

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**PRISCILA POMPERMAIER**

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE DO ATO  
ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO**

**CURITIBA**

**2009**

PRISCILA POMPERMAIER

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE DO ATO  
ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

Monografia apresentada pela acadêmica Priscila Pompermaier, como requisito parcial à conclusão do Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2009

## RESUMO

O presente trabalho procurou demonstrar a evolução do conceito de discricionariedade administrativa, ou seja, a existência de duas ou mais decisões válidas e legítimas a serem indicadas pela Administração Pública, bem como a forma como a doutrina e a jurisprudência tratam a matéria. Conseqüentemente foi analisado o controle jurisdicional das decisões administrativas que envolvem a discricionariedade, o modo como o Judiciário intervém na esfera administrativa para controlar as deliberações que abarcam ilegalidade, desvio de finalidade, inadequação do objeto e inexistência ou insuficiência dos motivos dos atos administrativos. Observaram-se, de um lado, os limites da discricionariedade e, de outro, os limites do controle judicial sobre a discricionariedade da Administração. Por fim, com o fito de introduzir uma análise de um caso concreto do controle judicial das decisões administrativas, foi discutido o caso das determinações judiciais de fornecimento de medicamentos, com análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, as posições doutrinárias favoráveis e contrárias a tal determinação.

## **ABSTRACT**

One of the assignment's purpose was the demonstration of the concept of administrative discretionary' s evolution, in other words, the existence of two or more valid and legitimate decisions to be chosen by the Public Administration, and also the way that doctrine and jurisprudence deal with the matter. Consequently, the jurisdictional control of administrative decisions that involve discretionary were analyzed. The way that the judiciary intervenes in the administrative scope to control the deliberations which involve illegality, purpose deviation, inadequacy of the object and the inexistence or insufficiency of reasons of the administrative actions were also analyzed. The limits of discretionary and the limits of jurisdictional control in the Administration's discretionary were both observed. Lastly, judicial determinations to provide medicines were analyzed to introduce an analysis of a case in concrete of the judicial control of administrative decisions, including the analysis of Supremo Tribunal Federal's decisions as well as favorable and contrary doctrinaire positions.

## SUMÁRIO

<b>SUMÁRIO</b> .....	VI
1. INTRODUÇÃO .....	VIII
<b>2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	<b>10</b>
2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA .....	10
2.2. BREVE RELATO DO DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE A PARTIR DA EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....	11
2.3. JURIDICIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: ATUAL VISÃO DO INSTITUTO .....	22
2.4. CONCEITUAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....	26
2.5. LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....	33
<b>3. CONTROLE JUDICIAL</b> .....	<b>39</b>
3.1. CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	38
3.2. FUNDAMENTOS DO CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA .....	41
3.2.1. Fundamentos Constitucionais: razoabilidade e proporcionalidade; legalidade .....	44
3.2.2. Efetivo Controle do Mérito: Conveniência e Oportunidade do Ato Administrativo Discricionário .....	52
3.2.3. Vícios de Discricionariedade .....	58
3.2. IMPORTÂNCIA E FINALIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL .....	63
<b>4. CONTROLE JUDICIAL DO CONTROLE DE MEDICAMENTOS</b> .....	<b>64</b>
4.1. CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO: O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS .....	66
4.1.1. Direito à Saúde e Políticas Públicas .....	67

4.1.2. O Fornecimento de Medicamentos e o Controle Judicial.....	71
4.1.3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal .....	77
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>89</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>93</b>
PORTARIA GM Nº 3.916, DE 30 DE OUTUBRO DE 1998 .....	93
AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 45 DE 29 DE ABRIL DE 2004 .....	129

## 1. INTRODUÇÃO

O foco do presente trabalho visa a discutir o controle judicial dos atos administrativos, analisando a evolução do entendimento dado ao princípio da legalidade, seu sucedâneo o princípio da juridicidade, bem como a implicação desses princípios na vinculação e discricionariedade dos atos administrativos. O enfoque do estudo aponta a crescente limitação da discricionariedade nos atos administrativos e o ativismo judiciário frente aos novos problemas, destacados, especialmente, pela polêmica do fornecimento de medicamentos, tópico abordado com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O tema renova sua importância a cada discussão judicial sobre a competência do Poder Judiciário em controlar os atos do Poder Executivo através da verificação da higidez desses atos ou mesmo, em alguns casos isolados, sua oportunidade e conveniência. O assunto torna-se de suma relevância quando está em pauta o abuso de poder administrativo ou o excesso de juridicização, ambos extremamente prejudiciais aos direitos dos cidadãos.

Há muito se discute quais os limites de competência da Administração Pública, bem como as consequências de se atribuir tantos poderes ditos discricionários a um Poder Estatal, porém, a recorrência atual do tema faz com que o interesse da pesquisa seja revigorado a cada novo julgado que avalia a questão ou a cada decisão administrativa que viola direitos.

A atualidade do tema se mantém, mesmo após um século de alteração, vez que é recorrente na doutrina e respaldada pela jurisprudência, consoante será demonstrado através dos julgados a cerca do fornecimento de medicamentos, realizados nos Tribunais Superiores<sup>1</sup>.

O trabalho inicia com a exposição do tema da discricionariedade, análise indispensável para que se possa discutir o controle judicial dos atos administrativos. Faz-se a contextualização do tema com breve relato a cerca da evolução dos modelos de Estado e, conseqüentemente, o desenvolvimento da

---

<sup>1</sup> As ações envolvendo fornecimento de medicamentos podem ser encontradas em todas as instâncias judiciais, porém, com o fito de limitar a abrangência do trabalho será discutida apenas a posição do Supremo Tribunal Federal.

compreensão do princípio da legalidade e seu reflexo na avaliação da amplitude da discricionariedade administrativa. Prossegue com a explicitação da visão atual do instituto através do princípio da juridicidade que expande os parâmetros para além da legalidade. O capítulo primeiro culmina com a exposição dos variados conceitos de discricionariedade postos pela doutrina pátria, bem como os limites a ela impostos.

Após essa necessária análise introdutória da discricionariedade administrativa, principiam as ponderações sobre o controle judicial exercido sobre os atos da Administração Pública, com a explicitação dos fundamentos do controle efetuado, os quais dizem respeito aos fundamentos constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, à legalidade, ao efetivo controle do mérito (conveniência e oportunidade) do ato administrativo discricionário e aos vícios de discricionariedade. Finaliza com o sopesamento da finalidade do controle realizado pelo Poder Judiciário sobre os atos exarados pela Administração Pública, além de destacar sua importância para a manutenção da democracia e dos direitos dos cidadãos, com o fito de realizar as promessas constitucionais.

Por derradeiro e com o fulcro de expor a visão prática da revisão jurisdicional dos atos discricionários, foi apresentada a problemática do fornecimento judicial dos medicamentos. O tema traz uma questão de difícil solução, pois põe em conflito direitos individuais e coletivos na prestação do direito à saúde pelo Estado. O capítulo principia com a apreciação do direito à saúde e as políticas públicas no direito brasileiro, passando ao efetivo fornecimento de medicamentos e ao controle judicial a partir do que consta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O estudo procurou entrelaçar o enfoque teórico ao prático e demonstrar que tanto o instituto da discricionariedade administrativa, como o controle judicial dessa discricionariedade são absolutamente necessários à manutenção do Estado como democrático de direito e a concretização dos direitos preceituados na Constituição Federal.



## 2. CAPÍTULO I – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

### 2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A discricionariedade não apresenta conceito unívoco apreensível ao longo do tempo, tampouco noção unânime na doutrina pátria, por isso as discussões em torno de sua abrangência e aplicação estão distantes de um fim.

Será introduzida a discussão, observando o enfoque histórico a partir da análise do princípio da legalidade à luz da sucessão de modelos do Estado. Em um segundo momento, será exposta a tendência atual da discricionariedade, bem como alguns conceitos apontados na doutrina pátria e européia<sup>1</sup>. E finalmente, com o escopo de interligar o capítulo do controle judicial com a teoria da discricionariedade, serão enumerados os vários limites postos ao instituto da discricionariedade administrativa.

Cabe destacar a importância do tema, que, embora discutido desde a formação do Estado de Direito<sup>2</sup>, não perde sua polêmica nem deixa de fomentar estudos doutrinários de novas teorias sobre controle da discricionariedade.

A fim de esboçar as mudanças sofridas pelo Direito Administrativo, além da importância e necessidade de revisão dos conceitos de discricionariedade, cita-se **GUERRA**:

Na fase por que passa a sociedade (sob vários rótulos: alta modernidade, modernidade experimental, pós-modernidade, ordem pós-tradicional, pós-intervencionista, reflexiva, processualizada, neocorporativa, mediática, sociedade global ou sociedades de risco), sob os auspícios do constitucionalismo como teoria do Direito – também apontado como “neoconstitucionalismo” - e com a crise do princípio da legalidade oitocentista pela ausência de equilíbrio com valores, princípios e regras traduz-se em um dos assuntos [a discricionariedade] mais relevantes do Estado Democrático de Direito,

---

<sup>1</sup> No caso da doutrina européia será apresentado apenas o conceito de Afonso Rodrigues Queiró.

<sup>2</sup> **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 17., “a Administração como a conhecemos hoje, a separação de poderes, a distinção entre as funções do Estado e a limitação do poder, só surgiu com o Estado de Direito”.

atingindo, diretamente, categorias, institutos e fórmulas do direito administrativo<sup>3</sup>.

Nesse contexto de transformações de grande expressão a discricionariedade e o controle judicial também sofreram alterações significativas, conforme será demonstrado adiante.

Como nota introdutória ao controle judicial, neste capítulo será discutida a discricionariedade: seu desenvolvimento a partir da sucessão de modelos de Estado e, conseqüentemente, sua visão atual, conceitos e limites.

## 2.2. BREVE RELATO DO DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE A PARTIR DA EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Para discorrer sobre discricionariedade é necessário mencionar seu desenvolvimento paralelamente à evolução dos modelos de Estado e do entendimento da legalidade<sup>4</sup>. A evolução deste princípio, cerne das noções de discricionariedade, bem como o próprio instituto, evoluiu de acordo com a compreensão de modelos de Estado.

A noção de legalidade e a conseqüente estruturação do Estado a partir da separação de poderes surgiu apenas a partir do Estado Moderno, conforme destaca **DI PIETRO**:

A Administração, como hoje a entendemos, quer em sentido subjetivo (conjunto de pessoas e órgãos que exercem a função administrativa do Estado), quer em sentido objetivo (atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a construção de interesses coletivos), somente se estruturou a partir da formação do Estado de Direito que, trazendo em seu bojo o princípio da separação de poderes, tornou bem nítida a distinção entre as três funções do estado, limitou o

---

<sup>3</sup> **GUERRA**, Sérgio. **Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 25.

<sup>4</sup> Para efeito de contexto histórico entende-se a legalidade como submissão da Administração Pública à lei, como forma de vinculação. Em um ângulo mais amplo cite-se: **MEIRELLES**. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 82. “A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.”

exercício do poder e proclamou e garantiu os direitos fundamentais do homem, dentre os quais a igualdade e a liberdade.<sup>5</sup>

Com a estruturação do Estado de Direito, a explicitação do princípio da legalidade e a teorização da separação dos poderes houve espaço para a discussão dos limites ao exercício do poder o que permitiu, posteriormente, a formação do Estado como o conhecemos. No mesmo sentido exposto por **DI PIETRO** ensina **MEDAUAR**:

Uma das decorrências da caracterização de um Estado como Estado de direito encontra-se no *princípio da legalidade* que informa as atividades da Administração Pública. Na sua concepção originária, esse princípio vinculou-se à separação de poderes e ao conjunto de idéias que historicamente significaram a oposição às práticas do período absolutista(...).<sup>6</sup>

No Estado Absolutista o detentor do poder (o príncipe) exercia seus comandos sem dependência ou controle de poderes externos. O princípio de fundo do absolutismo é o “*legibus solutus*” em relação ao príncipe, que implica incidência de limites tão-somente externos, como as leis naturais, divinas e até fundamentais<sup>7</sup>. Nesse modelo de Estado a discricionariedade era absoluta<sup>8</sup>, não havia nenhuma garantia ao cidadão e ao Estado era permitido qualquer tipo de determinação. Para fins de análise do instituto, é uma fase de menor importância, pois haviam apenas limites mínimos às decisões dos governantes que não permitiam delimitar a abrangência da liberdade concedida, sendo todas as decisões discricionárias.

De acordo com **DI PIETRO**, a noção de Administração Pública absolutamente vinculada à Lei, teve início na época do Renascimento, na Europa. O fim do Feudalismo e a perda de credibilidade da Igreja geraram a necessidade de unificação dos Estados sob a figura do soberano e com limites territoriais demarcados. Nesse período de amplo poder concentrado na figura

---

<sup>5</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit. p. 17.

<sup>6</sup> **MEDAUAR**, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 123.

<sup>7</sup> **BOBBIO**, Norberto. **Dicionário de Política**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; tradução Carmen C. Varriale...[et al.]. Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília: Linha Gráfica Editora, 1991. p. 2.

<sup>8</sup> Embora não se possa falar propriamente em discricionariedade, vez que ela era absoluta, foi utilizada a nomenclatura dada por Afonso Rodrigues Queiró.

de um único homem surgiu a primeira fase do Estado moderno, o chamado Estado de Polícia<sup>9</sup>.

O Estado de Polícia, Estado guarda-noturno, é aquele no qual o Estado apenas intervém na vida privada dos indivíduos para regular conflitos. Ao Estado não é dado intervir na esfera privada, exceto quando solicitado. Trata-se de um liberalismo extremado, de uma primeira fase do Estado Moderno<sup>11</sup>. A relação entre Estado e particular não se encontra regulada juridicamente, existe aplicação ampla da discricionariedade administrativa. Com destaque a esse carácter do Estado de Polícia, leciona **QUEIRÓ**:

(...) no Estado-Polícia a actividade do Estado, incluindo aquela em que está em imediata relação com os particulares, *não* se encontra sujeita, *vinculada a qualquer regra jurídica* de que os mesmos particulares possam exigir o cumprimento. Sendo assim, conclui-se, é no regime do Estado-Polícia que existe para os governantes no máximo grau um poder discricionário, isto é, um poder não ligado à observância de regras jurídicas.(...)<sup>12</sup>.

Da interpretação do Professor **QUEIRÓ**, a partir de **BÜHLER**, é possível destacar uma segunda característica essencial do Estado de Polícia (estado absoluto), “a inexistência de direitos subjetivos públicos por parte dos particulares a um comportamento determinado da Administração<sup>13</sup>”.

Nesse período, conforme destacado anteriormente, todo o poder se concentra na pessoa do soberano, que arbitrariamente impunha decisões sem limitações legais. Segundo **DI PIETRO**, interpretando **MERKL**:

O Estado de Polícia foi um período da história em que o direito público ficou na penumbra, pois se esgotava ‘em um único preceito jurídico, que estabelece um direito ilimitado para administrar’, estruturado sobre princípios como o *Regis voluntas suprema legix* (a vontade do rei é a lei suprema), do *quod principi placuit legis habet*

---

<sup>9</sup> Estado de Polícia e Estado Absolutista são duas nomenclaturas para o mesmo Modelo de Estado.

<sup>10</sup> **DI PIETRO**, M. S. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit., p. 17-18.

<sup>11</sup> **QUEIRÓ**, Afonso Rodrigues. **Estudos de Direito Público**. vol. I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989. p. 83.

<sup>12</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit. p. 83.

<sup>13</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit., p. 84.

*vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), *the king can do no wrong* (o rei não pode errar).<sup>14</sup>

A segunda etapa do Estado Moderno celebrou o chamado Estado de Direito, regido pelo princípio da legalidade e que trouxe em seu bojo o princípio da separação dos poderes, que por sua vez, acarretou maior limitação do poder. Nesse diapasão, de acordo com **QUEIRÓ**:

(...) o poder discricionário deverá parecer qualquer coisa de muito extenso no Estado-Polícia, mas não deixará de existir também no Estado de Direito, embora em medida muito mais restrita: a actividade administrativa não é puramente executiva, puramente ligada à execução de normas de direito; quer dizer, dentro de certos limites a lei concede liberdade à administração; nem sempre existe para os administrados um direito a determinado comportamento da autoridade.<sup>15</sup>

Percebe-se que a noção de discricionariedade no Estado de Polícia somente se altera, permanecendo absolutamente presente no Estado de Direito. O que ocorre é um estreitamento de limites e o surgimento de direito subjetivo que antes **BÜHLER** defendia não existir.

O Estado de Direito é a confluência das idéias de Montesquieu e Rousseau<sup>16</sup>. Esse modelo trouxe garantias aos particulares em relação à Administração e, ao mesmo tempo, reduziu as faculdades discricionárias do Estado. Assim, havendo direito dos indivíduos não há discricionariedade. Nos dizeres de **QUEIRÓ**, “direito subjetivo e poder discricionário são conceitos antitéticos”<sup>17</sup>. Este modelo de Estado estruturou-se sobre os princípios da legalidade, da separação dos poderes e da igualdade, visando à proteção do indivíduo sem, contudo, excluir um instituto necessário à atuação administrativa. Corroborando essa afirmativa, **QUEIRÓ**:

---

<sup>14</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 18.

<sup>15</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit. p. 86.

