela Constituição da República é no sentido de que os serviços de saúde devem ser públicos;

2. Que a eventual carência de serviços, quantitativa ou qualitativa, seja amplamente fundamentada em elementos técnicos, que demonstrem a incapacidade de expansão da rede pública a curto ou médio prazo, nos termos do planejamento da política a cargo do ente federativo, justificando-se todas as variantes que, no momento da decisão, apontem para a complementação prestada pela iniciativa privada como melhor opção frente à prestação do serviço pela rede pública;

3. Que a Administração Pública densifique, com base nos elementos técnico levantados nas etapas anteriores, como se configuram as noções de “disponibilidades insuficientes”, “garantia de cobertura assistencial” e “população de uma determinada área” no caso concreto, verificando a real discricionariedade de atuação ou a sua redução a zero;

4. Sejam estudados os diferentes regimes jurídicos de complementação dos serviços públicos pela iniciativa privada, tais como prestação de serviços por contrato administrativo, gestão compartilhada com Organização Social por contrato de gestão, parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público mediante termo de parceria, convênio administrativo com entidades privadas sem fins lucrativos, cotejando-se uns com os outros, de modo que objetivamente possam ser considerados os aspectos positivos e negativos de cada um, orientando assim a decisão administrativa;

5. Seja aberto à sociedade o processo decisório, por meio de consultas ou audiências públicas, verificando-se junto à população atendida se há consenso que legitime as escolhas – o que, indiretamente, já acontece nos processos de elaboração da Lei do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que exigem a realização de audiência pública no seu processo de elaboração. Neste caso, como o planejamento orçamentário inclui a saúde, há participação comunitária na decisão sobre a alocação dos recursos, o que é apenas uma parte da gestão da política.

6. Em sendo cumpridas as etapas anteriores, que os instrumentos de planejamento público, como as leis em geral, o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a Lei Orçamentária Anual, a estrutura administrativa e, em especial os da política sanitária, o Plano de Saúde, a Programação Anual de Saúde e o Relatório de Gestão, contemplem objetivamente o as ações governamentais a serem adotadas quanto à integração do Sistema Único de Saúde com serviços complementares prestados pela iniciativa privada;

7. Sejam periódica e sistematicamente revisadas as etapas anteriores, para verificar se os motivos que conduziram a Administração Pública a optar pela complementação de serviços do SUS através da iniciativa privada permanecem válidos, de modo que eventual manutenção desta opção possa ser justificada.

Traçado um esboço que, embora não tenha pretensão de ser definitivo, pode indicar caminhos para o processo decisório da Administração, conformando o agir discricionário à ordem jurídica, pode-se então pretender auxiliar o controle jurisdicional com as seguintes sugestões:²⁹⁴

²⁹⁴ A partir dos critérios propostos por Gustavo Binenbojm, *in*: **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239.

1. Atentando para a tipologia da norma jurídica em questão (artigo 24 da Lei nº 8.080/1990), que contém conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, que o magistrado realize um exame minucioso, de acordo com a instrução da ação judicial, dos motivos apresentados pela Administração para a opção de complementação dos serviços públicos de saúde através da iniciativa privada, verificando se há condições de compreender o que, no caso concreto, seja “disponibilidades insuficientes”, “garantia de cobertura assistencial” e “população de uma determinada área”, a justificar a opção da Administração Pública;

2. Se, em existindo a justificativa formal e sendo possível averiguar o sentido dos referidos conceitos no caso concreto, a opção administrativa está lastreada em estudos técnicos que demonstrem que esta é a melhor solução, frente à prestação direta do serviço, bem como esteada na vontade popular, aferida por meio de instrumentos de participação democrática legalmente previstos;

3. Seja analisado se a forma de complementação escolhida pela Administração foi implementada de acordo com o regime jurídico aplicável;

4. Se o direito à saúde está sendo assegurado, na condição de direito subjetivo, satisfatoriamente, primando-se pela oferta dos serviços à população, de forma universal, integral e igualitária;

5. Considere-se a existência de um planejamento estatal que abranja a progressiva absorção da prestação da saúde ofertada pela iniciativa privada pela Administração Pública, em curto, médio e longo prazo.

Com base nos parâmetros propostos, tenciona-se que outras questões passam ser analisadas sob novas luzes, pelo Poder Judiciário, tais como terceirização de serviços face à permanente necessidade de concurso público para admissão de pessoal, sempre contrastada com as limitações orçamentárias.