<sup>16</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 97. “(...) - a partir do momento em que na vida jurídica se instauram o sistema montesquieuano da divisão de poderes e a ideia rousseauiana da superioridade da lei (da legislação) em relação às outras funções ou poderes estaduais -(...)”. E mais adiante p. 91. “(...) Aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rousseau que Montesquieu (...)”.

<sup>17</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 84.

(...) O poder discricionário aparece, assim, como necessário elemento na gradual formação do direito, ou das normas jurídicas; é ele que as torna sucessivamente mais concretas. Se a sua substância é a mesma, pode tomar todavia vários nomes – e será: poder discricionário propriamente dito na Administração e na Legislação; são-arbítrio do juiz na Jurisdição; autonomia da vontade na contratação privada. Em todo o caso, o que ressalta, à face desta concepção do poder discricionário, e que neste momento nos interessa evidenciar, é a afirmação da discricionariedade como consubstancial do Estado de Direito, como seu elemento absolutamente necessário, não limitado a zonas isoladas, mas largo e generalizado a toda ordem jurídica como ordem dinâmica, isto é, como ordem que se realiza(...) <sup>18</sup>.

No mesmo sentido, prelecionam **GARCÍA DE ENTERRÍA** e **FERNÁNDEZ**:

(...) La existencia de poderes discricionales es ineludable para el funcionamiento de la Administración y su presencia marca resueltamente lo más importante de la acción administrativa; y de ahí que tales poderes se caracterizarían justamente por su libertad, por su exención respecto de La Ley.(...) <sup>19</sup>.

Com o Estado de Direito está consagrado o princípio da legalidade. Conforme apontado por **DI PIETRO** pode-se destacar algumas características centrais desse modelo de Estado: o reconhecimento da liberdade dos cidadãos; o princípio da legalidade, o princípio da justicialidade (necessidade de órgão independente para resolver os litígios); princípio da igualdade; por fim, concepção de justiça no direito <sup>20</sup>.

Não obstante, nesse período a discricionariedade é vista como atividade administrativa que não permite o controle judicial. É, ainda, insindicável, não passiva de controle por qualquer Poder Público. Esse entendimento decorre da compreensão do princípio da separação dos poderes à época.

Em um primeiro momento, a separação de poderes não comportava a noção de interdependência que hoje se impõe. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, eram absolutamente separados, sendo proibida a

---

<sup>18</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 87-88.

<sup>19</sup> **GARCÍA DE ENTERRÍA**, Eduardo e **FERNÁNDEZ**, Tomas–Ramon. **Curso de Derecho Administrativo** I. Madrid: Editora Civitas, 1997. p. 428.

<sup>20</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit., p. 22-23.

intervenção de um poder sobre o outro. Por essa razão, a revisão dos atos administrativos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário era algo inadmissível, além do fato de que o sistema continental europeu usualmente se funda em jurisdição administrativa.

A separação dos poderes consagrava a Administração Pública como executora da lei, porém, ao lado dessa tarefa existe a atuação administrativa isenta de vinculação e, conseqüentemente, do controle judicial. A discricionariedade era vista como poder político e não jurídico<sup>21 22</sup>.

No Estado de Direito o que ocorria era a execução pura da norma, era Direito aquilo que a Lei assim o dizia e à Administração Pública só cabia realizar aplicação mecânica da lei, sem nenhuma integração. Assim leciona o professor **COUTO E SILVA**: “O Estado de Direito que é conhecido da experiência histórica é aquele que a sujeição da ação Estatal da lei não significa sempre execução automática dos preceitos que a integram”<sup>23</sup>. Em um modelo de Estado mais contemporâneo o autor entende, do mesmo modo, que a simples execução é insuficiente<sup>24</sup>.

A partir de meados do século XIX, esse modelo de Estado Liberal passou a sofrer duras críticas. A postura de abstenção não era mais adequada para as necessidades da época (o problema se intensificou com o início do século XX) e o liberalismo se mostra inapto a resolver as desigualdades

---

<sup>21</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 26-28.

<sup>22</sup> Segundo, **MORAES**, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 28., embora, com a evolução do Estado, a discricionariedade tenha se tornado um poder jurídico (mais dever que poder, consoante se demonstrará mais adiante), isso não altera sua face – “O caráter jurídico-normativo da discricionariedade administrativa não impede que ela seja apresentada como uma das expressões da autonomia do Poder Executivo, isto é, da margem de liberdade conferida por lei à Administração para completar o tipo aberto descrito na norma de competência, mediante o aditamento de pressupostos de fato aos que já se encontram contidos na hipótese normativa ou a determinação dos efeitos jurídicos para além do parcialmente previstos no conseqüente da norma.(...)”.

<sup>23</sup> **COUTO E SILVA**, Almiro do. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. In: Revista de Direito Administrativo. jan./jun. Rio de Janeiro: Renovar 1990. p. 51-67.

<sup>24</sup> **COUTO E SILVA**, A. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**., Ob. cit, 53. “No Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador”.

geradas<sup>25</sup>. Essa mudança de posicionamento surgiu a partir de “um movimento geral de idéias que, sem chegar ao repúdio do liberalismo económico, põe em causa o seu ‘absolutismo’ para provocar diretamente as inovações, dados de circunstâncias (guerra e crise)”<sup>26</sup> e fatos políticos. Por isso, surgiu o modelo do Estado Social.

Surge a necessidade de um Estado presente na vida dos cidadãos, um Estado que supra as carências e desigualdades, que intervêm na ordem econômica e social, enfim, um Estado Providência, como é chamado. O foco desloca-se da liberdade para a igualdade. O Estado passa a realizar tarefas que antes eram incumbidas apenas aos particulares. Trata-se de um período de ampliação da máquina estatal e das necessidades do Estado, o qual cresceu desmedidamente, gerando maior ônus social.

Com essa maior intervenção o Estado passa a produzir maior quantidade de normas jurídicas para efetivar suas ações, com isso surgem alguns problemas, tais como os apontados por **MEDAUAR**:

(...) A própria sacralidade da legalidade produziu um desvirtuamento denominado *legalismo* ou *legalidade formal*, pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo. Outro desvirtuamento: formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com exigências de minúcias irrelevantes. Por outro lado, com as transformações do Estado, o Executivo passou a predominar sob Legislativo; a Lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral para ser vontade de maiorias parlamentares, em geral controladas pelo Executivo. Este passou a ter ampla função normativa, como autor de projetos de lei, como legislação por delegação, como legislador direto (por exemplo, ao editar medidas provisórias), como emissores de decretos, portarias e circulares que afetam direitos. Além do mais, expandiram-se e aprimoraram-se os mecanismos de constitucionalidade das leis<sup>27</sup>.

Esse trecho representa o período da chamada Administração burocrática e legalista. Com isso, tanto a discricionariedade como o princípio da legalidade sofreram mudanças significativas. Vejamos:

---

<sup>25</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 28.

<sup>26</sup> **LAUBADÈRE**, André de. **Direito Público Económico**. Coimbra: Livraria Almeida, 1985. p. 40.

<sup>27</sup> **MEDAUAR**, O. **Direito Administrativo Moderno**. Ob. cit. p. 122.



Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.<sup>28</sup>

Consoante destaca **MEDAUAR**, é possível apontar alguns significados diversos que o princípio da legalidade assume na sucessão dos modelos de Estados procedendo, assim, a restrição da discricionariedade:

Tornaram-se clássicos os quatro significados arrolados pelo francês Eisenmann: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar os atos e medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.<sup>29</sup>

O princípio da legalidade nasceu com o liberalismo e com a separação dos poderes, sob a égide das concepções jusnaturalistas, todavia, com o evoluir da Administração adquiriu novas conotações<sup>30</sup>.

Essas diferentes concepções da legalidade, do que é permitido ou proibido à Administração, alargam-se e se restringem de acordo com a compreensão de cada época, entretanto, conforme destacado pela autora citada é impossível a existência da quarta possibilidade. A Administração não pode estar adstrita somente à lei, mesmo porque a lei não prevê todas as situações da vida concreta.

Tendo em vista os problemas gerados pelo Estado Social - o poder normativo exagerado concedido ao Poder Executivo e a insuficiência de um Estado submetido à lei formal - surgiu um novo modelo estatal e com ele uma

---

<sup>28</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 37.

<sup>29</sup> **MEDAUAR**, O. **Direito Administrativo Moderno**. Ob. cit, p. 123.

<sup>30</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit.. p. 21-22.

nova concepção, agora mais ampla, de legalidade. É o denominado Estado Democrático de Direito<sup>31</sup>.

Outro problema era que a igualdade proclamada pelo Estado Social era meramente formal, abstrata, não possuía base material para que o princípio se efetivasse concretamente. Isso ocorria porque a igualdade era fixada na generalidade das leis, o que promoveria uma pretensa eqüidade entre todos, porém, não foi o que aconteceu, as desigualdades continuavam a se acentuar, mesmo com tratamento formal igualitário, por essa razão foi premente um novo modelo que abarcasse os problemas decorrentes do antigo<sup>32</sup>.

O Estado Democrático de Direito firmou-se com o constitucionalismo e sagrou-se pela “união” do Estado de Direito com o Estado Democrático, fazendo surgir um modelo que se mantém hodiernamente.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito, consolidou-se a partir da Constituição Federal de 1988<sup>33</sup>. De acordo com o entendimento de **MORAES**:

Para o constitucionalismo brasileiro, há duas acepções de Estado de Direito, uma em declínio, já ultrapassada, vinculada doutrinariamente ao princípio da legalidade, e outra, em ascensão atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.<sup>34</sup>

Ainda quanto a visão do instituto no Estado Democrático de Direito, continua a autora, agora em relação ao controle do Executivo:

(...) quanto às relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, reagindo contra os abusos desse último, os Tribunais dos mais diversos países começaram a adotar novos critérios, para além da legalidade estrita, de controle da atuação do Poder Executivo(...).<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> **DI PIETRO. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988.** Ob. cit. p 40-46.

<sup>32</sup> **SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo. Editora Malheiros, 2006. p. 117-120.

<sup>33</sup> **DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988.** Ob. cit, p. 41.

<sup>34</sup> **MORAES, G. O., Controle jurisdicional da administração pública.** Ob. cit, p. 22.

<sup>35</sup> **MORAES, G. O., Controle jurisdicional da administração pública.** Ob. cit, p. 22-23.

Assim, a Constituição torna-se um real parâmetro<sup>36</sup> para a apreciação da legalidade dos atos da Administração Pública, de modo que todos os princípios nela expostos funcionam como limites à discricionariedade<sup>37</sup>. A violação de qualquer um dos princípios constitucionais (explícitos e implícitos) daria ensejo à revisão por parte do Poder Judiciário. Deste modo, a discricionariedade passa a ser limitada pela idéia de Justiça *lato sensu*.

O período do Estado Democrático de Direito ainda não restou superado atualmente, contudo, vários aspectos novos surgiram nos últimos tempos. Os direitos fundamentais dos cidadãos não funcionam mais somente como um empecilho para a atuação estatal, o Estado é encarregado de promover esses direitos, inclusive, com a participação dos indivíduos. Todos os setores da sociedade devem estar inclusos, a isso se chama “sociedade pluralista”. Com a “Reforma Administrativa” promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98 surgiu a chamada “Administração Gerencial”, que acarretou inúmeras mudanças no posicionamento estatal. Segundo **DI PIETRO**, a partir dessa reforma ocorreu a diminuição da máquina estatal, com o fenômeno das privatizações; houve, ainda, a desregulamentação, com nova aposta na liberdade econômica dos administrados, através da regulação; enfim, democratiza-se a Administração Pública, com a participação do cidadão, garantindo, assim, transparência e controle<sup>38</sup>.

Especificamente sobre a atividade regulatória, talvez a principal mudança de posicionamento do Estado, e a melhor capacidade de elucidar a escolha discricionária dela decorrente, cabe fazer referência a **GUERRA**:

---

<sup>36</sup> Antes da Constituição de 1988 serviam como parâmetro as constituições antecedentes, ou seja, a Constituição já era considerada como parâmetro, mesmo antes da promulgação da Carta de 1988. Entretanto, a Constituição de 1988 destacou com mais ênfase essa função de balizadora das relações com a Administração Pública.

<sup>37</sup> **BINENBOJM**, Gustavo. **Uma teorização do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 36-37. O autor fala que com o constitucionalismo houve a deslegalização do direito administrativo e da análise constitucional para o enquadramento do poder normativo da autoridade administrativa, porém, não é disso que trata o trabalho. Quando se fala em utilização dos princípios constitucionais e princípios gerais do direito não se quer uma substituição ou uma deslegalização, mas apenas um reforço aos limites da discricionariedade, apenas mais um aspecto a ser visto.

<sup>38</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z., **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. Cit, p. 52-57.

(...)Destaca-se a importância da nova categoria das escolhas administrativas: a escolha regulatória. Na regulação de atividades econômicas pelo Estado, a estrutura estatal necessária para equilibrar os subsistemas regulados, ajustando as falhas do mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes, não se enquadra no modelo positivista clássico e moderno, haja vista sua patente singularidade. Ademais, a regulação setorial descentralizada tem mais condições de enfrentar os desafios da “reflexividade da vida social” que, nas palavras de Giddens, consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e formadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando, dessa forma, seu caráter constitutivamente.<sup>39</sup>

O autor entende, a partir do pensamento de **MARQUES NETO**<sup>40</sup>, que o modelo regulatório é menos autoritário, mais consensual, e que permite a interlocução e participação dos indivíduos, o que daria mais transparência às escolhas administrativas.

Do exposto é possível apreender que o conceito de discricionariedade e sua área de aplicação vêm sendo gradativamente reduzida, entretanto, cite-se mais uma vez **GUERRA** para assinalar um ponto relevante:

Se, de um lado, a atividade da Administração não pode conformar-se com a generalização da competência vinculada, sendo indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever, de outro lado, uma administração amplamente discricionária não oferece aos cidadãos qualquer segurança, pois se volta, em diversas situações ao arbítrio despótico por meio de abuso ou desvio de poder.<sup>41</sup>

A fim de completar o raciocínio, é importante trazer à baila o entendimento de **JUSTEN FILHO**, o qual expõe que: “a discricionariedade é, antes, uma virtude da disciplina normativa. É a solução jurídica para as limitações e os defeitos do processo legislativo de geração de normas jurídicas”<sup>42</sup>.

Através da breve exposição histórica apreende-se que o princípio da legalidade e, através dele, a discricionariedade evoluíram a partir dos modelos

---

<sup>39</sup> **GUERRA, S., Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** Ob. cit, p. 79-80.

<sup>40</sup> **MARQUES NETO**, Floriano Azevedo. **Pensando o controle da atividade regulação estatal.** In: **GUERRA** (Coord.). Temas de Direito regulatório. Belo Horizonte: Editora Fórum. p. 80.

<sup>41</sup> **GUERRA, S. Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** Ob. cit, p. 71.

<sup>42</sup> **JUSTEN FILHO**, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 128.

de Estado. A concepção mais firme do que é permitido e proibido, bem como a própria existência de limitações, autorizam a afirmar que o entendimento de discricionariedade encontra-se, hodiernamente, mais adequado à idéia que se tem dos direitos fundamentais e liberdades administrativas, favorecendo a aplicação consentânea do instituto com a época atual.

Finda a tarefa de descrever, brevemente, a evolução histórica do instituto, passemos ao tópico seguinte.

### 2.3. JURIDICIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: ATUAL VISÃO DO INSTITUTO

Consoante destacado na breve evolução histórica traçada, a constitucionalização de diversos princípios gerais do Direito delimitou, no Brasil, o surgimento do Estado Democrático de Direito e marcou uma nova fase na discricionariedade da Administração Pública.

Os atos administrativos passaram a ser analisados de forma mais profunda, ou seja, a legalidade deixou de ser o único parâmetro, tornando, assim, mais rigorosa a aferição da higidez do ato.

Com essa relativização do princípio da legalidade por vários princípios constitucionais, a doutrina começou a professar a complementação do princípio da legalidade pelo *princípio da Juridicidade* da Administração<sup>43</sup>, não sendo mais suficiente a solução dos conflitos da Administração Pública com base na legalidade estrita.

Essa alteração de foco trouxe uma ampliação de grande monta aos limites<sup>44</sup> da discricionariedade administrativa, e acabou por 'restringir' esse

---

<sup>43</sup> Sobre essa substituição expõe ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 81. "No direito Positivo brasileiro, o princípio continua a ser rotulado de 'legalidade' e é posto como um direito fundamental do indivíduo (art. 5º, II, da Constituição da República), enquanto o princípio da 'legalidade administrativa', aqui referido, preferencialmente como da 'juridicidade', está posto no art. 37, daquele documento magno. A razão desta dúlice articulação é que há uma dupla fundamentação e conteúdo daquele princípio".

<sup>44</sup> A ser tratado no item 2.5. deste Capítulo.

poder-dever, ou melhor, como quer **BANDEIRA DE MELLO**<sup>45</sup>, dever-poder da Administração Pública.

Como consequência dessa restrição da discricionariedade houve o aumento da sindicabilidade do Poder Judiciário sobre os atos administrativos, para melhor expor essa posição vale citar a análise de **MORAES**:

A construção jurisprudencial e doutrinária e conseqüente normatização dos princípios jurídicos suscitou a eclosão de diversas abordagens da discricionariedade administrativa, tendentes ora a alargar os aspectos vinculados dos atos administrativos, ora a subtrair do âmago da discricionariedade, situações tradicionalmente nela inseridas, como, por exemplo, a formulação teórica dos conceitos jurídicos indeterminados, inclusivamente da sua variante da 'discricionariedade técnica', para finalmente desembocar nas teorias referentes 'a redução da discricionariedade a zero'. Ao mesmo tempo, viabilizou, conforme já se destacou, a possibilidade de um controle judicial nos redutos indevassáveis e intocáveis, antes intangíveis da discricionariedade administrativa, para além dos limites da legalidade estrita, com a adoção de outros critérios, como, por exemplo, os da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>46</sup>.

Segundo a autora, e consoante supra mencionado o alargamento do campo de restrição da discricionariedade permitiu o aumento da área sindicável pelo Poder Judiciário, o que trouxe mais transparência à Administração Pública. Nesse sentido, prossegue **MORAES**:

A principalização do Direito, antes de abolir a categoria da discricionariedade administrativa, de erradicar a margem de liberdade de decisão como nota que a caracteriza ou de identificá-la à esfera do mérito do ato administrativo, modificou as conexões entre discricionariedade, lei e Direito; forneceu novos parâmetros jurídicos – não legais e que antes eram políticos, de exercício dessa liberdade e destacou o mérito como o 'núcleo político' da discricionariedade insuscetível de revisão jurisdicional. Deste modo, propiciou o controle jurisdicional de aspectos discricionários dos atos administrativos, distintos do mérito, além de guarnecer a Administração parâmetros orientadores do exercício daquela liberdade de decisão e

---

<sup>45</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Judicial**. São Paulo: Malheiros, 2007. p.14-15. *“Na ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo, - inobstante ramo de direito público – em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá-lo em torno da idéia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta em uma situação que os italianos chamam de “doverosità”, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para atingir essa finalidade, para obter-se o cumprimento desse dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público.(...)”*.

<sup>46</sup> **MORAES**, G. O., **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit, p. 30.

delimitadores de dose variável dessa liberdade, maior ou menor, em cada caso vertente<sup>47</sup>.

Assim, foram redefinidos, necessariamente, os contornos da discricionariedade administrativa, com base nos princípios constitucionalizados em 1988<sup>48</sup>, como destacado, a isso se chamou “juridicização da Administração Pública”.

De acordo com **ROCHA**, a juridicidade é um direito em seu caráter dinâmico, vez que a Administração é função que somente cumpre uma finalidade operacionalizada e, nesse contexto, o princípio da juridicidade representa a necessidade de adequação perfeita entre o que é posto pelo Direito e o que é realizado pela Administração Pública<sup>49</sup>.

Em uma visão um pouco distinta, porém, partindo do mesmo ideário de que a discricionariedade se submete ao Direito como um todo, **MOREIRA NETO**, traz a problemática da legitimidade e legalidade, a partir do conceito de interesse público.

O referido autor parte da idéia de interesse público como central no agir da Administração. Partindo dessa diretriz, conceitua interesse público como “interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através da ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada”<sup>50</sup>. Para o autor, a legitimidade é definida pela captação política dos interesses da sociedade, enquanto a legalidade se define como a cristalização jurídica desses interesses. Vejamos:

Historicamente, a legitimidade precedeu a legalidade e, por vezes, a legitimidade foi ilegal e a legalidade foi ilegítima, numa evolução secular, ora paralela, ora divergente e ora convergente, conforme as épocas e as sociedades, até que se fez sentir uma novíssima necessidade social: a de conciliá-las, pela submissão de todos os processos políticos ao Direito. Com a consciência desse fundamental

---

<sup>47</sup> **MORAES, G. O., Controle jurisdicional da administração pública.** Ob. cit, p. 37.

<sup>48</sup> Por oportuno, destacamos novamente o fato de que a Constituição não se tornou parâmetro para a avaliação da discricionariedade apenas com a Carta Magna de 1988, porém, após um longo período de Ditadura Militar e supressão de direitos, os preceitos expostos no documento ganham grande destaque na interpretação do Direito, por isso, o tema é tratado como novidade por vários autores.

<sup>49</sup> **ROCHA, C. L. A. Princípios constitucionais da Administração Pública.** Ob. cit. p. 83.

<sup>50</sup> **MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.** Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 13.

interesse foi possível estruturar-se uma organização política submetida *simultaneamente* à lei – o Estado de Direito – e ao interesse social prevalecente – o Estado democrático – fundidos no conceito constitucionalizado do Estado democrático de Direito<sup>51</sup>.

Portanto, embora sejam distintos os conceitos de legitimidade e legalidade, eles se fundem na apreciação da discricionariedade administrativa, mas não só nela, e sim em todo agir do Estado. Por oportuno, cabe citar a distinção dos conceitos feita por **MOREIRA NETO**:

As dimensões são, portanto, bem distintas: a legitimidade é muito mais ampla que a legalidade, simplesmente porque é impossível, em qualquer sociedade, que a lei defina exaustivamente todas as hipóteses do interesse público. Assim, por mais extensa, minudente e meticulosa que se expresse qualquer definição jurídica da legalidade, remanescerão sempre miríades de aspecto do interesse público não legislado que, não obstante, por serem legítimos, estarão pendentes de definições políticas derivadas integrativas que, de alguma forma admitida, deverão ser feitas por quem tenha competência e quando surgir a oportunidade e conveniência de explicitá-las<sup>52</sup>.

Assim, para o referido autor, não existiria *liberdade absoluta* em nenhum agir do Estado, vez que este sempre estaria vinculado ao interesse público. A justificação do poder do Estado não pode ser outra se não o seguimento do interesse público.

Ainda explicitando o entendimento de **MOREIRA NETO**, cumpre mencionar que a legitimidade está presente nos fins, os quais devem ser traduzidos em termos de legalidade, que, por sua vez, é passível de controle Judicial. Portanto, para o professor, a legalidade é sindicável, enquanto a legitimidade, que compõe o mérito da questão, não pode ser diretamente apreciada<sup>53</sup>. Isso ocorre porque a discricionariedade, a partir da legitimidade, possui natureza de opção política. Finalmente, a legalidade funcionaria como limite externo da discricionariedade, enquanto a legitimidade seria um limite interno. E como **MORAES, MOREIRA NETO** entende a discricionariedade vista de modo contemporâneo, com a apreciação do Direito como um todo.

---

<sup>51</sup> **MOREIRA NETO**, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit, p. 13.

<sup>52</sup> **MOREIRA NETO**, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit, p. 14.

<sup>53</sup> **MOREIRA NETO**, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit, p. 27-29.



Para finalizar a questão cite-se **DI PIETRO**:

(...) Por outras palavras, o grau de discricionariedade continua a depender da forma como a competência legislativa é atribuída ao legislador. E a discricionariedade continua a ser poder jurídico, por que exercida nos limites fixados pela lei, sendo ainda limitada por inúmeros princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público. Qualquer outra interpretação significa a perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos dos cidadãos em face do poder público<sup>54</sup>.

Portanto, neste ponto é indispensável analisar a discricionariedade não mais com contornos apenas legais, como destacado no desenvolvimento do contexto histórico, mas, principalmente, à luz da principiologia adotada pelo Direito como um todo, de todas as normas jurídicas, possibilitando uma compreensão mais ampla e, conseqüentemente, que melhor se adapte às exigências sociais hodiernas.

A fim de elucidar em que consiste a discricionariedade administrativa, cumpre expor os vários conceitos postos pela doutrina.

#### 2.4. CONCEITUAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Após descrever os contornos históricos do instituto e mostrar a nova face da discricionariedade proporcionada pela interpretação da Constituição Federal de 1988, é imprescindível destacar como a doutrina pátria elabora o conceito teórico e qual a abrangência dada por cada um.

Começaremos com **MEDAUAR** que apresenta um conceito mais simplificado: "Em essência, *poder discricionário* é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis"<sup>55</sup>. Percebe-se que o conceito da autora traz apenas os dados essenciais, consoante poderá ser observado, em comparação com os outros conceitos, este apresenta pouquíssimas características da discricionariedade. Entretanto, tal conceito não pode ser criticado simplesmente

---

<sup>54</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 65.

<sup>55</sup> **MEDAUAR**, O. **Direito Administrativo Moderno**. Ob. cit, p. 108.

por ser sucinto, vez que prima pela simplicidade e objetividade e, assim, cumpre sua tarefa.

Ainda nessa linha de conceitos mais simplificados, cite-se **DI PIETRO**:

Pode-se, portanto, definir discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere a Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito<sup>56</sup>.

A autora aludida caracteriza a discricionariedade como faculdade, bem como o faz **MEDAUAR**, explicitando a existência de duas ou mais soluções válidas frente ao direito. Trata-se, mais uma vez, de um conceito pontual e extremamente útil.

Há, ainda, quem defenda o conceito de discricionariedade a partir da idéia de poder. Nesse sentido, **JUSTEN FILHO**: “(...) discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”<sup>57</sup>. Como mencionado anteriormente, o uso de dever antes de poder quer indicar a prevalência dos deveres administrativos sobre as prerrogativas de que dispõe a Administração. Caracterizando a discricionariedade como um dever-poder atribui-se maior responsabilidade às tomadas de decisão.

Ainda na defesa da discricionariedade como dever-poder, embora em sentido completamente diverso, cite-se **BANDEIRA DE MELLO**:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 67.

<sup>57</sup> **JUSTEN FILHO**, M. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 129.

<sup>58</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, C. A. **Discricionariedade e controle judicial**. Ob. cit, p. 48.

O autor possui uma visão bastante peculiar sobre o instituto, reduz a discricionariedade praticamente a zero. Leciona que sempre haverá uma solução ótima (melhor que todas as demais legalmente possíveis) que deverá ser adotada pelo administrador. Assim, na prática, haveria pouquíssimas situações em que o administrador teria duas escolhas ótimas. Embora dote a discricionariedade de “liberdade” acaba limitando demasiadamente o instituto, o que obstaculiza sua aplicação.

**BANDEIRA DE MELLO** ensina que a discricionariedade pode decorrer de: a) imprecisão da norma ao descrever a hipótese fática; b) comando aberto trazido pela norma; c) finalidade da norma que, em sua maioria, trazem conceitos de valor, os quais são plurissignificativos<sup>59</sup>.

Através da análise de **JUSTEN FILHO**, é possível esclarecer a posição do professor **BANDEIRA DE MELLO**:

Ressalte-se que é perfeitamente possível que, no caso concreto, exista uma única solução adequada e satisfatória. Quando assim se passar, a disciplina discricionária delineada na lei não acarreta a faculdade de a autoridade administrativa optar por uma solução distinta. Se, em vista das circunstâncias do caso concreto, a melhor solução é inquestionavelmente uma única, a autoridade administrativa é obrigada a escolhê-la, mesmo estando investida de competência discricionária. Assim se impõe porque a discricionariedade é sempre o meio para obtenção da melhor solução possível<sup>60</sup>.

Não obstante o entendimento exarado, se há uma única opção ótima não há propriamente discricionariedade, a qual pressupõe, consoante destacado nos conceitos de **DI PIETRO** e **MEDAUAR**, uma escolha entre duas ou mais opções possíveis perante o Direito.

Já segundo **MOREIRA NETO**, discricionariedade:

é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, C. A. **Discricionariedade e Controle Judicial**. Ob. cit, p. 18-19.

<sup>60</sup> **JUSTEN FILHO**, M. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit, p. 121.

<sup>61</sup> **MOREIRA NETO**, D. F., **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit, p. 33.

O referido professor entende a discricionariedade como competência dada à Administração para integrar a lei que não pode prever todos os fatos da vida concreta<sup>62</sup>. Apreende-se, inclusive, no conceito exposto, a idéia de legitimidade exposta anteriormente. Envolve, ainda, a noção de interesse público, presente ao longo de todo seu trabalho, conforme exposto no tópico 2.3 ‘*Juridicização da discricionariedade administrativa: atual visão do instituto*’.

De outro vértice, **MORAES** explicita o alargamento da vinculação para somente após tecer o conceito de discricionariedade, da seguinte maneira:

Nota-se em sua redefinição teórica das categorias da vinculação e da discricionariedade, que o conceito de vinculação ultrapassou os limites da legalidade, no sentido estrito da conformidade com as regras jurídicas, para abranger também a compatibilidade com a principiologia constitucional, para além do princípio da legalidade, pois assevera que o administrador jamais desfruta de liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação com princípios constitucionais do sistema<sup>63</sup>.

A jurista explicita várias formas através das quais a discricionariedade se manifesta, menciona a “discricionariedade quanto aos pressupostos”, que consiste no ato de acrescentar pressupostos essenciais para a decisão que não se encontram presentes na norma. Em seguida explica a “discricionariedade de decisão”, que se refere à faculdade conferida ao administrador de escolher agir ou não diante do ato concreto. A “discricionariedade de escolha optativa”, referente à possibilidade de escolhas entre várias possíveis. E, por fim, a “discricionariedade de escolha criativa”, quando é possível integrar a norma jurídica lacunosa, inovando<sup>64</sup>.

Igualmente, a partir da redefinição da discricionariedade a partir de normas jurídicas (que englobam princípios e regras) e não somente por meio das regras jurídicas em sentido estrito, **MORAES** define:

Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele

---

<sup>62</sup> Nesse sentido, **MOREIRA NETO**, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade**, Ob. cit, p. 37., “a discricionariedade não é um recurso excepcional e derogatório da vinculação, mas uma técnica, uma solução normal em face da impossibilidade de tudo se prever na letra da norma”.

<sup>63</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit, p. 37.

<sup>64</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit, p. 40-42.

possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais da Administração pública e pelos princípios gerais do Direito e dos critérios não positivados de conveniência e oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito<sup>65</sup>.

Vê-se que a doutrinadora procurou delinear um conceito bastante amplo, que abarcasse seu entendimento geral do Direito, inclusive descrevendo condutas do administrador.

**COUTO E SILVA** conceitua discricionariedade como poder, porém, um poder que só será legítimo se exercido dentro dos contornos da lei, tendo em vista que fora desses contornos o poder não é discricionário, mas arbitrário. Vejamos:

Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbitrário, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente<sup>66</sup>.

Com base nos conceitos exposto e a partir do que preleciona **GUERRA**, a discricionariedade deve estar presente nos preceitos legais com o fim de funcionalizar a atuação da Administração Pública quanto a tomada de decisões, tonando-a mais ativa e dinâmica:

Para que a Administração possa funcionar, é preciso reduzir as condutas e soluções previamente estabelecidas e cristalizadas na lei 'deixando mais espaço para uma normatização em nível infra-legal, que permita um melhor ajustamento às peculiaridades de cada caso e a circunstâncias conjunturais'. A lei, em sentido estrito, deve conter as decisões políticas fundamentais, traçando rumos e fixando objetivos, mas em engessar a atividade administrativa; deve, sim, conferir-lhe

---

<sup>65</sup> **MORAES, G. O. Controle jurisdicional da administração pública.** Ob. cit. p. 42.

<sup>66</sup> **COUTO E SILVA, A. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro.**, Ob. cit, p. 54.

maior agilidade e aptidão na escolha de meios para atingir os fins legalmente estabelecidos<sup>67</sup>.

Então, segundo o exposto acima, a atividade administrativa não deve ser engessada por normas absolutamente minuciosas, isso dificulta a aplicação da norma ao caso concreto, vez que a concretude da vida traz muito mais complicações do que as normas podem prever.

Os conceitos doutrinários são inúmeros e haveria vários outros autores importantes a serem citados, entretanto, pode-se perceber pelos conceitos aqui expostos que a maioria deles (com exceção do professor Celso Antonio Bandeira de Mello) trazem a característica central da discricionariedade: a possibilidade de escolha da Administração Pública entre duas ou mais decisões igualmente válidas, dentro dos limites legais.

Os doutrinadores elencados foram selecionados e agrupados, tendo em vista a posição semelhante que alguns apresentam e o entendimento distinto entre outros, a fim de oferecer um contraponto. Procurou-se esclarecer que embora todos os conceitos sejam diferentes entre si, apresentam pontos necessários de convergência que proporcionam a identificação do instituto estudado.

Por fim, é oportuno citar o entendimento do professor português **QUEIRÓ**, o qual forma o conceito de discricionariedade a partir da distinção entre “conceitos teóricos e conceitos de puro valor”. Os primeiros seriam dedutíveis logicamente, conceituais, a partir dos quais é possível encontrar um critério, uma ‘teoria interpretativa’. Já os segundos não são passíveis de interpretação, pois trazem uma carga de subjetividade na noção<sup>68</sup>. Com essa distinção de base leciona o renomado jurista:

Existem, pois, em conclusão, nas normas jurídicas a executar, conceitos não apenas vagos e imprecisos, mas que, por se referirem a valores não teóricos, não encerram uma só significação, mas várias, sobre uma das quais o agente se fixará, obedecendo uma escolha aos princípios orientadores do Estado de que é servidor. O conceito de poder discricionário (...), resume-se nisto: trata-se de uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições-de-facto do agir

---

<sup>67</sup> **GUERRA, S. Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** Ob. cit, p. 141.