Todos estes elementos, enfim, precisam ser lógico-racionalmente justificados, em primeiro lugar pela Administração Pública e, no âmbito do controle jurisdicional, na própria decisão judicial²⁹⁵ – seja, neste caso, para reconhecer a regularidade dos

²⁹⁵ Neste sentido é o inciso IX do art. 93 da Constituição, que diz: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Por oportuno, convém referir que o Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que entrará em vigor em março vindouro, determina, no art. 489, § 1º, o que não se considera uma decisão fundamentada, seja ela interlocutória,

atos realizados pela Administração, seja para corrigir o seu rumo. Não se vê, desta forma, violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes, mas uma relação de harmonia, que poderia avançar, inclusive, para cooperação, por meio de instrumentos mais flexíveis de diálogo entre Administração Pública e Poder Judiciário – o que, aliás, passará a ser um dever do próprio Estado a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que no artigo 3º, § 2º, o induz a, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos.

sentença ou acórdão: seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação buscou demonstrar que a regra contida no artigo 24 da Lei nº 8.080/1990, ao inaugurar o Capítulo II, que trata da participação complementar no Sistema Único de Saúde, na esteira do disposto no artigo 199, § 1º, da Constituição, é uma regra jurídica atributiva de discricionariedade, permitindo que a Administração Pública opte pela complementação da prestação dos serviços do SUS através da iniciativa privada quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura de atendimento à população de uma determinada área.

A discricionariedade administrativa é uma habilitação outorgada pelo Direito ao Administrador Público para eleição da melhor solução jurídica no caso concreto, por pressupor, além do cumprimento da lei, um afinamento desta com função política, característica da gestão pública. Pode ser de atuação, quando permite à Administração Pública atuar ou não atuar, ou de eleição, quanto possibilita a escolha das consequências jurídicas.

O caso do artigo 24 da Lei nº 8.080/1990 é de discricionariedade de atuação, pois preenchidos os requisitos do antecedente, que consistem em conceitos indeterminados, restará à Administração escolher entre recorrer ou não à complementação da iniciativa privada. Porém, se consistir serviço de sua responsabilidade, de acordo com o compromisso assumido no âmbito do Sistema Único de Saúde, que reparte as competências pelas provisões entre os entes federados, a discricionariedade restará reduzida a zero.

Desta maneira, a opção pela complementação dos serviços públicos de saúde pela iniciativa privada deve se dar sempre como uma forma de garantir a cobertura de atendimento à população, na parte que o Estado não consegue, seja por insuficiência de recursos (critério quantitativo), seja por não ter a qualificação ou especialização necessária para ser resolutivo (critério qualitativo).

Em qualquer caso, a atuação administrativa será sindicável pelo Poder Judiciário, que poderá controlar os atos realizados seja para ratificá-los, seja para corrigi-los. Nesta última hipótese, o provimento jurisdicional poderá ser, inclusive, aditivo, determinando que o Estado ofereça as provisões de saúde que garantem o direito aos cidadãos, seja em ações individuais ou coletivas, sem que isso viole o princípio da separação dos poderes.

Como a solução dos conflitos, mediante a aplicação do direito, tem, no Poder Judiciário, o papel fundamental de garantidor da paz social, na condição de última manifestação do próprio Estado soberano acerca do litígio, todos os jurisdicionados – e nisto inclui-se a própria Administração Pública –, devem-no respeito absoluto, dada a sua força coativa. O eventual controle do Poder Judiciário sobre a ação governamental, inserida em uma política pública setorial, porque isso não cria a política, apenas garante que ela seja efetivada.

Tendo isso em vista, é preciso reavaliar a noção de separação dos Poderes a partir do seu sentido original, utilizando-se como argumento para defender uma irrestrita independência entre os Poderes e, no aspecto específico do presente trabalho, até a blindagem quanto à judicialização dos direitos sociais. Em verdade, a leitura atual deste princípio pressupõe trabalhar uma nova face para essa teoria, que dê conta de responder porque o Poder Judiciário pode influir no mundo jurídico.

Com base nestas premissas, foram propostos parâmetros para o controle jurisdicional da opção administrativa pela complementação de serviços de saúde através da iniciativa privada, que consistem nos seguintes:

1. Atentando para a tipologia da norma jurídica em questão (artigo 24 da Lei nº 8.080/1990), que contém conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, que o magistrado realize um exame minucioso, de acordo com a instrução da ação judicial, dos motivos apresentados pela Administração para a opção de complementação dos serviços públicos de saúde através da iniciativa privada, verificando se há condições de compreender o que, no caso concreto, seja “disponibilidades insuficientes”, “garantia de cobertura assistencial” e “população de uma determinada área”, a justificar a opção da Administração Pública;

2. Se, em existindo a justificativa formal e sendo possível averiguar o sentido dos referidos conceitos no caso concreto, a opção administrativa está lastreada em estudos técnicos que demonstrem que esta é a melhor solução, frente à prestação direta do serviço, bem como esteada na vontade popular, aferida por meio de instrumentos de participação democrática legalmente previstos;

3. Seja analisado se a forma de complementação escolhida pela Administração foi implementada de acordo com o regime jurídico aplicável;

4. Se o direito à saúde está sendo assegurado, na condição de direito subjetivo, satisfatoriamente, primando-se pela oferta dos serviços à população, de forma universal, integral e igualitária;

5. Considere-se a existência de um planejamento estatal que abranja a progressiva absorção da prestação da saúde ofertada pela iniciativa privada pela Administração Pública, em curto, médio e longo prazo.

De qualquer modo, a análise destes elementos deve, como toda decisão judicial, ser lógico-racionalmente justificadas, o que pressupõe o conhecimento (e, portanto, a existência) de instrumentos de planejamento adotados pela Administração Pública na execução da política sanitária. Com isso, o controle jurisdicional, mais próximo da ação governamental, teria elementos concretos para analisar as opções de governo, senão na prolação de decisão corretiva, através de ferramentas consensuais de composição de conflitos. Administração Pública e Poder Judiciário, em um arranjo cooperativo, somando esforços para implementação de direitos fundamentais, podem ajudar o Estado a ir além, e de forma mais eficiente, na tutela do bem individual, comum a todos os cidadãos: a vida saudável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 265, jan.-abr./2014. p. 13-23.

_____. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *In: Harvard Law Review*, v. 113, nº 3, jan./2000. p. 642-729.

AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). **SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2015.

_____. Antecedentes Históricos do Sistema Único de Saúde – breve história da política de saúde no Brasil. *In: AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios*. São Paulo: Martinari, 2015. p. 36.

AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. *In: SANTOS, Lenir (Org.). Direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 183-242.

ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

_____. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ASENSI, Felipe. **Sistema Único de Saúde: Lei 8.080/1990 e legislação correlata**. Brasília: Alumnus, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

_____. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BAHIA, Ligia. A privatização no sistema de saúde brasileiro nos anos 2000: tendências e justificção. *In*: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Orgs.). **Gestão Pública e Relações Público Privado na Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2011. p. 115-128.

_____. O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. *In*: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). **Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. p. 407-449.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BARCELOS, Ana Paula de. Artigos 196 a 200. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coordenadores científicos). PINTO FILHO, Francisco Bilac; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.161-2.185.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentias e controle das políticas públicas. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 240, abr.-jun./2005, p. 83-103. [on-line] Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em 25/09/2015.

_____. Separação dos poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *In*: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, vol. 53, Rio de Janeiro, 2000. p. 78-106. [on-line] Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/793582/DLFE-47311.pdf/Revista53Doutrina_pg_78_a_106.pdf Acesso em 25/09/2015.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 159-187.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [on-line] Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 24/01/2014.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *In*: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, vol. 28, nº 59, jun./2004. p. 137-175.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direitos constitucional**. 27ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores Editores, 2012.

BOVE, Mauro. **Il Sindacato Della Corte di Cassazione – Contenuto e Limiti**. Milano: Giuffrè, 1993.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1891.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1934.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais. **Coleção de Leis do Império do Brasil de 1889**.

_____. Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Cria, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. **CLBR de 1923**.

_____. Decreto nº 86.329, de 2 de setembro de 1981. Institui o Conselho Consultivo da Administração de Saúde Previdenciária - CONASP. Brasília: **Diário Oficial da União**, 18/09/ 1981.

_____. Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966. Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social. Brasília: **Diário Oficial da União**, 13/12/ 1966.