<sup>68</sup> **QUEIRÓ, A. R., Estudos de Direito Público.** Ob. cit, p. 134-136.

administrativo – escolha feita sempre dentro dos limites da lei (...). Esta escolha é livremente feita pela Administração, entendendo-se aqui por liberdade aquilo que vimos de expor<sup>69</sup>.

Assim sendo, a permissão de uso da discricionariedade está muito mais intrincada na teoria do direito administrativo e das normas jurídicas como um todo do que se pode apreender em um primeiro momento. Consta-se, desta maneira, que a discricionariedade é indispensável para o bem atuar da Administração, que resta engessada sem essa ‘liberdade condicionada’.

Cabe esclarecer, ainda, que para fins de estudo este trabalho adota o conceito de **MORAES**, vez que por ser mais explicativo, oferece uma compreensão mais completa do tema.

Por fim, em sentido contrário, e com o fulcro de proporcionar um contraponto teórico ao presente estudo, cite-se **GRAU**:

não absorvendo a distinção que aparta juízos de legalidade e juízos de oportunidade, identificam (...), a atividade discricionária da administração com a atividade de interpretar o direito(...). Por isso – tenho insistido nesse ponto -, a doutrina do direito administrativo liberal constrói uma falsa legalidade, na medida em que a fragiliza mediante a introdução, nela, deste autentico cavalo de tróia, a discricionariedade<sup>70</sup>.

O autor mencionado entende que no caso dos conceitos jurídicos indeterminados não há discricionariedade, mas apenas interpretação das normas jurídicas pela Administração Pública, em oposição a **BANDEIRA DE MELLO**, por isso taxa a discricionariedade nesse como “cavalo de tróia”, por considerá-la como um engodo frente à revisão jurisdicional.

Nada obstante a essa valorosa posição, grande parte da doutrina, consoante disposto acima, entende que há necessidade do instituto da discricionariedade administrativa para flexibilizar as atividades da Administração. Ademais, substituir a discricionariedade por uma “atividade de interpretar o direito” não retiraria o caráter de “liberdade” que possui o administrador ao decidir.

---

<sup>69</sup> **QUEIRÓ**, A. R., **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 135-136.

<sup>70</sup> **GRAU**, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. E. rev. e amp. São Paulo: editora Malheiros, 2003. p. 195.

Agora, deve-se falar dos ditos limites da discricionariedade, para que seu exercício ocorra de maneira adequada, segundo as orientações doutrinárias mais reconhecidas.

## 2.5 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Como destacado anteriormente pela doutrina, o instituto da discricionariedade não é isento de limites<sup>71</sup> como ocorria nos primórdios da organização estatal. Hodiernamente, os limites da discricionariedade administrativa são muitos, vez que, de acordo com o exposto, a Constituição de 1988 consagrou diversos parâmetros aos quais se submete a Administração Pública.

Como menciona **FERNÁNDEZ**:

La Administración dispone de una libertad, mayor o menor, para elegir la solución que considere más apropiada de entre las varias posibles, libertad que es suya y solo suya, pero, como esa libertad no puede ser total supuesto que el poder que la otorga es un poder jurídico y su otorgamiento por La Ley se hace en consideración de intereses que no son propios Del órgano competente para ejercitarlo, este debe razonar por qué estima que tal solución y no outra distinta i la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado se ordena<sup>72</sup>.

Como o poder discricionário é poder jurídico e não político encontra seus limites fixados na própria lei.

Por oportuno, iniciemos com a idéia de desvio de poder como limite da discricionariedade, a qual é apontada por **QUEIRO**. O autor destaca que mesmo os conceitos práticos ou de puro valor possuem limites, caso contrário, não poderiam se denominar conceitos, embora se trate de juízos disjuntivos de discricionariedade. Assim, o poder discricionário existiria apenas nos limites da

---

<sup>71</sup> Segundo, **DI PIETRO M. S. Z. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 133., “Quando a Administração exerce atividade vinculada, o controle judicial pode exercer-se sem restrições, com o fim de verificar a conformidade do ato com a lei e decretar sua nulidade, se reconhecer que essa conformidade inexistiu. No entanto, quando a atividade é discricionária, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar os limites da discricionariedade definidos em lei”.

<sup>72</sup> **FERNÁNDEZ**, Tomás-Ramón. **Arbitrariedad y discrecionalidad**. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 111.



lei. Porém, em uma interpretação mais restrita que a da atual doutrina pátria, **QUEIRÓ**, coloca a legalidade como único limite. Só estariam proibidas as interpretações e condições de agir presentes nos comandos legais.<sup>73</sup>

**LAUN**, interpretado por **QUEIRÓ** divide os limites da discricionariedade em internos e externos, vejamos:

Primeiro que tudo, são limites do poder discricionário os chamados por LAUN limites externos: a competência, a forma e os pressupostos de facto (*materiellrechtliche Voraussetzungen*). Mas, além destes, existem os que se podem chamar de *limites internos* do poder discricionário, que devem também ser respeitados pelos Agentes da Administração. Limites *internos*, porque se referem ao exercício da própria faculdade discricionária, à escolha dos fins imediatos do procedimento administrativo. Antes de mais nada, essa escolha tem de ser feita tendo em vista o interesse público<sup>74</sup>.

Deste modo, o agente somente pode agir tendo em vista o interesse público presente no caso concreto. Para **LAUN**, consoante expõe **QUEIRÓ**, só há problema se houver desobediência intencional ao interesse público, ao contrário de **BERNARTZIK**, que considera o erro culposo e a simples falta como relevantes. Essa desobediência intencional geraria o desvio de poder<sup>75</sup>.

A teoria do desvio de poder teve seu desenvolvimento inicial no Conselho de Estado da França<sup>76</sup>, mais tarde irradiando suas teorias para Itália e Portugal, que desenvolveram primeiro a doutrina e jurisprudência do tema, para somente depois, ocorrer a incorporação do assunto nas leis desses países<sup>77</sup>.

Para **BANDEIRA DE MELLO**, “entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”<sup>78</sup>, para o autor desvio de poder equivaleria a desvio da finalidade prevista. Nesse mesmo sentido, alude-se a **QUEIRÓ**, através do entendimento de **CAETANO**:

---

<sup>73</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 139-142.

<sup>74</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 143.

<sup>75</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 144-147.

<sup>76</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, C. A. **Discricionariedade e Controle Judicial** . Ob. cit, p. 56.

<sup>77</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 158.

<sup>78</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, C. A. **Discricionariedade e Controle Judicial** . Ob. cit, p. 56.

O acto discricionário só é válido, se prosseguir um fim de interesse público, e precisamente aquele fim que a lei teve em vista ao conferir o poder ao órgão que o praticou. O desvio de poder consiste exatamente no exercício pela administração de um poder discricionário, com fim diverso daquele para que a lei o concedeu<sup>79</sup>.

Portanto, entende-se o desvio de poder como um limite à discricionariedade. Vejamos a conclusão do professor **QUEIRÓ** sobre a questão dos limites:

Em conclusão: o poder discricionário – a discricionariedade – tem uma dimensão natural, que pode ser reduzida pelos vários sistemas positivos, mediante a criação de determinadas limitações; essas limitações são, materialmente, de natureza hierárquico-administrativa interna; formalmente, jurisdicionais. Um desses limites é uma das formas do desvio de poder, no sistema administrativo poder<sup>80</sup>.

Somente para citar alguns autores, **BANDEIRA DE MELLO** entende o desvio de poder como limite à discricionariedade, bem como o faz **DI PIETRO**<sup>81</sup> ao usar o princípio da moralidade administrativa como limite a esse poder.

Já **GÁRCIA DE ENTERÍA** e **FERNÁNDEZ** enumeram três formas de controle da discricionariedade: a) controle dos elementos regulados do ato discricionário e em particular do desvio de poder; b) controle dos fatos determinantes; c) controle através dos princípios gerais de Direito<sup>82</sup>.

O controle através do desvio de poder já restou devidamente analisado cima, cumpre elucidar as demais fórmulas de controle.

**FIGUEIREDO** coloca como limites à discricionariedade: a proporcionalidade, igualdade, lealdade e boa-fé, princípios que não são

---

<sup>79</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 160.

<sup>80</sup> **QUEIRÓ**, A. R. **Estudos de Direito Público**. Ob. cit, p. 175.

<sup>81</sup> Segundo, **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 144., “Certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como uma hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral”.

<sup>82</sup> **GARCIA DE ENTERRIA**, E. e **FERNANDEZ**, T.-R.. **Curso de Derecho Administrativo I**. Ob. cit., p. 457-473.

unicamente de Direito Administrativo, mas do Direito como um todo, tanto no âmbito público como privado<sup>83</sup>.

Também para **DI PIETRO** os princípios gerais do direito<sup>84</sup> apontam limites da discricionariedade administrativa, dentre eles o da moralidade administrativa (mencionado anteriormente) que exige do administrador comportamento compatível com o interesse público, razão pela qual se diz que a discricionariedade é limitada pelo Direito e pela Moral; o princípio da razoabilidade na análise de todos os atos discricionários administrativos, que exige proporcionalidade entre os meios que se utiliza e os fins que se quer alcançar; o princípio da soberania do interesse público, alicerce do direito público, que deve estar presente no momento da execução das leis<sup>85</sup>.

Observe-se que esses princípios gerais do direito apontados por **DI PIETRO** podem ser vistos a partir de uma doutrina mais atualizada como princípios implícitos à Constituição, ou seja, princípios que embora não sejam mencionados expressamente no texto constitucional podem ser apreendidos a partir da interpretação da Constituição Federal como um todo. Assim, princípios como a razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé dentre outros são princípios presente no contexto de interpretação da norma fundamental<sup>86</sup>.

**MOREIRA NETO** também se mantém no campo dos princípios limitadores da discricionariedade, porém frisa dois princípios técnicos em especial: o princípio da realidade e o princípio da razoabilidade<sup>87</sup>. A realidade

---

<sup>83</sup> **FIGUEIREDO**, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 207.

<sup>84</sup> Segundo, **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 173., “em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo Direito. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito”.

<sup>85</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit, p. 138-230.

<sup>86</sup> **BONAVIDES**, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 220-237.

<sup>87</sup> Para o autor, **MOREIRA NETO**, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade**., Ob. cit, p. 53-54., “O Direito Público, ramo voltado à disciplina da satisfação dos interesses públicos, tem, na veracidade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade. Com efeito, um ato do Poder público que

exige uma compatibilidade com o mundo dos fatos, enquanto a razoabilidade se refere a uma justificação teleológica, que faz com que o administrador expresse a legitimidade de suas escolhas.

O doutrinador supra citado diferencia os elementos do ato administrativo (competência, objeto, forma, motivo e finalidade) para indicar dentre eles quais são passíveis de critérios discricionários e quais são absolutamente vinculados e, assim, apontar a partir da razoabilidade e realidade a forma de controle desses atos.

Assinala como discricionários (como faz a maior parte da doutrina) o objeto e o motivo do ato administrativo e, a partir disso, destaca o que é ato oportuno. Vejamos:

*“Limites de oportunidade à discricionariedade são os requisitos mínimos exigíveis de valoração lógica que devem estar satisfeitos para que o motivo, discricionariamente integrado a partir dos pressupostos de fato e de direito, atenda ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo”<sup>88</sup>.*

Nesse mesmo sentido, dispõe o jurista aludido sobre a conveniência do ato:

*“Limites de conveniência à discricionariedade são os requisitos mínimos de escolha de conteúdo que devem estar satisfeitos para que o objeto, discricionariamente definido tendo em vista os resultados jurídicos a serem produzidos, possa atender ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo”<sup>89</sup>.*

Consoante explicitado, podem os elementos do ato administrativo trabalhar como limites à discricionariedade. Por oportuno, tal tema será melhor desenvolvido no próximo capítulo quando iremos tratar dos fundamentos do controle judicial.

---

*esteja lastreado no inexistente, no falso, no equivocado, no impreciso e no duvidoso, não está, por certo, seguramente voltado à satisfação de um interesse público; da mesma forma, o ato do Poder Público que se destine à realização de um resultado fático inalcançável não visa a satisfazer um interesse público”.*

<sup>88</sup> MOREIRA NETO, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit, p. 59.

<sup>89</sup> MOREIRA NETO, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit, p. 71.

Por fim, vale fazer referência a alguns parâmetros da discricionariedade citados por **MEDAUAR**: a) observância da Constituição, da lei e dos princípios administrativos e princípios gerais de direito; b) interesse público; c) normas de competência; d) “consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza”; e) motivação das decisões; f) “o poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios; g) garantias organizacionais; h) forma<sup>90</sup>.

Desta forma, é importante reiterar que os limites à discricionariedade são vários e absolutamente necessários, pois são eles que proporcionam um entendimento mais próximo do ideal à cerca do tema. Como referido logo no início do capítulo não há porque discutir algo que não possui barreiras, sem uma noção de onde começa ou termina as possibilidades de aplicação não há discricionariedade, há apenas arbítrio puro. Assim, os limites da discricionariedade administrativa devem ser visto como algo intrínseco ao instituto, algo que da forma e coerência ao estudo científico.

Expostos os limites da discricionariedade, passemos ao tema central do estudo, o controle judicial da discricionariedade administrativa.

---

<sup>90</sup> **MEDAUAR, O. Direito Administrativo Moderno. Ob. cit, p. 113.**

### 3. CAPÍTULO II - CONTROLE JURISDICIONAL

#### 3.1. CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cabe iniciar o capítulo do controle da Administração com o conceito de **SEABRA FAGUNDES**, o qual entende por controle a subsequente idéia:

Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Os conflitos tomam, então, a forma de pleitos judiciais, estabelecendo-se o debate em torno da situação jurídica, de modo que seja possível esclarecer, definir e precisar com quem se acha a razão. Se com o Estado, negando direitos do administrado ou dele exigindo prestações, se com o próprio administrado, quando pede o reconhecimento de direitos, ou se revela insubmisso, alegando ilegalidade no procedimento administrativo<sup>91</sup>.

O conceito apresentado revela uma perspectiva geral do controle, um conceito amplo, que não se refere especificamente à análise das decisões discricionárias, porém, se aplica também a essas, razão pela qual será utilizado.

Conforme destacado no capítulo anterior, o controle dos atos exarados pela Administração Pública se deve a existência de limites, barreiras lógicas impostas ao poder do Estado. Em princípio, quando se cogitou do controle judicial da Administração<sup>92</sup>, esse era mínimo e restrito aos aspectos vinculados do ato administrativo, limitava-se à análise do desvio de poder, do erro de fato e de direito e dos vícios de incompetência e de forma. Esse era o “controle mínimo”, que a partir do Direito Francês ampliou-se gradativamente até atingir ares tradicionalmente admissíveis de controle pelo Judiciário<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> **FAGUNDES**, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7 ed. Atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. P.133.

<sup>92</sup> **FAGUNDES**, S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Ob. cit. p. 195. “As constituições de 1934 e 1937 dispuseram expressamente que o Poder Judiciário não poderia conhecer de questões exclusivamente políticas. A atual silêncio a respeito. Mas, não obstante isto, a vedação persiste”.

<sup>93</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit. p. 75.

Atualmente os principais limites da discricionariedade no Brasil decorrem da Constituição Federal de 1988<sup>94</sup>, que reforçou toda a sistemática e principiologia de organização da Administração a partir do artigo 37<sup>95 96</sup>.

À Administração Pública é permitido fazer tudo aquilo que está disposto em lei, ou seja, tudo que a lei permitir<sup>97</sup>. Entretanto, de acordo com o que foi discutido ao longo de todo o capítulo anterior, há espaços mais flexíveis, que o legislador deixa em “aberto” para preenchimento do administrador no caso concreto, para completá-los com a melhor decisão diante das peculiaridades e dinamismo da realidade. A esses espaços chama-se discricionariedade.

Em princípio não era dado ao Poder Judiciário controlar os atos discricionários do Poder Executivo. Todavia, através da evolução da doutrina administrativista, pelos abusos recorrentes de poder e, mais tarde, pela noção de que um poder absoluto não coaduna com a idéia de democracia, o Judiciário passou a rever alguns atos administrativos a fim de controlar sua legalidade.

Esse controle apoiou-se em determinados fundamentos que serão expostos a seguir.

---

<sup>94</sup> **GUERRA, S. Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas..** Ob. cit. p. 163-164. *“De acordo com a nova compreensão do direito administrativo no constitucionalismo atual, e de modo aparentemente paradoxal, se de um lado há uma ‘tendência a reduzir a margem’, um ‘decréscimo’ e mesmo ‘limitação’ da discricionariedade na atuação do administrador público, uma verdadeira ‘restrição à dimensão constitucional e democrática’ e ‘mayor objetividad em La apreciación de los elementos’, importando ‘redefini-la, de acordo com os postulados do constitucionalismo pós-positivista, a partir da noção do princípio da juridicidade’; de outro lado, a complexidade cotidiana, que conduz ao permanente ambiente de ambivalência, impõe uma maior maleabilidade legiferante, atuação executiva e, portanto, espaços para a escolha administrativa.(...)”.*

<sup>95</sup> Vejamos o caput do art. 37. *“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.*

<sup>96</sup> **MEDAUAR, O. Direito Administrativo Moderno.** Ob. cit. p. 395. *“A tendência do controle jurisdicional da Administração Pública se acentou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante ao poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle.(...)”.*

<sup>97</sup> Opõe-se ao particular para o qual é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

### 3.2 FUNDAMENTOS DO CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

O primeiro argumento para a presença do controle judicial das decisões administrativas é a manutenção do Estado Democrático de Direito com a exclusão de arbitrariedades, porém, existe o contraponto negativo dessa forma de controle: a substituição do arbítrio dos administradores pelo dos magistrados<sup>98</sup>.