_____. Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Brasília: **Diário Oficial da União**, 18/03/ 2015.

_____. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília: **Diário Oficial da União**, 14/09/ 2000.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 5/05/ 2000.

_____. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 16/01/ 2012.

_____. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da República. Brasília: **Diário Oficial da União**, 25/11/ 1894.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: **Diário Oficial da União**, 3/06/ 1964.

_____. Lei nº 6.036, de 1º de maio de 1974. Dispõe sobre a criação, na Presidência da República, do Conselho de Desenvolvimento Econômico e da Secretaria de Planejamento, sobre o desdobramento do Ministério do Trabalho e Previdência Social e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2/05/ 1974.

_____. Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977. Institui o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2/09/ 1977.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 20/11/ 1990.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 22/06/1993.

_____. Lei nº 1.920, de 25 de julho de 1953. Cria o Ministério da Saúde e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 29/07/ 1953.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 11/01/ 2002.

_____. Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Saúde. Brasília: **Diário Oficial da União**, 18/ 07/1975.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 31/12/1990.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 16/07/1990, retificado em 27/09/1990.

_____. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 19/01/2012, retificado em 20/01/2012.

_____. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1º/08/2014.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março 2015. Código de Processo Civil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 17/03/2015.

_____. Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015. Altera a Lei no 13.019, de 31 de julho de 2014, “que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 15/12/2015.

_____. Ministério da Previdência Social. **Institucional, Histórico, Período de 1988 – 1933**. [on-line] Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico/periodo-de-1888-1933/> Acesso em 29/12/2015.

_____. Ministério da Saúde, Portaria nº 1.600, de 7 de julho de 2011. Reformula a Política Nacional de Atenção às Urgências e institui a Rede de Atenção às Urgências no Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília: **Diário Oficial da União**.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.048, de 3 de setembro de 2009. Aprova o Regulamento do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília: **Diário Oficial da União**.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da atenção básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS). Brasília: **Diário Oficial da União**.

_____. Ministério da Saúde. **O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios**. 3ª ed.. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 207; 32-33. [on-line] Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/sus-3edicao-completo-190911.pdf> Acesso em 30/11/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Funcionário Público - Demissão - Estabilidade, falta grave, inquérito administrativo - Poder Judiciário, apreciação dos atos administrativos. - É legal a demissão do funcionário público por falta grave cometida no exercício do cargo e apurada em inquérito administrativo. O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade da medida. Apelação Cível nº 7.307 - Minas Gerais. Francisco de Assis Brasil e União Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Castro Nunes. Julgamento em 20/dez./1944. Repositório Oficial: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Voto vencedor do Relator, acompanhado pelos Ministros Philadelpho Azevedo, Waldemar Falcão e José Linhares. Votos vencidos dos Ministros Orosimbo Nonato, Goulart de Oliveira e Laudo de Camargo.

_____. Supremo Tribunal Federal. Funcionário. Demissão, após processo regular, em que se assegurou ampla defesa. A penalidade administrativa não está condicionada ao prévio pronunciamento da instância criminal. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso Extraordinário nº 75.421 - Bahia. Prefeitura Municipal de Salvador e Paulo Santos Silva. 1ª Turma. Relator Ministro Oswaldo Trigueiro. Julgado em 29/out./1974. Voto vencedor do Relator, vencidos os Ministros Rodrigues Alckmin e Djaci Falcão.

_____. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Recurso Extraordinário nº 195.192-3 – Rio Grande do Sul. Estado do Rio Grande do Sul e Rodrigo Skrsypcsak. 2ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 22/02/2000. **Diário da Justiça**, em 31/03/2000, p. 266.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR.

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (Medida Cautelar) - Brasília. Partido da Social Democracia Brasileira e Presidente da República. Decisão monocrática do Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004. **Publicação no Diário da Justiça** em 04/05/2004, p. 12.

_____. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário

nº 410.715 - São Paulo. Ministério Público do Estado de São Paulo e Município de Santo André. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22/nov./2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. 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. Fornecimento 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. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – Ceará. União e Clarice Abreu de Castro Neves e outros. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. **Diário da Justiça**, em 29/04/2010, p. 70.