Esse é um dos principais argumentos dos autores que pretendem afastar o controle jurisdicional total<sup>99</sup>. Trata-se de uma preocupação também de ordem democrática, que parte do fato de que os magistrados não são eleitos e a maioria dos governantes incumbidos das decisões administrativas o são. Essa situação de alteração das decisões administrativas pelo Judiciário pode gerar, e na maioria das vezes gera, insegurança jurídica para os particulares. Esses argumentos demonstram uma situação complexa e de certa forma insolúvel se partirmos da idéia de que o judiciário visa a evitar abusos do administrador público.

Esse embate demonstra a colisão entre os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional<sup>100</sup>, prevista no art. 5º inciso XXXV, e a separação de poderes<sup>101</sup>, preceituado no art. 2º, ambos da Constituição

---

<sup>98</sup> **GUERRA, S. Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** Ob. cit. p.238. *“A função jurisdicional instituída, dentre outros fins, para evitar ou sustar as escolhas administrativas com erro, abuso e arbitrariedade, é imprescindível para o Estado democrático de Direito e para a manutenção das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. Entretanto, em alguns casos, o excesso da atuação jurisdicional sobre escolhas administrativas traz consigo a controvérsia acerca da substituição das decisões dos agentes públicos, democraticamente eleitos ou não, pelos magistrados”.*

<sup>99</sup> Cumpre destacar que hoje praticamente nenhum autor exclui em absoluto o controle jurisdicional, somente os autores mais antigos e ortodoxos professam uma discricionariedade livre de qualquer controle. **FAGUNDES, S. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Ob. cit. p. 133-138.

<sup>100</sup> Sobre a importância desse princípio, **BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 942. *“Este princípio [inafastabilidade da tutela jurisdicional], absolutamente capital, constitui-se em garantia insubstituível, reconhecida entre os povos civilizados, como expressão asseguradora da ordem, da paz social e da própria identidade dos regimes políticos contemporâneos”.*

<sup>101</sup> Quanto à relevância do princípio da separação dos poderes cite-se **MOREIRA NETO, D. F. Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit. p. 79-80. *“Há, realmente, que se considerar o argumento da separação dos Poderes, pois nele tem origem grande parte da obstinação no estremar-se*



Federal. A partir do entendimento de **MORAES** é possível afirmar que os princípios citados são compatíveis entre si:

Assim, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da Administração Pública,(...), na denominada área de livre decisão” que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça de direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade e de moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais do Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador do direito<sup>102</sup>.

A autora entende que sempre é cabível a análise judicial das decisões administrativas, tendo em vista a imposição decorrente da análise dos princípios.

Não obstante a existência da posição apresentada é possível afirmar que o controle judicial não pode inviabilizar a competência do Executivo para tomar decisões, prejudicando reflexamente os administrados, como também não pode deixar desprotegidos os cidadãos e a sociedade. Corroborando esse enfoque **GUERRA** esclarece:

Se de um lado, é sustentável uma maior participação do Poder Judiciário na sindicância das escolhas administrativas para evitar-se o arbítrio do administrador, de outro, também é necessária uma comedida e moderada atuação das funções jurisdicionais na revisão dessas escolhas, notadamente em sede de cognição liminar.(...)<sup>103</sup>.

Dois são os “sistemas” para evitar que o arbítrio do administrador seja substituído pelo do magistrado, o primeiro se refere ao fato de que quando analisa ato administrativo o juiz pode somente declará-lo inexistente, inválido ou ineficaz, ou seja, não pode substituir a decisão tomada pela administração

---

*legalidade e discricionariedade com a mesma preocupação de estanqueidade com que se aparta o Poder Legislativo do Executivo”.*

<sup>102</sup> **MORAES, G. O. Controle jurisdicional da administração pública.** Ob. cit. p. 104-105.

<sup>103</sup> **GUERRA, S. Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** Ob. cit. p. 241-242.

por outra de sua escolha<sup>104</sup>. Desse modo, somente pode o juiz determinar que o administrador tome outra decisão adequada, ou melhor, que adéque o ato à legalidade e aos princípios constitucionais.

Segundo **MEDAUAR**, as conseqüências do controle judicial seriam, basicamente, as seguintes: a) suspensão de atos e atividades; b) anulação dos atos; c) imposição de fazer; d) imposição de se abster de algo; e) imposição de pagar; f) imposição de indenizar ou ressarcir<sup>105</sup>.

Outro método para afastar a substituição de arbítrios é a impossibilidade de revisão do mérito<sup>106</sup> do ato administrativo<sup>107</sup> pelo Poder Judiciário, o qual representa os critérios de conveniência e oportunidade intransponíveis aos juízes<sup>108</sup>. A questão do mérito da decisão administrativa será tratada em tópico próprio devido a sua relevância.

De acordo com **FERNÁNDEZ** a atuação jurisdicional deve atender a um padrão, analisando o ato administrativo da seguinte forma:

La revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, em primer lugar – (...) -, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo término, a la valoración de si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> Nesse sentido, **MORAES, G. O. Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit. p. 154. “Se concluir [o juiz], de modo contrário, que o ato administrativo malferiu os princípios jurídicos, poderá exercer um controle meramente negativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato, cabendo à Administração Pública renovar sua expedição, excluído, por óbvio, o conteúdo anterior”.

<sup>105</sup> **MEDAUAR, O. Direito Administrativo Moderno**. Ob. cit. p. 396-397.

<sup>106</sup> **FIGUEIREDO, L. V. Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 211. “A jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários não se submetiam a controle no atinente a seu mérito, porém o conteúdo de ‘mérito’ era, por demais, alargado. O caminho da evolução foi - sem dúvida - a afirmação de que ao Judiciário caberia controlar toda a atividade administrativa, desde que não invadisse o mérito das decisões discricionárias”.

<sup>107</sup> Defendida por alguns autores (Lucia Valle Figueiredo, Odete Medauar, etc) e criticada por outros (Celso Antonio Bandeira de Mello), consoante será melhor exposto nos tópicos seguintes.

<sup>108</sup> Segundo **COUTO E SILVA, A. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**., Ob. cit. p. 64, “(...) os limites do controle judicial começam onde se iniciava o mérito ou merecimento do ato administrativo – expressões tomadas de empréstimo ao direito italiano, mas que deitaram raízes sólidas no nosso direito – não se permitindo que o exame se estendesse aos aspectos da conveniência e da oportunidade”.

<sup>109</sup> **GÁRCIA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T.-R. Curso de Derecho Administrativo I**. Ob. cit. p. 470.

Quanto a essas restrições impostas ao controle do Poder Judiciário, cumpre fazer referência à **FAGUNDES**:

Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e conseqüências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às conseqüências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente<sup>110</sup>.

Embora haja a discussão sobre a colisão entre a separação de poderes e a inafastabilidade do controle jurisdicional a doutrina procura elaborar formas para que haja a necessária revisão dos atos administrativos. Ao mesmo tempo, busca impor limites a revisão efetuada pelo Judiciário, tendo em vista a manutenção da legitimidade democrática desse tipo de controle.

Assim, certo está que há efetivo controle judicial sobre os atos emanados pela Administração Pública, portanto, cabe explicitar de que forma esse controle ocorre e com base em quais argumentos.

### 3.2.1 Fundamentos constitucionais: razoabilidade e proporcionalidade, legalidade

Foi exposto várias vezes ao longo desse trabalho que o controle jurisdicional da Administração Pública ocorre com base nos princípios constitucionais e princípios gerais do direito<sup>111</sup>. Também foi dito que esse entendimento decorreu de uma ampliação da visão doutrinária e jurisprudencial sobre o âmbito da discricionariedade administrativa, quanto aos seus limites e, principalmente, no que toca a sua sindicabilidade perante o Poder Judiciário. Todos esses fatos conduzem a uma necessária visão ampliada do instituto. Não se devem desconsiderar os princípios positivados na Constituição Federal

<sup>110</sup> **FAGUNDES, S. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Ob.cit. p. 179.

<sup>111</sup> Princípios gerais do direito que segundo **BONAVIDES**. Ob.cit. p. 238-241., estão, em sua maioria, presentes implicitamente na Constituição; e segundo **DI PIETRO. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988.** Ob. cit. p. 167 “impõe normas de conduta não transformadas em regras jurídicas mas que devem ser obedecidas pelo seu conteúdo moral”.

para a análise do tema, por isso, eles já foram expostos quando da apreciação dos limites da discricionariedade.

Mais uma vez vale destacar que todos os princípios inerentes à Administração Pública podem servir de fundamento para o controle judicial, todavia, para fins desse trabalho, serão tratados apenas alguns considerados mais relevantes, como a legalidade e razoabilidade e proporcionalidade.

A legalidade<sup>112</sup> é o primeiro princípio utilizado como parâmetro para limitar a discricionariedade e permitir que as decisões do Poder Executivo passem pelo crivo do Poder Judiciário. Por muito tempo esse princípio serviu como único ponto de defesa dos administrados contra desmandos e arbitrariedades, havia a certeza de que o Administrador estava subordinado, mesmo que minimamente, ao disposto em lei.

O direito administrativo brasileiro surgiu fundado na idéia de supremacia do interesse público, hierarquização e burocracia estatal, com pequenas brechas à discricionariedade devido à submissão quase absoluta ao princípio da legalidade<sup>113</sup>.

Essa noção de legalidade estrita, no sentido de que a Administração só pode fazer o que a lei permite, não serve mais para o atual modelo de Estado Democrático de Direito, vez que dificultava e ainda dificulta, em muito, a introdução do gerenciamento da Administração Pública, uma idéia mais contemporânea que envolveria maior autonomia coligada com mais ampla responsabilidade dos órgãos e entidades públicas<sup>114</sup>.

Assim, por essa razão, dentre outras, é possível afirmar que só a legalidade estrita não serve mais para o atual momento da discricionariedade administrativa. Primeiro, porque como exposto, não permite a modernização da

---

<sup>112</sup> Segundo **GARCIA DE ENTERRIA, E. e FERNANDEZ, T.-R. Curso de Derecho Administrativo I.** Ob. cit. p. 426. “(...)La Administración es una creación abstracta Del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión Del principio de libertad que la Revolución instaura, y que revela cómo dicha legalidad iene a descomponerse em verdaderos derechos subjetivos. Tal es el sentido general del principio de leglidad administrativa”.

<sup>113</sup> **GUERRA, S. Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** Ob. cit. p. 256-257.

<sup>114</sup> **DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo.** Ob. cit. p. 57-58.

Administração pública e; segundo, porque não serve para balizar sozinha (como ocorria no passado) o controle judicial.

Não obstante sua relativização cabe tecer alguns comentários sobre a legalidade como fundamento para o controle judicial dos atos administrativos não vinculados, tendo em vista que continua sendo, em caso de desrespeito, parâmetro para o controle judicial, embora não seja mais o único. Primeiramente, é importante citar a conclusão de **DI PIETRO** quanto ao significado do princípio ora discutido:

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o princípio da legalidade não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos. O princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, admitindo maior ou menor rigidez e, em consequência, maior ou menor discricionariedade. Não é por outra razão que se distingue legalidade de reserva de lei, (...) <sup>115</sup>.

Nessa passagem **DI PIETRO** expõe a relação direta entre legalidade e discricionariedade e conclui afirmando que a última depende da forma como o legislador a coloca, exercida nos limites da lei e de vários princípios. Essa seria a visão que proporciona segurança jurídica perante o poder público <sup>116</sup>. No entendimento da maior parte da doutrina <sup>117</sup>, essa segurança jurídica somente pode existir quando presente a possibilidade de controle judicial dos atos públicos.

Corroborando esse enfoque, **FERNÁNDEZ**:

A la Administración corresponde, desde luego, ejercer esa libertad, mayor o menor, pero siempre limitada por el Derecho, y elegir en base a ella las soluciones que le parezcan mejores. A los Jueces y Tribunales compete, por su parte, verificar en caso de conflicto, sin otras limitaciones que las que el Derecho que es su único norte, les impone, si esa elección es conforme a los requerimientos de este <sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 59.

<sup>116</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Ob.cit. p. 65.

<sup>117</sup> Embora haja muitos outros, como exemplo, cite-se Celso Antonio Bandeira de Mello, Seabra Fagundes, Marçal Justen Filho dentre outros.

<sup>118</sup> **FERNÁNDEZ**, T.-R., **Arbitrariedad y discrecionalidad**. Ob. cit. p. 119.

Assim, à Administração cabe tomar a decisão e ao Judiciário cabe verificar a decisão tomada em caso de conflito, ambos com base no Direito e na lei<sup>119</sup>.

A sindicabilidade jurisdicional implica verificação de conformidade e, em um primeiro momento, essa verificação ocorre com base no princípio da legalidade, que se revela sempre como um parâmetro antigo e ao mesmo tempo essencial. Diz-se que a legalidade administrativa fixa-se em bases amplas e, segundo **MEDAUAR**, essa amplitude acarreta um respaldo constitucional também mais amplo para o controle judicial<sup>120</sup>.

Entende-se como **FAGUNDES** que:

A análise da legalidade (legitimidade dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram as prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma<sup>121</sup>.

A legalidade refere-se à observação do preceituado em lei e especificamente do preenchimento dos requisitos de validade dos atos administrativos. Devido à relevância dos vícios gerados pela não observância dos requisitos essenciais na legalidade dos atos administrativos e do necessário reflexo no controle judicial, esse tema será revisto em sub-tópico próprio.

Deste modo, mesmo com todas as transformações<sup>122</sup> por que passou o entendimento do princípio da legalidade no último século, ele ainda é o parâmetro inicial de análise para o controle judicial da discricionariedade administrativa.

Embora a legalidade seja ponto inicial para a revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, os fundamentos para a revisão não estão a ela limitados, consoante expõe **DI PIETRO**:

---

<sup>119</sup> **BOCKMANN MOREIRA**, Egon. **Processo administrativo princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 84. “Conforme já destacado, a locução “conforme a lei e o Direito” é de extrema importância. Determina que o agente cumpra a norma legal, com observância do todo do ordenamento jurídico. (...)”.

<sup>120</sup> **MEDAUAR**, O. **Direito Administrativo Moderno**. Ob. cit. p. 394-395.

<sup>121</sup> **FAGUNDES**, S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Ob. cit. p. 182.

<sup>122</sup> Vide capítulo I, tópico 2.2 da presente monografia.

Além da parte introdutória da Constituição, onde se afirmam os seus princípios fundamentais, em vários outros dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça. (...)Eles atuam como limites à discricionariedade administrativa, os quais, se ultrapassados, configuram ato ilícito da Administração, passível de revisão pelo Poder Judiciário.(...) <sup>123</sup>.

Tomando como ponto de partida esse entendimento, passa-se ao exame dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entendidos como bases mais abertas do controle jurisdicional.

O princípio da razoabilidade não se encontra presente explicitamente no texto constitucional, embora tenha sido cogitada, sem sucesso, sua inclusão justamente no art. 37 da Constituição sobre a Administração Pública, quando da redação deste dispositivo <sup>124</sup>.

Segundo o entendimento da professora **MORAES**, o princípio tem dupla acepção: de um lado, se refere à decisão discricionária com base em elementos impertinentes ou deixando de considerar elementos pertinentes; e, por outro lado, revela a proibição de conduta contrária ao senso comum, posição que guarda correspondência com o conteúdo do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade estariam relacionados, o primeiro sob a acepção de racionalidade e o segundo sob as vertentes da adequação e da necessidade <sup>125</sup>.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não tiveram o mesmo desenvolvimento no Brasil como apresentado em outros países, por isso, há certa indistinção entre os conceitos na concepção do Poder Judiciário <sup>126</sup>. Assim, alguns autores influenciados pelo direito norte-americano ligam a razoabilidade ao devido processo legal e à isonomia, enquanto outros

---

<sup>123</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 46.

<sup>124</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit. p. 131.

<sup>125</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit. p. 133.

<sup>126</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit. p. 134.

seguem o direito francês, espanhol e argentino que fala da proporcionalidade entre meios e fins<sup>127 128</sup>. Visto da primeira maneira a razoabilidade se coloca como limite à discricionariedade legislativa e na segunda vertente como limite à discricionariedade administrativa<sup>129</sup>.

#### No entendimento de **BANDEIRA DE MELLO**:

A razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – a lealdade e a boa fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites, assujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável<sup>130</sup>.

Então, trata-se a razoabilidade (que segundo o autor engendra a proporcionalidade) como princípio geral do direito<sup>131 132</sup>, mas também como princípio constitucional implícito apreensível da interpretação sistemática da Constituição, que atua como um limite da discricionariedade e, conseqüentemente, pode-se concluir, como parâmetro para o controle judicial.

<sup>127</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, Lucia Vale Figueiredo e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit. p. 191-195.

<sup>128</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 201. “(...) o princípio da e razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.(...)”.

<sup>129</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 191.

<sup>130</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, C. A., **Discricionariedade e controle judicial**. Ob. cit. p. 96.