_____. Tribunal de Contas da União. RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. TRANSFERÊNCIA DO GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE A ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. FALHAS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO. 1. Apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados. 2. Do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão. 3. A qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais deve ocorrer mediante processo objetivo em que os critérios para concessão ou recusa do título sejam demonstrados nos autos do processo administrativo. 4. A escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993. 5. As organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado. 6. Não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão; entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade. 7. Os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990. 8. Os contratos de gestão devem prever metas, com seus respectivos prazos de execução, bem assim indicadores de

qualidade e produtividade, em consonância com o inciso I do art. 7º da Lei 9.637/1998. 9. Os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da organização social. 10. A comissão a quem cabe avaliar os resultados atingidos no contrato de gestão, referida no §2º do art. 8º da Lei 9.637/1998, deve ser formada por especialistas da área correspondente. Acórdão nº 3.239/2013-Plenário. Tomada de Contas nº 018.739/2012-1. Órgãos: Ministério da Saúde, Secretaria Estadual de Saúde da Bahia, Secretaria Municipal de Saúde de Salvador, Secretaria Municipal de Saúde de Araucária, Secretaria Municipal de Saúde de Curitiba, Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro, Secretaria Estadual de Saúde da Paraíba. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Plenário. Julgado em 27/11/2013. [on-line] Disponível em: www.portal.tcu.gov.br Acesso em 04/01/2016.

BUBLITZ, Juliana. Ações judiciais para cirurgias emergenciais pareciam em série, diz procuradora. **Zero Hora**, Porto Alegre, 06/01/2015. [on-line]. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/01/acoes-judiciais-para-cirurgias-emergenciais-pareciam-em-serie-diz-procuradora-4676436.html> Acesso em 04/01/2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, Rosana Onocko. Planejamento em saúde: a armadilha da dicotomia público-privado. *In*: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Orgs.). **Gestão Pública e Relações Público Privado na Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2011. p. 198-207.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANUT, Leticia. Uma breve introdução ao SUS para compreensão do direito à saúde no Brasil. *In*: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Rio de Janeiro, v. 12, nº 12, jul.-dez./2012, p. 186-214.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. 2ª ed.. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito (o Constructivismo Lógico-Semântico)**. 2012. 216 p. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. São Paulo, 2009. [on-line] Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9427. Acesso em 25/09/2015.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde (Lei 8.080/90 e 8.142/90)**. 2ª ed.. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. Também:

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª ed.. Revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores Editores, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 79, jan.-mar./1965. p. 23-37.

COHN, Amélia. A Saúde na Previdência e na Seguridade Social: antigos estigmas e novos desafios. *In: COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços*. 6ª ed.. São Paulo: CEDEC, 2005. p. 13-58.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, nº 138, abr.-jun./1998. p. 39-48.

_____. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. *In: JAGUARIBE, Hélio. et al. Brasil, sociedade democrática*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1985. p. 393-432.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8ª. 1986, Brasília. Relatório final. [on-line] Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em 02/01/2016.

CRUZ, Adriane. O direito à saúde exigido na justiça. **Revista Consensus**, ed. 15, abr.-jun./2015, p. 20-33. [on-line] Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/revistaconsensus_15.pdf Acesso em 04/01/2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DEUTSCHER BUNDESTAG. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução de Assis Mendonça. Revisão Jurídica de Urbano Carvelli. [on-line] Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 02/01/2016.

DILTHEY, Wilhelm. **Essência da Filosofia**. Tradução de Manuel Frazão. Lisboa: Editorial Presença Ltda., 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed.. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Centro de Atualização Jurídica, nº 10, jan./2002. [on-line] Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> Acessado em 30/09/2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE GESTÃO. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. TRANSFERÊNCIA DA GESTÃO INTEGRAL DO HOSPITAL DE SANTA MARIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 199, CF. PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DE ENTIDADES PRIVADAS NO SUS. NULIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. No âmbito do Sistema Único de Saúde, os serviços devem ser prestados diretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, admitida a participação de instituições privadas de "forma complementar", nos termos do art. 199, §1º, da Constituição Federal. 1.1 Para Alexandre de Moraes, em sua ciclópica obra *Constituição do Brasil Interpretada*, Atlas, 2006, pág. 2109, "A Constituição Federal refutou a estatização da Saúde no Brasil, consagrando-a como direito de todos e dever do Estado, porém, permitiu a autuação da iniciativa privada, inclusive, mediante lei complementar, no Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio". 2. É nulo o contrato de gestão firmado pela Administração Pública e Organização Social (entidade privada) que tenha por objeto a transferência integral da administração e execução de atividades de saúde prestadas por um hospital público. 2.1. O regime de parceria é instrumento criado para que as organizações colaboradoras recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, e não para substituí-lo. 3. Conforme escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro "É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas "de forma complementar", o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde;" (in *Parcerias na Administração Pública*, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2011). 4. Caso concreto em que o DF, após construir o Hospital de Santa Maria inteiramente com recursos públicos, transferiu, mediante Contrato de Gestão nº 1/2009, a totalidade da administração e execução das atividades daquela unidade hospitalar à entidade privada, não em caráter complementar como manda a Constituição Federal, mas sim de forma principal, em clara afronta aos artigos 199, §1º, da CF e art. 4º, §2º e 24, da Lei 8.080/90. 5. Tem-se, portanto, que a utilização do Contrato de Gestão nº 01/2009, restou desvirtuada, tendo assumido, na prática, instrumento para a terceirização do serviço público de saúde no DF, o que se mostra inconcebível e inconstitucional. 6. Apelo e remessa oficial improvidos. Acórdão nº