<sup>131</sup> A expressão diz respeito a um momento em que os princípios não possuíam a juridicidade que passaram a deter após o pós-positivismo, vejamos: **BONAVIDES**, P., **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ob. cit. p. 232. “A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda a esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, (...). Mais adiante na p. 236: “O juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica. ”. Na seqüência à p. 237: “É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios”.

<sup>132</sup> **GARCIA DE ENTERRIA**, E. e **FERNANDEZ**, T.-R. **Curso de Derecho Administrativo I**. Ob. cit. p. 465-466. “Los principios generales del Derecho, cuyo destacado papel en le Ordenamiento jurídico-administrativo há quedado subrayado ya em capítulos anteriores, ofrecen una posibilidad adicional de control de la discrecionalidad. Como ya hemos puesto de relieve más atrás, la Administración está vinculada a la Ley y al Derecho, (...)”.



A lei não permite que no exercício da atividade administrativa se adote medidas ilógicas ou desarrazoadas e é nesse enfoque que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade surgem como catalisadores de um exame jurisdicional.

Destarte, sempre que as decisões administrativas não respeitem a decisão razoável<sup>133</sup>, racional, ou não atendam a proporcionalidade, deve o judiciário rever o ato e, se for o caso, anulá-lo. Essa visão da razoabilidade e proporcionalidade teria como ponto de orientação o fim legal, tendo em vista a proporcionalidade entre os meios e os fins<sup>134</sup>, todo ato administrativo deve atender o fim legal para o qual foi criado, deve ter em vista o fim legal que pretende atingir, portanto, todo excesso e “extralimitação” do fim legal que demonstrasse desproporção ou irrazoabilidade deveria passar pela apreciação do Poder Judiciário<sup>135</sup>.

Segundo **DI PIETRO** não deve ser considerada apenas a desproporção entre os meios e os fins, mas também deve-se ter como irrazoável a decisão que não tenha qualquer correlação com o fim que se pretende atingir. No mesmo sentido deve ser vista a medida arbitrária, aquela tomada por capricho ou por motivos pessoais<sup>136</sup>.

Para **BANDEIRA DE MELLO**, em última *ratio*, medidas desproporcionais ou desarrazoadas representariam um extravasamento de competência, na subsequente acepção:

Com efeito, se o poder conferido é meramente instrumental [à Administração Pública], se é tão-só serviente de um fim (...), só se justifica, só existe, na medida necessária. Ergo, em todo ato desproporcionado, excessivo, há por definição um excesso em relação à competência, pois não guarda a indispensável correlação com ela. Em outras palavras: o agente, em tais casos, supera a demarcação de seu “poder”, porque ultrapassa o

---

<sup>133</sup> Aqui surge uma dúvida: quem decide se algo é ou não é razoável? No dia-a-dia da Administração o Judiciário pode dizer: isto é razoável e isto não é? Não haveria uma transformação do controle judicial em administração judicial? Essas questões serão respondidas quando da análise do controle judicial do fornecimento de medicamentos.

<sup>134</sup> Nesse sentido, **DI PIETRO**, M. S. Z., **Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 204. “*Não se pode chegar ao ponto de admitir que qualquer medida adotada seja válida para conseguir determinada finalidade, (...). Haverá medidas que, se adaptadas serão manifestamente contrárias ao interesse público protegido pela lei; (...)*”.

<sup>135</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, C. A. **Discricionariedade e controle judicial**. Ob. cit. p. 96.

<sup>136</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Ob. cit. p. 203.

necessário para se desincumbir do dever de bem cumprir a lei. Eis porque todo excesso, toda demasia, é inválida, viciando o ato.(...) <sup>137</sup>.

As concepções de razoabilidade e proporcionalidade são diversas entre os autores nacionais, justamente pela ausência de aprofundamento no tema. O que é certo, é que esses princípios operam tanto como limites à discricionariedade, como fundamentos para o controle judicial. Através de **MORAES** é possível apresentar uma síntese da evolução dos princípios no entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Em síntese, na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível distinguir nitidamente três fases distintas quanto aos fundamentos da adoção de critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Numa fase inicial o emprego desses critérios no controle das atuações públicas – legislativa e administrativa, valeu-se do Direito Comparado,(...). Na fase subsequente, passaram-se a inferir, na Corte Suprema Brasileira, essas noções de proporcionalidade e razoabilidade dos princípios constitucionais implícitos, como no último julgamento, ou explícitos, havendo vários precedentes nos quais se reconhece a razoabilidade como ínsita ao conteúdo do princípio da igualdade, (...). Finalmente, nos últimos julgamentos, invoca-se de modo expresse os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, extraídos do princípio do devido processo legal, sob o influxo da interpretação americana – jurisprudencial e doutrinária deste último(...) <sup>138</sup>.

Após uma evolução forçada com base do direito comparado, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade <sup>139</sup> foram plenamente reconhecidos no direito brasileiro e hoje figuram entre os princípios gerais do direito ou princípios constitucionais implícitos que melhor representam o modo de se avaliar o instituto da discricionariedade, além de darem sustento ao controle jurisdicional.

---

<sup>137</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, C. A. **Discricionariedade e controle judicial**. Ob. cit. p. 98.

<sup>138</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit. p. 124-125.

<sup>139</sup> Segundo **BINENBOJM**, Gustavo, em atualização à obra de **FAGUNDES**, S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Ob. cit. p. 190., na nota do atualizador nº 12. “*Em verdade, os princípios gerais do Direito, como o da igualdade e o do Estado de Direito, o do Estado Social do Direito e, sobretudo, o da proporcionalidade, cada vez mais são instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, o que proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre o conteúdo de tal decisão*”.

### 3.2.2. Efetivo controle do mérito: conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário

Repousa neste tema, na questão do mérito do ato administrativo e da oportunidade e conveniência, a grande polêmica do instituto da discricionariedade. A maior parte da doutrina (como será demonstrado) defende a insindicabilidade do mérito da decisão administrativa, a doutrina que defende a análise judicial do mérito da decisão administrativa é minoritária.

A princípio é necessário entender do que se trata o mérito, qual seu conceito, qual sua abrangência, elementos e peculiaridades. A doutrina brasileira tem por base a doutrina italiana que desenvolveu o tema do mérito do ato administrativo relacionando-o sempre à discricionariedade. No direito alemão e francês não se fala em mérito, mas apenas em princípio da conveniência e oportunidade<sup>140</sup>.

Para **DI PIETRO** o mérito corresponde a uma característica presente apenas no ato administrativo, que não encontra correspondente no ato privado, que diz respeito a conveniência, adequação ao interesse público que se pretende alcançar. Trata-se de uma zona de apreciação subjetiva da Administração, poder discricionário incontrolável pelo Judiciário<sup>141</sup>. Como é possível apreender, a professora aludida filia-se à doutrina que entende pelo impossibilidade de justicialidade do mérito administrativo<sup>142</sup>.

Como destaca **MORAES**, não se pode confundir mérito e discricionariedade (mesmo que o primeiro constitua o núcleo da segunda), de modo que o que seria infenso ao controle jurisdicional é o mérito e não a discricionariedade, ou seja, o mérito da decisão é intransponível, mas não a decisão em si<sup>143</sup>.

Assim sendo, o controle da discricionariedade seria bipartido em controle da legalidade e controle da justicialidade stricto sensu, os quais se

---

<sup>140</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 124.

<sup>141</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 124-125.

<sup>142</sup> Por oportuno, cite-se o conceito de **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 206. *“Resumidamente, afirma-se que o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe no atos discricionários.*

<sup>143</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit. p. 42-43.

referem, respectivamente, ao exame da conformidade dos elementos vinculados do ato e a análise dos elementos discricionários à luz dos princípios. De qualquer forma, o juiz não pode imiscuir-se no mérito<sup>144</sup> do ato administrativo<sup>145</sup>.

A partir do entendimento exposto, a autora conceitua mérito da seguinte forma: “O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados”<sup>146</sup>. É destacado no conceito a inexistência de vinculação a critérios objetivos fixados em regras ou princípios o que enfatiza reflexamente a subjetividade da decisão.

Sob outra perspectiva, para **BANDEIRA DE MELLO** o mérito representa uma liberdade para avaliar no caso concreto o que é mais oportuno e conveniente, com vistas ao escopo legal e nunca em dissonância a ele, extrapolando o mérito o que for decidido sem observância do fim legal<sup>147</sup>. Por isso, avalia o mérito nesses termos:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento a finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada<sup>148</sup>.

Segundo o autor, os desvios do mérito podem contaminar o ato em certos casos: a) contaminação por intuítos pessoais; b) uso de outra regra de competência, distinta da exercitada; c) atos que revelam opção desarrazoada; d) que exprimem medidas incoerentes; e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos. Nesses casos, haveria

---

<sup>144</sup> **MORAES, G. O. Controle jurisdicional da administração pública.** Ob. cit. p. 45. “*Em síntese, o mérito é o núcleo da discricionariedade e insuscetível de controle jurisdicional, quer à luz de legalidade, quer à luz dos princípios do direito*”.

<sup>145</sup> **MORAES, G. O. Controle jurisdicional da administração pública.** Ob. cit. 43-44.

<sup>146</sup> **MORAES, G. O. Controle jurisdicional da administração pública.** Ob. cit. p. 44.

<sup>147</sup> **BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e controle judicial.** Ob. cit. p. 82.

<sup>148</sup> **BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo.** Ob. cit. p. 949.

transposição dos limites do mérito pela Administração, transbordando a esfera discricionária, o ato seria ilegítimo e o Poder Judiciário poderia fulminá-lo<sup>149</sup>.

Mesmo sem declarar sindicabilidade do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, por vias transversas o autor afirma que nos casos em que ocorrem as violações apontadas o juiz pode fulminar o ato. Esse posicionamento decorre da idéia que o autor expõe no próprio conceito de mérito, a noção de que só há uma única decisão adequada no caso concreto. Como destacado anteriormente, essa posição é extremamente delicada e não reflete a realidade, vez que nem sempre se pode apontar a “solução ótima” como quer o autor.

Em sentido contrário **MOREIRA NETO** vê no mérito o “sentido político da ação do Estado”. Esse sentido político<sup>150</sup> decorre da função imanente ao Estado de sempre visar ao interesse público, no desempenho da atividade de bem administrar. Para o autor a discricionariedade seria a técnica e o mérito o resultado<sup>151</sup>. Aponta o mérito a partir de dois elementos do ato administrativo: motivo e objeto. Vejamos:

Só podemos falar de mérito de ato administrativo discricionário e ele só existirá como resultado do exercício da discricionariedade, como definição da oportunidade e da conveniência, respectivamente, na função de integrar os elementos motivo e objeto. Por isso, denominamos, à oportunidade e à conveniência, dimensões do mérito<sup>152</sup>.

Para o professor os elementos objeto e motivo contêm todo o mérito administrativo, toda a oportunidade e conveniência, entende que como os outros elementos do ato administrativo são vinculados, a discricionariedade e o mérito só podem estar presentes nesse âmbito.

Recuando no exame da questão **GUERRA** menciona que no “velho paradigma administrativista” voltado para a burocracia e para a

---

<sup>149</sup> **BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e controle judicial.** Ob. cit. p. 82-83.

<sup>150</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello dizia que não se furtam os atos de governo à apreciação do judiciário. **BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo.** Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 417.

<sup>151</sup> **MOREIRA NETO, D. F. Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.** Ob. cit. p. 45-47.

<sup>152</sup> **MOREIRA NETO, D. F. Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.** Ob. cit. p. 48.

discricionariedade, o mérito constituía um “cheque em branco”<sup>153</sup> sob o binômio conveniência e oportunidade, construindo, então, um imperscrutável mérito o ato administrativo”<sup>154</sup>. No mesmo sentido de **MOREIRA NETO** afirma que o ato era pensado em seu sentido político, por isso entendia-se mérito dessa maneira. Entretanto, entende que o juiz não pode invadir o mérito do ato sob pena de substituir o administrador pelo julgador. Como **MORAES**, crê que “o mérito está adstrito à valoração administrativa mediante parâmetros não positivos (oportunidade e conveniência), que refogem aos vetores fixados nas normas constitucionais e infraconstitucionais”<sup>155</sup>.

O problema surge, de acordo com o mesmo autor, quando o administrador, sob o binômio conveniência-oportunidade e sob o pretexto da discricionariedade, comete abusos e desvios para favorecimento próprio ou de terceiro. Defende, ainda, que a Administração Pública não consegue trabalhar completamente vinculada, porém, uma Administração que remete ao “arbítrio despótico” também não oferece segurança aos cidadãos. Esse espaço de liberdade deve ser usado com responsabilidade para atingir maior correspondência com o caso concreto<sup>156</sup>.

**MEDAUAR** aponta o mérito como juízo de conveniência e oportunidade da autoridade administrativa em virtude do poder discricionário, tendo em vista o interesse público almejado. Destaca que o tema é tratado pelo binômio legalidade-mérito, visando a destacar o primeiro como justificável e o segundo como infenso ao Poder Judiciário. Porém, por decorrente modernização do direito, tal característica estaria atenuada nos últimos tempos devido ao alargamento do controle jurisdicional<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> A discricionariedade e o mérito eram ato de império no fim do século XVIII início do XIX, segundo **GARCIA DE ENTERRIA, E.** e **FERNANDEZ, T.-R.** **Curso de Derecho Administrativo I.** Ob. cit. p. 464.

<sup>154</sup> **GUERRA, S. Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** Ob. cit. p. 64-65.

<sup>155</sup> **GUERRA, S. Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** Ob. cit. p. 66.

<sup>156</sup> **GUERRA, S. Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** Ob. cit. p. 67-72.

<sup>157</sup> **MEDAUAR, O. Direito Administrativo Moderno.** Ob. cit. p. 110-111.

Por fim, é necessário incluir a posição de **FAGUNDES**, o qual entende que “ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos”<sup>158</sup>, visto que o mérito estaria no sentido político do ato em função das normas de boa administração, pois “compreende os aspetos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo”. Esses aspectos envolveriam interesses e não direitos, razão pela qual não se submetem ao Judiciário, cujo dever é rever atos que ofendam direitos individuais. Do mesmo modo que **GUERRA** adverte que no caso de interferência do Judiciário nessa situação, estaria havendo substituição do administrador pelo juiz<sup>159</sup>.

Para melhor compreensão do assunto, faz-se necessário expor em que consiste o binômio conveniência-oportunidade.

De acordo com o entendimento de **MOREIRA NETO** ato oportuno é aquele respaldado por suficientes pressupostos de fato e de direito na sua edição, presumindo-se o atendimento às finalidades para as quais foi praticado. Consoante já destacado os limites de oportunidade seriam requisitos mínimos de valoração para que o motivo atenda ao interesse público a que se destina, ou seja, que atenda a finalidade do ato administrativo<sup>160</sup>.

Para **MOREIRA NETO** os princípios técnicos da realidade e da razoabilidade dariam os requisitos mínimos da oportunidade que seriam: existência, suficiência, adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade do motivo. Sob o princípio da realidade é necessário que o motivo seja existente e

---

<sup>158</sup> Segundo **BINENBOJM**, Gustavo, em atualização à obra de **FAGUNDES**, S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Ob. cit. p. 190., na nota do atualizador nº 12. “A doutrina contemporânea é majoritária em afirmar que mesmo quanto aos atos discricionários, cujo mérito pressupõe um juízo amplo de conveniência e oportunidade pelo administrador, pode haver, excepcionalmente, nulidade e conseqüente controle judicial”. A fim de apontar a posição da jurisprudência, **MORAES**, G. O., **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit. p. 53. “Se a doutrina brasileira caminha no sentido de fornecer subsídio à ampliação do controle jurisdicional da discricionariedade, em rumo oposto, os Tribunais Brasileiros têm assumido predominantemente uma atitude mais contida de auto restrição quanto ao controle do mérito do ato administrativo,(...)”.

<sup>159</sup> **FAGUNDES**, S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Ob. cit. p. 179-181.

<sup>160</sup> **MOREIRA NETO**, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit. p. 59.

suficiente para validar o ato; e sob o princípio a razoabilidade é preciso que o motivo seja adequado, compatível e proporcional à decisão tomada<sup>161</sup>.

Quanto aos limites de conveniência, preceitua que seriam os requisitos mínimos do conteúdo do objeto, tendo em vista os resultados jurídicos que o ato produz, visando atender também o interesse público e a finalidade do ato administrativo<sup>162</sup>.

Aos limites de conveniência se aplicariam do mesmo modo, segundo o autor, os princípios da realidade e da razoabilidade. Sob a influência da realidade o objeto teria que ser possível; sob o enfoque da razoabilidade o objeto deveria ser conforme o fim legal e com aceitável grau de eficiência. Portanto, são três os limites de conveniência: possibilidade, conformidade e eficiência<sup>163</sup>.

**MOREIRA NETO** se posiciona pela insindicabilidade do mérito do ato administrativo. Segundo ele o Judiciário não deve analisar o mérito em si, mas somente o que exorbita, ultrapassa os limites legais.

A doutrina majoritária afirma que o mérito do ato é infenso à ingerência do Poder Judiciário, entretanto, muitos são os autores que apontam meios de se atingir o mérito do ato, principalmente se extrapolados os limites impostos por lei. Trata-se de uma medida para evitar que o mérito e os juízos de conveniência e oportunidade tornem-se meios de impor atos arbitrários que não poderiam ser revistos pelo Judiciário. O problema é que, muitas vezes, utiliza-se dessa abertura para controlar todos os atos, principalmente em suas decisões políticas, o que desvirtua o sistema.

A discussão da sindicabilidade ou não do mérito do ato administrativo ainda irá gerar muitas discussões, principalmente nos tribunais, visto que se trata de uma questão que aflora no caso concreto, e inúmeras serão as decisões divergentes até que se firme uma sólida jurisprudência no assunto. O que se deve ter em mente é que não pode haver substituição do administrador

---

<sup>161</sup> **MOREIRA NETO**, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit. p. 60-70.

<sup>162</sup> **MOREIRA NETO**, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit. p. 71.

<sup>163</sup> **MOREIRA NETO**, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit. p. 70-77.



pelo juiz ou supressão de competências, sob pena de ferir os preceitos constitucionais e do Estado Democrático de Direito.

### 3.2.3. Vícios de discricionariedade

Os vícios de discricionariedade remetem aos elementos do ato administrativo, os quais são: a) competência; b) objeto; c) forma; d) motivo; e) finalidade<sup>164</sup>.

Podem-se agrupar os atos viciosos em três categorias: I) atos absolutamente inválidos, atos nulos; II) atos relativamente inválidos ou anuláveis; III) atos meramente irregulares, que apresentam defeitos irrelevantes<sup>165</sup>. A graduação depende da gravidade do vício e remete aos elementos do ato.

A competência é sempre vinculada, vem sempre determinada em lei, não permitindo discricionariedade em sua avaliação, por isso mesmo sua inobservância gera nulidade absoluta, tona o ato nulo. Nesse sentido,

#### **FAGUNDES:**

A competência vem rigorosamente determinada no direito positivo como condição de ordem para o desenvolvimento das atividades estatais, e, também, como meio de garantia para o indivíduo que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado. Toda vez que o agente procede sem estar legalmente investido no cargo, ou, embora, investido legalmente, excede ao agir o âmbito de atribuições que a lei lhe designa, há incompetência<sup>166</sup>.

Os motivos se referem à razão pela qual age a Administração Pública. Se a autoridade age sem motivo legal o ato é inválido. Aqui repousa a discricionariedade administrativa, a autoridade é livre para expor (mas não sem os requisitos mínimos) os motivos, a maior exigência é de que o ato sempre seja respaldado por motivos. Conforme exposto anteriormente, **MOREIRA NETO** entende que o motivo deve ser existente, suficiente, adequado,

---

<sup>164</sup> **FAGUNDES, S. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Ob. cit. p. 65.

<sup>165</sup> **FAGUNDES, S. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Ob. cit. p. 65-73.

<sup>166</sup> **FAGUNDES, S. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Ob. cit. p. 76.

compatível e proporcional para ser válido, caso contrário o ato pode ser anulado pelo Judiciário<sup>167</sup>.

Já o objeto do ato administrativo diz respeito ao seu conteúdo jurídico, a lei estabelece de forma bastante ampla qual o conteúdo jurídico e é dentro dessa amplitude que a autoridade competente vai desempenhar suas atribuições de forma discricionária. Entretanto, se exceder os limites amplos pré-fixados em lei, a ação é ilegal e o ato pode ser anulado<sup>168</sup>. **MOREIRA NETO** defende que o objeto deve ser possível, conforme e eficiente. Se os motivos e o objeto não atenderem a esses requisitos mínimos o judiciário pode rever os atos e anulá-los conforme ensina o autor:

O Judiciário pode, assim, anular atos administrativos discricionários, fundados em inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade e motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e ineficiência de objeto, apenas controlando os limites objetivos do exercício discricionário<sup>169</sup>.

Os atos administrativos devem atingir, ainda, as conseqüências que lei teve em vista quando previu sua prática, ou seja, os atos devem atender aos fins legais previstos. Assim, “a atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas conseqüências, não pode o administrador ao exercê-la, ensejar conseqüências diversas das visadas pelo legislador”<sup>170</sup>. A pena para o não atendimento dos fins legais é a invalidade absoluta, o ato é nulo. No caso, não há discricionariedade na escolha dos fins almejados.

Por fim, a forma “é o conjunto de solenidades que a lei cerca a autorização do ato administrativo, estabelecendo o vínculo aparente entre a manifestação da vontade e o objeto”<sup>171</sup>. Em caso de inobservância ou má observância da forma o ato deverá ser invalidado. A forma também é elemento

---

<sup>167</sup> **MOREIRA NETO, D. F. Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit. p. 60.

<sup>168</sup> **FAGUNDES, S. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Ob. cit. p. 86-87.

<sup>169</sup> **MOREIRA NETO, D. F. Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit. p. 84.

<sup>170</sup> **FAGUNDES, S. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Ob. cit. p. 87.

<sup>171</sup> **FAGUNDES, S. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Ob. cit. p. 90.

vinculado, vem expressa em lei e não permite apreciação discricionária por parte da Administração Pública.

Consoante exposto, os elementos discricionários e que interessam para a discussão deste trabalho são o motivo e o objeto. Nesse mesmo enfoque, cite-se **FAGUNDES**:

(...) a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender.(...) <sup>172</sup>.

O motivo é requisito de validade para todos os atos administrativos, provenientes de todos os Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – como diz **BANDEIRA DE MELLO**. É exigida uma conduta pautada em pressupostos fáticos, nos motivos que autorizaram o ato. Esse elemento estará presente no caso concreto, seria “a demarcação dos pressupostos fáticos cuja ocorrência faz deflagrar *in concreto* a competência que o agente dispõe em abstrato”<sup>173</sup>. Conclui o autor que controle judicial se estende necessariamente aos motivos. Observemos a posição do professor a partir dos ensinamentos de **LAUBADÈRE**:

Nota-se, pois (seja qual for a posição que se adote na matéria) que, de todo sorte, ao Judiciário caberá, quando menos, verificar se a inteligência administrativa se manteve ou não dentro do limite do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos em face à lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo. É que, como diz Laubadère, reportando-se à jurisprudência francesa, a autoridade jurisdicional se reconhece o direito ‘não apenas de perquirir se os motivos legais realmente existiram, mas, ainda, se eram suficientes para justificar a medida editada e se a gravidade dela era proporcionada à importância e às características (...dos fatos...) que a provocaram’<sup>174</sup>.

Essa idéia de **LAUBADÈRE** nos remete aos requisitos mínimos do motivo expostos por **MOREIRA NETO**, quais sejam: existência, suficiência,

---

<sup>172</sup> **FAGUNDES, S. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Ob. cit. p. 91-92.

<sup>173</sup> **BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariade e controle judicial**. Ob. cit. p. 86.

<sup>174</sup> **BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariade e controle judicial**. Ob. cit. p. 92.

adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade. **BANDEIRA DE MELLO** também defende o controle judicial sobre os motivos<sup>175</sup>.

O autor supra mencionado defende, ainda, que mesmo quando a lei não exponha os motivos para a edição do ato a Administração Pública não pode deixar de fazê-lo, não pode expedir um ato sem motivos, sem respaldo e fatos. Não se pode permitir que um ato não tenha motivo, ou que possua qualquer motivo<sup>176</sup>.

Deve-se diferenciar motivo de motivação, vez que é possível que um ato tenha base em certos motivos, mas que a Administração se furte ao expor a motivação do ato. A motivação se refere à justificativa exarada para a prática do ato, o porquê de sua expedição<sup>177</sup>.

Por fim, quanto aos motivos cabe mencionar a “teoria dos motivos determinantes”, segundo a qual quando a Administração Pública expõe os motivos que levaram a prática do ato, estes somente serão válidos se forem reputados verdadeiros. No caso, o Judiciário deve examinar os pressupostos de fato e as provas de sua efetiva ocorrência para atestar a veracidade dos motivos exarados<sup>178</sup>.

Assim, apreende-se que sempre que o motivo for discricionário<sup>179</sup>, sua escolha pertencerá à autoridade administrativa, porém, a motivação é obrigatória, sob pena de anulação do ato. Como mencionado os motivos do ato

---

<sup>175</sup> **MOREIRA NETO, D. F. Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade.**, Ob. cit. p. 84. “O controle dos limites estimula a edição de atos administrativos transparentes, bem travejados, bem motivados, claramente definidos, coerentes, confiáveis, afastando os ‘insindicáveis’, inquietante categoria de atos administrativos que rescendem a ranços positivistas, estatizantes, autoritários e ideológicos, odores que muito se confundem, que sob a proteção de tabus doutrinários, da inércia e da desinformação científica, tanto prosperaram, semeando a dúvida, o temor e a desconfiança na ação administrativa; em síntese: a insegurança jurídica”.

<sup>176</sup> **BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e controle judicial.** Ob. cit. 93-94.

<sup>177</sup> **BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e controle judicial.** Ob. cit. p. 99. “A autoridade necessita referir não apenas a base legal em que se quer estribada mas também os fatos ou circunstâncias sobre os quais se apóia e, quando houver descrição, a relação de pertinência lógica entre seu supedâneo fático e a medida tomada, de maneira a se poder compreender sua idoneidade para lograr a finalidade legal. A motivação é, pois, a justificativa do ato”.

<sup>178</sup> **DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo.** Ob. cit. p. 207.

<sup>179</sup> Segundo **DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** Ob. cit. p. 83-84., haverá discricionariedade quando a lei não definir os motivos, deixando à livre apreciação da Administração e quando os motivos trouxerem noções vagas, com vocábulos plurissignificativos.

são plenamente judiciáveis, de acordo com a doutrina, podem ser revistos pelo Judiciário quando eivados de vícios.

A discricionariedade está presente também no elemento objeto, que diz respeito ao conteúdo do ato, pode ocorrer quando a lei outorga faculdade à autoridade para agir ou quando dá mais de uma opção dentro da qual se pode agir. A Administração pode ainda ter a opção de agir ou não agir, ressaltando daí a questão da oportunidade do ato.

A partir de **DI PIETRO** é possível afirmar que o objeto também possui certos requisitos mínimos para ser válido: a) o objeto deve ser lícito, de acordo com o disposto em lei; b) deve ser possível, podendo se realizar no mundo fático e jurídico; c) deve ser certo, definido, determinado; d) o objeto deve ser moral, em consonância com os padrões comuns<sup>180</sup>. **MOREIRA NETO** aponta os requisitos mínimos do objeto de forma um pouco diversa, consoante já destacado, para ele o objeto deve ser possível, conforme e eficiente.

Portanto, estando presente a discricionariedade na escolha do objeto ou conteúdo do ato, a Administração deve respeitar os requisitos mínimos. Se for extrapolado o conteúdo legal ou o razoável, cabe ao Judiciário avaliar o caso concreto.

Deve-se falar ainda da questão atinente à finalidade do ato. Como mencionado a finalidade é vinculada, o ato deve atender a finalidade expressa em lei, porém, **DI PIETRO** distingue finalidade em sentido amplo e restrito. No primeiro, a finalidade é sempre o interesse público; no segundo, a finalidade é o resultado específico que cada ato se destina a produzir. Em sentido amplo a finalidade seria discricionária, vez que a lei não estabelece os critérios objetivos que permitam determinar com precisão quais fins devem ser atingidos. Já no sentido restrito a finalidade seria plenamente vinculada, pois a lei já traz os resultados que devem ser obtidos<sup>181</sup>.

No caso de desrespeito ao fim legal, seja ele considerado em sentido amplo ou restrito, há desvio de poder<sup>182</sup> e o ato será ilegal.

---

<sup>180</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 195.

<sup>181</sup> **DI PIETRO**, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 203.

<sup>182</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, C. A. **Discricionariedade e controle judicial**. Ob. cit. p. 63. *“O desvio de poder, com alheamento a qualquer finalidade pública, é um vício que encontra espaço para medrar precisamente quando o agente público está no exercício de competência discricionária.*

Não obstante, a doutrina aponta a finalidade como ato vinculado, por isso, a Administração esta totalmente vinculada aos fins públicos.

A fim de atestar o controle judicial sobre os vícios de discricionariedade, é adequado expor os ensinamentos de **MORAES**:

Em suma, o controle jurisdicional do exercício da discricionariedade de efeitos, seja de decisão – entre agir ou não agir, seja de escolha – entre mais de uma conduta, dentre uma serie limitada pré-fixada na norma (discricionariedade optativa) ou dentre uma serie ilimitada não pré-fixada normativamente, porem, aceita pelo Direito (discricionariedade criativa), será possível ao juiz determinar substituição do ato administrativo anulado por outro nas situações em que há a redução da discricionariedade a zero<sup>183</sup> símiles às ilustrações indicadas<sup>183</sup>.

Após o exame dos vícios de discricionariedade, passemos a finalidade e a importância do controle judicial sobre esses vícios.

### 3.3. IMPORTÂNCIA E FINALIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Vimos que o controle judicial dos atos administrativos não se pauta, hodiernamente, apenas na legalidade estrita, que tem como fundamento os princípios constitucionais, os princípios gerais do direito (princípios constitucionais implícitos) e as regras jurídicas.

Expomos também que o mérito da decisão administrativa, ou seja, o cerne subjetivo ou político é infenso ao Poder Judiciário. Não obstante, alguns autores entendam pela possibilidade de análise do mérito em caso de arbitrariedade.

Também procedemos a averiguação da questão dos vícios de discricionariedade a partir dos elementos do ato administrativos e a possibilidade de controle jurisdicional sobre esses vícios.

A doutrina que entende pela sindicabilidade do mérito (não absoluta) pretende-se atingir a chamada “redução da discricionariedade a zero”, filia-se a

---

*A doutrina caracteriza genericamente o desvio de poder como ilegitimidade específica desta categoria de atos nos qual a administração dispõe de certa liberdade. No desvio de poder, praticado com fins alheios ao interesse público, a autoridade, invocando sua discricionariedade administrativa, arroja-se à busca de objetivos inconfessáveis. É bem de ver que o faz disfarçadamente, exibindo como capa do ato algum motivo liso perante o direito”.*

<sup>183</sup> **MORAES, G. O. Controle jurisdicional da administração pública.** Ob. cit. p. 162.

essa posição **BANDEIRA DE MELLO**. Para ele, em cada caso concreto haverá apenas uma solução ótima, apenas uma solução poderá ser reputada como perfeita para aquele caso específico, individualizado e concretamente considerado. Com isso o professor quer dizer que de fato não há discricionariedade administrativa, pois se apenas uma solução se apresenta como ótima, não há porque ter escolha. A posição do autor pode ser explicada no seguinte trecho:

A discricção, (...), é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Procurar-se-á demonstrar que quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal. (...), a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, a única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei<sup>184</sup>.

No mesmo sentido, para **MORAES** “a possibilidade de escolha se elimina quando não há entre as opções senão uma única decisão que não apresenta qualquer vício de discricionariedade enquanto todas as demais estariam viciadas”<sup>185</sup>.

Embora haja essa teoria de redução da discricionariedade a zero não é possível entender desse modo. Como menciona **GUERRA**, a discricionariedade não é um mal da Administração Pública, tampouco uma ofensa ao Estado Democrático de Direito, mas sim uma forma de melhor decidir no caso concreto, tendo em vista a impossibilidade de que o legislador preveja tudo<sup>186</sup>.

De outro vértice, o controle judicial sobre os atos administrativos não se trata de uma absoluta invasão de esferas de poder que prejudica a autonomia e as funções do Estado, mas de um veículo de transparência e respeito aos

---

<sup>184</sup> **BANDEIRA DE MELLO**, C. A. **Discricionariedade e controle judicial**. Ob. cit. p. 32-33.

<sup>185</sup> **MORAES**, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. Ob. cit. p. 162.

<sup>186</sup> **GUERRA**, S. **Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Ob. cit. p. 25.

direitos subjetivos dos administrados que permite uma maior segurança jurídica.

De qualquer modo, seja na liberdade concedida à Administração, seja na possibilidade de controle inerente ao Poder Judiciário, esses “deveres-poderes” devem ser exercidos com parcimônia e responsabilidade, a fim de efetivar os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é notória a relevância do controle judicial e ele deve existir sempre que o ato administrativo se mostrar ilegal, viciado ou até mesmo arbitrário. Todavia, consoante será demonstrado no capítulo seguinte através de análises de julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a questão dos medicamentos, mesmo o controle judicial deve ser visto com cuidado para evitar que se inviabilizem as decisões administrativas sobre distribuição de recursos e desenvolvimento das políticas públicas.



## 4. CAPÍTULO III - CONTROLE JUDICIAL DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

### 4.1. CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO: O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A sindicabilidade das decisões administrativas tem crescido ano a ano, consoante demonstrado nesse trabalho. Cada vez mais o Poder Judiciário é convocado para resolver questões que não obtiveram o deslinde desejado pelo cidadão na seara administrativa. Na mesma direção tem se avolumado o número de doutrinadores que defendem esse maior controle entre os Poderes do Estado.

Isso não é diferente na questão do fornecimento de medicamentos pelo Estado. Nos últimos anos as demandas vêm se avultando. Frequentemente os cidadãos ingressam com ações nas mais variadas instâncias do Judiciário para reclamar o fornecimento de alguma espécie de medicamento não concedida administrativamente pelo Estado.