836.679. Ministério Público do Distrito Federal e Real Sociedade Espanhola de Beneficência. Relator Desembargador João Egmont. 5ª Turma Cível. Julgado em 27/11/2014. [on-line] Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia> Acesso em 04/01/2016.

DUARTE, David. An experimental essay on the antecedent and its formulation. **i-lex**, nº 16, 2012. p. 37-60. [on-line] Disponível em: <http://www.i-lex.it/articles/volume7/issue16/duarte.pdf> Acesso em 01/11/2015.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Cláusulas constitucionais de inabolibilidade, realidade e garantia de identidade da Constituição: um olhar sob o prisma do direito fundamental de proteção ao consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, ano 17, nº 66, abr.,-jun./2008. p. 49-81..

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª ed.. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O conceito de mérito no direito administrativo. *In: Revista de direito administrativo – seleção histórica de cinquenta anos*. Vol. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1991. p. 189-203.

FALCON, Francisco J. C. Luzes e Revolução na Colônia. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 2, n.2, ago./1988. [on-line] Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200009&lng=en&nrm=iso Acessado em 30/09/2015.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O conceito de "relevância pública" na Constituição Federal. *In: Revista de Direito Sanitário*, vol. 5, nº 2, jul./2004. p. 77-89. [on-line] Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80685>. Acesso em 02/01/2016.

FERREIRA, Roberto. Arts. 170 a 181. *In: Constituição Federal Interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). 4ª ed.. São Paulo: Manole, 2013. p. 890-930.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Estado de direito e constituição**. 4ª ed.,. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores Editores, 2002.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo**. vol. 1. 1ª ed.. Buenos Aires: La Ley, 2006.

GRIZOTTI, Giovani. Fraude provoca cirurgias desnecessárias para superfaturar próteses. Denunciado pelo Fantástico na noite deste domingo, suposto esquema envolveria cobrança ilegal por médicos e dentistas, licitações direcionadas e operações sem necessidade. **Zero Hora**, Porto Alegre, 04/01/2015. [on-line] Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/01/fraude-provoca-cirurgias-desnecessarias-para-superfaturar-proteses-4675013.html> Acesso em 04/01/2016.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HAURIOU, André. O poder discricionário e sua justificação. *In: Revista de Direito Administrativo*, v. 19, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1950. p. 27-32.

HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da Federação Brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 16, Revista dos Tribunais, jul./1996. [on-line] Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000013f0e9788f623611147&docguid=l154a6a50f25311dfab6f010000000000&hitguid=l154a6a50f25311dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=824&context=26&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em 03/06/2013.

_____. **A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S. A., 1964.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *In: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA*. Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio De Janeiro: Objetiva, 2009.

JANOVIK, Ana Maria. Novo Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias - Lei Federal nº 13.019/2014. *In: Revista Legisla NEWS - A Gestão Municipal em Pauta*, Porto Alegre, Edição Especial, Ano 2, nov./2014. p. 5-26.

_____. Transferências voluntárias. *In: Interesse público*, Belo Horizonte, vol. 16, nº 86, jan.-fev./2014. p. 113-132.

_____. Verbetes: Conselhos de políticas públicas. *In: Revista Legisla NEWS - A Gestão Municipal em Pauta*, Porto Alegre, ed. 10, ano 3, jan.-fev./2015. p. 26.

KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. Volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.025-1.048.

KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. In: **Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**. Nº 8, dez./2004. p. 177-224.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Apresentação. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. IX-XX.

MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). 4ª ed.. São Paulo: Manole, 2013.

MÁFIA DAS PROTESES coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias. Médicos chegam a faturar R\$ 100 mil por mês em esquema que desvia dinheiro do SUS e encarece planos de saúde. **Portal G1**, Rio de Janeiro, 04/01/2015, Fantástico. [on-line] Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html> Acesso em 04/01/2016.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Discricionariedade administrativa - Controle de exercício e controle de atribuição. In: **Revista Síntese Direito Administrativo**, ano VII, nº 76, abr/2012. p. 9-22.

MARQUES, Sabrina Piccoli. O constitucionalismo de valores. In: **Direito do Estado – Novas Tendências**, edição especial, vol. IV, nº VIII, Porto Alegre, PPGDir./UFRGS, out./2005. p. 83-98.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed.. São Paulo: Manole, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª ed.. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo. *In: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, mar./1992, o, 163-172.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 10ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. 1: Introdução. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *In: Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 2, nº 13, jun./1999. [on-line] Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/viewFile/1011/995 Acesso em 23/12/2015.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira. **Organização do Poder Judiciário brasileiro**. [on-line] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>. Acesso em 02/01/2016.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. A implementação da Reforma Sanitária: a formação de uma política. *In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo.(Orgs.) Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. p. 303-325.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Monati de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2012.

MIRAGEM, Bruno; ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Comentários à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 4ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAES, Alexandre de. Federação brasileira - necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, maio-ago./2009, p. 11-27.

_____. **Direito constitucional**. 23ª ed.. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2004.

MORGADO, Cíntia. A nova face da separação dos poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 66, Rio de Janeiro, 2011. p. 78. [on-line] Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1170287/DLFE-58413.pdf/REVISTA6664.pdf> Acesso em 25/09/2015.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre Brejo-bibliobureau, 2012.

_____. Federalismo, descentralização e subsidiariedade. *In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (Orgs.)*. **Direito do Estado – Estudos sobre Federalismo**. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007. p. 39-64.

RIBAS, Caroline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, jan.-abr./2015. p. 83-116.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Instrução Normativa nº 18, de 22 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a forma de publicação das informações do Relatório Resumido da Execução Orçamentária – RREO e do Relatório de Gestão Fiscal – RGF, bem como sobre as normas e

procedimentos de remessa das informações e dos dados relativos aos órgãos e entes da esfera municipal, para fins do exercício da fiscalização que compete ao Tribunal de Contas do Estado, nos termos da Lei Complementar Federal nº101, de 4 de maio de 2000. Boletim nº 1798/2015. Diário Eletrônico de 28/12/2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Informação da Assessoria Técnica nº 18/2006. Terceirização. Lei de Responsabilidade Fiscal. Precedentes. Considerações. Conclusões. Agentes comunitários de saúde. Emenda Constitucional nº 51/2006. Informação nº 017/2006, que integra o Processo nº 3.707-02.00/06-7. Sugestão de tramitação conjunta dos feitos, face à conexão das matérias. Processo nº 2.597-02.00/06-0. 08/06/2006. [on-line] Disponível em:

http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:0:1493559995104608:DOWNLOAD:N O::P_CD_LEG:335324 Acesso em 22/01/2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Parecer prévio sobre as contas do Governador do Estado. Processo nº 3531-02.00/14-0 – Plenário. Relator Conselheiro Algir Lorenzon. Julgado em 29/01/2015. [on-line] Disponível em:

http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_cont_eudo/noticias/TCE-RS%20recomenda%20aprova%E7%E3o%20das%20contas%20de%20Tarso%20G enro Acesso em 02/01/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. APELAÇÕES CÍVEIS/REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. NECESSIDADE E IMPOSSIBILIDADE DO PACIENTE DE ARCAR COM AS DESPESAS DO TRATAMENTO COMPROVADAS. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS AO FADEP. VERBA HONORÁRIA REDUZIDA. A responsabilidade dos entes públicos (União, Estados-Membros e Municípios) é solidária, podendo a parte demandante optar por exigir o cumprimento da obrigação de um ou de todos, uma vez que são solidariamente responsáveis, cabendo àquele que satisfizer a obrigação exigir o ressarcimento dos demais, na hipótese de o procedimento requerido ser diverso dos especificamente previstos em lei para si. Cabe ao Estado (lato sensu) o dever de garantir o direito constitucional à saúde, devendo adotar medidas que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o art. 241 da Constituição Estadual determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação. Caso concreto em que tanto a necessidade da utilização da medicação prescrita quanto a impossibilidade do paciente de arcar com as despesas do tratamento restaram comprovadas. Honorários à Defensoria Pública. É devida verba honorária ao FADEP pelos Municípios, visto que configuram pessoas jurídicas distintas. Verba honorária reduzida de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DO ESTADO. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDA.

SENTENÇA MANTIDA, NO RESTANTE, EM REMESSA NECESSÁRIA. Apelação e Reexame Necessário Nº 70068940824. Ivo Almeida de Carvalho e Município de Caxias do Sul e Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Cível. Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício. Julgado em 15/06/2016. [on-line] Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/> Acesso em: 16/06/2016.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativas e administrativas na Constituição Federal de 1988. *In: Revista Diálogo Jurídico*, nº 15, Salvador, jan.-mar./2007. [on-line] Disponível em: www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/ITIBERE.pdf. Acesso em 02/01/2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, maio-ago./2015. p. 147-165.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação dos Poderes**. 2ª ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALGADO, Plínio. O controle jurisdicional do poder discricionário da Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**. Belo Horizonte, Ano 11, n. 38, out./dez. 2010.

SANTOS, Lenir. **SUS: Desafios político-administrativos da gestão interfederativa da saúde: regionalizando a descentralização**. 2012. 266 p. Tese (Doutorado em Política, Planejamento e Gestão em Saúde). Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva. Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2012.

_____. (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010.

_____. Direito à saúde e qualidade de vida – um mundo de corresponsabilidades e fazeres. *In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil***. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 15-64.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação Civil Pública Insurgência contra o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela que visava determinar à Municipalidade de Taubaté a suspensão dos trâmites administrativos referentes aos Editais de Chamamento Públicos nºs 07/2013 e 01/14, bem como eventuais atos sucessivos com o escopo de terceirizar as unidades de saúde descritas em referidos editais - Decisório que não merece subsistir Presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência O art. 197 da Constituição Federal e o art. 24 da Lei nº 8.080/90 determinam que as ações e serviços de saúde devem ser executados diretamente pelo Poder Público, sendo a participação das instituições privadas no Sistema Único de Saúde somente admitida em caráter complementar Administração Municipal que deseja transferir à

entidade filantrópica e sem fins lucrativos a administração de 5 (cinco) unidades de saúde. Presença de indícios suficientes de abusos na transferência para iniciativa privada da gestão pública de saúde. Ademais, faz-se necessário esclarecer a denúncia de que uma servidora, investida em cargo de confiança da prefeitura, seria gestora de uma das entidades sem fins lucrativos ou filantrópicas interessadas em atuar no segmento - Decisão reformada - Recurso provido. Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Município de Taubaté. Relator Desembargador Rubens Rihl. 8ª Câmara de Direito Público. Julgado em 27/08/2014. [on-line] Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7804981&cdForo=0&vI=Captcha=JdZPs> Acesso em 04/01/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, mar.-abr./2004. p. 60-122.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Orgs.). As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 25-62.

_____; _____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 1, out.-dez./2007. p. 171-213. [on-line] Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOUTRINA_9.pdf. Acesso em 23/12/2015.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário do direito administrativo brasileiro. *In: Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores Editores, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder – uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

_____. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? *In: _____; _____*. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29-36.

TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. Reorientação da assistência médica previdenciária: um passo adiante ou dois atrás? *In: Revista de Administração Pública*, v. 19, nº 1, Rio de Janeiro, FGV, jan.-mar./1985. p. 48-58. [on-line] Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/10372/9364> Acesso em 02/12/2015.

URBANO, Luzia A. **A privatização da saúde e a implantação do SUS: cenários de uma cidade**. Ribeirão Preto: FUNPEC, 2003.

VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. O sistema único de saúde. *In*: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al* (Orgs.). **Tratado e saúde coletiva**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. p. 531-562.

WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à saúde e o princípio da integralidade. *In*: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010. p. 101-143.

_____. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. [on-line] Disponível em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em 31/12/2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.