Esse tipo de demanda envolve a questão das decisões difíceis, ou seja, decisões que compreendem não só manutenção da vida humana, mas temas como a reserva do possível, a reserva parlamentar em matéria orçamentária<sup>187</sup> e os custos dos direitos<sup>188</sup>. Por essas razões as decisões se

---

<sup>187</sup> **SARLET**, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 11. set./out./nov., 2007. Disponível na internet em, <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15/08/2009. p. 13.

<sup>188</sup> **NABAIS**, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. In Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, n.1, jan./mar.2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 163-165. *“Ora bem, num estado de direito democrático, como são ou pretendem ser presentemente os estados actuais, podemos dizer que encontramos basicamente três tipos de custos lato sensu que o suportam. Efectivamente aí encontramos custos ligados à própria existência e sobrevivência do estado, que se apresentam materializados no dever de defesa militar. Aí encontramos custos ligados ao funcionamento democrático do estado, que estão consubstanciados nos deveres de votar, seja de votar na eleição de representantes, seja de votar directamente questões submetidas a referendos. E aí encontramos, enfim, custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos concretizados portanto no dever de pagar impostos. (...). Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, (...). Na*

tornam complexas e levantam pontos relevantes sobre a legitimidade do poder Judiciário para intervir nas políticas públicas delimitadas pelos governantes.

A discussão judicial do fornecimento de medicamentos pelo Estado também envolve a noção de discricionariedade administrativa e de controle judicial dos atos administrativos, além de levantar pontos extremamente delicados em torno da questão da saúde pública no Brasil.

As normas constitucionais passaram a desfrutar de aplicabilidade direta pelos juízes e tribunais, perdendo seu caráter de documento estritamente político, e a jurisprudência a cerca do direito à saúde e do fornecimento de medicamentos é um exemplo marcante disso<sup>189</sup>.

Para melhor desenvolvimento do tema será exposta uma breve apresentação do direito à saúde e de sua posição como política pública e, mais especificamente, sobre a distribuição de medicamentos.

#### 4.1.1 Direito à saúde e políticas públicas

O direito à saúde encontra-se previsto no art. 6º<sup>190</sup> da Constituição Federal, sob o título dos direitos sociais e encontra-se disposto entre os artigos 196 e 200, sob o Título VIII Da Ordem Social, Seção II Da Saúde. O direito à saúde é considerado como direito fundamental da pessoa humana, direito integrante da categoria dos direitos sociais<sup>191</sup>.

---

*verdade, os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exacta medida dessas despesas”.*

<sup>189</sup> **BARROSO**, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <[www.lrBARROSO.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf](http://www.lrBARROSO.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf)> acesso em: 15/08/2009. p. 3.

<sup>190</sup> “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>191</sup> **SARLET**, I. W. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Ob. cit. p. 7. “Como direito fundamental da pessoa humana (e não apenas os brasileiros e estrangeiros residentes no país) o direito à saúde tem sido considerado como um direito social, integrando, portanto, a assim denominada segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, que marcou a evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa, para um novo modelo de Estado e Constituição que se convencionou denominar de Estado Social (ou Estado Social de Direito)”.

Não obstante o dispositivo constitucional, discute-se a inclusão dos direitos sociais (não só da saúde, mas dos demais direitos sociais como a educação, a moradia, etc.) na categoria dos direitos fundamentais. Isso ocorreria porque os direitos sociais dependem, para sua efetividade, de recursos materiais e humanos, ou seja, não são como os direitos fundamentais clássicos como a liberdade e a igualdade. Entretanto, por mais que haja posições contrárias ao direito à saúde como direito fundamental, a Constituição vigente, bem como o direito constitucional contemporâneo e o direito internacional, elevam a saúde como direito fundamental digno de proteção constitucional<sup>192</sup>.

Segundo **SARLET** a fundamentalidade dos direitos decorre de três elementos: a) os direitos fundamentais são normas de superior hierarquia dentro do texto constitucional; b) por estarem no ápice do ordenamento os direitos fundamentais estão submetidos a limites formais e materiais de reforma constitucional e; c) consoante dispõe o art. 5º os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam o Estado e os particulares. De acordo com o autor, todos esses elementos estariam presentes no direito à saúde o que atribui a ele o caráter de direito fundamental<sup>193</sup>.

Para o autor supra citado o direito à saúde tem caráter de “norma-princípio”, a qual constitui um mandado de otimização que impõe ao Estado a necessidade de efetivação desse direito, o qual possui uma dimensão negativa e outra positiva. A primeira não se refere a algo que o Estado deva fornecer aos cidadãos, mas apenas que a saúde encontra-se protegida de qualquer agressão de terceiros. Já na dimensão positiva (para a qual esse trabalho dá ênfase) revela a possibilidade de o titular do direito à saúde exigir uma prestação efetiva do poder público que assegure uma prestação material, tal como o fornecimento de medicamentos.

---

<sup>192</sup> **SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.** Ob. cit. p. 1-3.

<sup>193</sup> **SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.** Ob. Cit. p. 3-4.

Com base no disposto no artigo 196<sup>194</sup> da Constituição da República é possível afirmar que além de direito fundamental, o direito à saúde também é dever do Estado e do administrador<sup>195</sup>. Esse envolve um dever jurídico de cunho essencialmente prestacional que exige a participação do Estado na efetivação dos direitos através de políticas públicas<sup>196</sup>.

Através da implementação das políticas públicas do Estado é possível apreender a forma como são geridos os recursos; e só através da implementação de ações e programas conscientes na área da saúde o Estado pode atender as demandas da sociedade. Nesse sentido, **BARCELLOS**:

Nesse contexto compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral. Para isso, será necessário implementar ações e programas dos mais diferentes tipos e garantir a prestação de determinados serviços. Em suma: será preciso implementar o que se descreveu acima como políticas públicas. É fácil se perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais cuja fruição direta depende de ações<sup>197</sup>.

De acordo com a autora as políticas públicas são essenciais para a efetivação dos direitos fundamentais. No caso da saúde, em especial, essas políticas envolvem gastos públicos e tendo em vista que os recursos não são ilimitados, é sempre necessário estabelecer prioridades para o dinheiro público que será investido.

---

<sup>194</sup> 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>195</sup> **MOREIRA NETO, D. F. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual.** In Revista de direito do estado n.1 (jan./mar. 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 110. “(...) o administrador tem o dever weberiano de satisfazer o interesse público para a cura do qual prestou-se a atuar na qualidade de órgão ou de agente público, pois, como ninguém está obrigado a gerir a coisa pública, se espontaneamente alguém a isso se dispõe, há de se lhe exigir um desempenho superior ao que teria no trato de seu próprio interesses privados”.

<sup>196</sup> **BUCCI, M. P. D. As políticas públicas e o direito administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público n. 13, 1996. p. 135. Políticas Públicas representam, lato sensu, “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando às atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

<sup>197</sup> **BARCELLOS, A. P. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico do espaço democrático.** In Revista de direito do Estado. N. 3 (jul./set. de 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

A questão é definir quanto se deve gastar de recursos públicos e com o que, ou seja, determinar a finalidade desses recursos. Essas são decisões democráticas e não dos magistrados. Aqui ingressa a questão já discutida da legitimidade democrática, dos representantes eleitos, da discricionariedade e do controle judicial das decisões administrativas<sup>198</sup>. Nesse Sentido, **DIAS**:

(...) Com relação ao direito à saúde, como decorrência do direito à vida, é forçoso reconhecer que há uma pluralidade de meios de o efetivar, gozando o legislador e a Administração de um 'relativo espaço de discricionariedade'; no entanto, há determinantes constitucionais que operam uma vinculação dos poderes públicos à garantia e à proteção de tal direito, escolhendo um meio para torná-lo efetivo, dentre os possíveis meios existentes. (...). É de se reconhecer, portanto, a 'justiciabilidade' do direito fundamental à saúde quando seu núcleo estiver em risco ou quando o Executivo e o Legislativo não usarem bem ou abusarem da discricionariedade que detêm nesse campo<sup>199</sup>.

Com o excerto acima se percebe que o tema da saúde e do fornecimento de medicamentos possui perfeita simetria com matéria objeto de análise desse trabalho, revelando a ligação da teoria com a prática judicial do controle dos atos administrativos.

As particularidades do controle judicial das políticas públicas serão tratadas no tópico seguinte sobre o fornecimento de medicamentos, que é o ponto central desse capítulo.

---

<sup>198</sup> **BARCELLOS, A. P. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico do espaço democrático.** Ob. cit. p. 29. A autora aponta questões essenciais na discussão do tema, vejamos: "(...) não seria paternalista e presunçoso imaginar que os juristas, e os juízes, tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas que os agentes públicos encarregados dessa função? Note-se que não se cuida aqui apenas da questão da legitimidade democrática, mas da legitimidade essencial. Seriam os juristas mais sábios, teriam um acesso diferenciado ao conhecimento do que é bom ou adequado nesse particular? Seriam mais éticos ou mais comprometidos com o interesse públicos? Essa espécie de preposição – associada, inevitavelmente, à idéia de uma aristocracia governante ou dos reis-filosóficos – não violaria o fundamento básico dos Estados republicanos, por força do qual, no âmbito da sociedade política, se entende que a opinião de todos tem o mesmo valor.(...)".

<sup>199</sup> **DIAS, Eduardo Rocha. Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 341-342.

#### 4.1.2 O fornecimento de medicamentos e controle judicial

Como destacado anteriormente, o art. 196 da Constituição assinala o direito à saúde como dever do Estado, ou seja, fica a cargo do poder público o atendimento às necessidades básicas de saúde. A saúde, segundo **LEAL** é reflexo do mínimo existencial da dignidade da pessoa humana:

Justifica-se tal postura em face de que a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a constituir o que chamo de indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial, porque se afigura como uma das condições indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>200</sup>.

Nesse mínimo existencial encaixa-se o fornecimento de medicamentos pelo Estado, que deve prover os remédios necessários para o tratamento das doenças em pessoas hipossuficientes<sup>201</sup>.

Existe legislação específica sobre o tema, trata-se da Lei Federal nº 8.080/90 que regulamenta o art. 196 da Constituição e em seus artigos 6º e 7º<sup>202</sup> garante a assistência farmacêutica e a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência.

De outro vértice a Portaria nº 3.916/98 (Anexo I) do Ministério da Saúde estabeleceu a *Política Nacional de Medicamentos*. Essa Portaria estabelece o modo de distribuição de atividades entre os entes federativos que, segundo o

---

<sup>200</sup> **LEAL**, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional**. In Revista de direito do estado. N. 8 (out./dez. 2007). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92.

<sup>201</sup> Mais adiante, na análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, será destacada a relevância dada pela Corte para a carência financeira dos pacientes.

<sup>202</sup> “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): (...) d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;(...)”. Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;(...)”.

texto, devem trabalhar em colaboração, elaborando listas de medicamentos a serem distribuídos à população.

À União compete a formulação da Política Nacional de Medicamentos, bem como a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). Já à União e aos Estados conjuntamente compete a distribuição de medicamentos de caráter excepcional e de alto custo, enquanto aos Municípios é atribuída a organização da lista de medicamentos essenciais e a prestação de assistência farmacêutica básica<sup>203</sup>.

Inclusive, vale mencionar a Lei Federal nº 9.313/96<sup>204</sup> que dispõe sobre o fornecimento de medicamentos para os Portadores do vírus HIV e que, segundo **SARLET** pode-se afirmar, com base nessa legislação, que não há nenhum óbice à determinação judicial de fornecimento de medicamentos pelo Estado<sup>205</sup>.

Com fulcro nessas legislações e na Política Nacional de Medicamentos, defendemos a posição de **BARROSO**, qual seja:

(...), não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca a entrega de medicamentos à população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na

---

<sup>203</sup> **BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Ob. cit. p. 17-19.

<sup>204</sup> “Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

Art.3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.”

<sup>205</sup> **SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.** Ob. cit. p. 14.

matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes<sup>206</sup>.

Fica claro que há uma mobilização do Poder Público no sentido de estabelecer uma política de distribuição racional de medicamentos, vez que existe uma lista (RENAME) dos medicamentos fornecidos, a qual é atualizada constantemente (talvez não com a constância necessária devido à falta de recursos públicos), visando o atendimento à população carente. No entanto, as demandas judiciais são, em sua maioria, destinadas a obter medicamentos que não estão nas listas públicas (ou por falta de atualização, ou porque o medicamento ainda não restou finalmente testado).

Segundo **LEAL**, se a Administração Pública não estabelece políticas públicas razoáveis para atender às demandas sociais de fornecimento de medicamentos, então essa negativa deveria resolver-se através de discussão judicial, ao menos nos casos em que o risco de morte é tamanho que exija essa intervenção. Todavia, se essa essencialidade não for considerada, a satisfação de um problema pode inviabilizar a solução de centenas de casos tão legítimos quanto este, tendo em vista que os recursos financeiros e materiais do Estado são limitados<sup>207</sup>.

Não se pode negar que as decisões do Judiciário que ordenam o fornecimento de medicamentos não disponibilizados pela rede pública geram elevada onerosidade aos cofres públicos. Abre-se um precedente individual que retém os recursos públicos e eventualmente podem vir a ocupar os recursos destinados ao tratamento de outras patologias, ocasionando o comprometimento na realização das políticas públicas. Nesse sentido, o fornecimento judicial de medicamentos pode ocasionar o “efeito multiplicador”, que ocorre, segundo **ARAÚJO**, quando “pacientes em igual situação pleiteiam o fornecimento do mesmo medicamento e nos moldes da decisão precedente,

---

<sup>206</sup> **BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Ob. cit. p. 20.

<sup>207</sup> **LEAL, R. G. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional.** Ob. cit. p. 94.



gerando desequilíbrio na prestação do serviço de saúde pública, além de importar grande dispêndio de recursos públicos”<sup>208</sup>.

Os argumentos mais comuns para refutar a análise do Judiciário são o princípio da reserva do possível e a reserva parlamentar em matéria orçamentária. O fornecimento de medicamentos é um direito de dimensão econômica, que implica a disponibilidade de recursos financeiros e materiais, por essa razão fica na dependência de recursos financeiros para sua efetivação. Porém, os recursos financeiros são escassos e as necessidades da população ilimitadas, por isso haveria limites fáticos à concretização dos direitos que representa a reserva do possível.

De outro vértice, a reserva parlamentar em matéria orçamentária, que diz respeito aos limites jurídicos do fornecimento de medicamentos, se refere ao fato de que os medicamentos concedidos judicialmente não estão previstos no orçamento dos entes públicos, o que ocasionaria uma impossibilidade jurídica ante a previsão orçamentária prévia<sup>209</sup>.

Conforme destaca **SARLET**, embora esses limites fáticos e jurídicos existam e sejam uma relativização na efetivação de direitos, não se pode relevar o direito à vida dos cidadãos e a proteção de um bem tão essencial, principalmente se a medida necessária for de caráter emergencial<sup>210</sup>.

Em sentido contrário, **BARROSO** diz que o atendimento às necessidades imediatas do jurisdicionado impede, globalmente, a otimização das políticas públicas na área a saúde, causando uma desorganização da Administração Pública, o que dificulta a capacidade de planejamento e prejudica a eficiência no atendimento aos cidadãos<sup>211</sup>.

O problema das decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos surge quando o Judiciário, a título de defesa dos direitos

---

<sup>208</sup> **ARAÚJO**, José Henrique Mota. **Suspensão de decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos: um tema de variação interpretativa**. In Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) n. 58 (jan. 2008). São Paulo, 2008. p. 17.

<sup>209</sup> **SARLET**, I. W. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Ob. cit. p. 11-13.

<sup>210</sup> **SARLET**, I. W. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Ob. cit. p. 13.

<sup>211</sup> **BARROSO**, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Ob. cit. p. 25.

fundamentais, comete excessos e inconsistências que prejudicam o sistema de distribuição de medicamentos. **BARROSO** apresenta o resultado dessa posição:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade – bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa associados a terapias alternativas<sup>212</sup>.

Destaque-se que o autor não é contrário à intervenção do Judiciário nos casos de efetivação do direito à saúde e, particularmente, no fornecimento de medicamentos, entretanto, sua posição repudia a intervenção excessivamente invasiva da competência de outros Poderes e as decisões com respaldo emocional e sem bases científicas.

Com fulcro nesses argumentos **BARROSO** faz algumas críticas à jurisprudência brasileira, quais sejam:

- a) A norma do direito à saúde é norma programática e o dispositivo deixa claro que a garantia do direito deverá ser implementada através de políticas sociais e econômicas e não por meio de decisões judiciais;
- b) Não se pode conceber, como querem alguns Juízes, que o problema se resume a mera interpretação dos preceitos constitucionais, quando na verdade envolve inúmeras questões fáticas e científicas;
- c) O repúdio a questão da falta de legitimidade democrática dos magistrados para determinar a finalidade dos recursos;
- d) A reserva do possível – “Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros”;

---

<sup>212</sup> **BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Ob. cit. p. 3.**

- e) As decisões judiciais em matéria de medicamentos provocariam desorganização da Administração Pública;
- f) O Judiciário não domina o conhecimento científico para definir políticas de distribuição de medicamentos<sup>213</sup>.

Com a exposição dessas críticas não se quer refutar o controle judicial, vez que se trata de uma das formas de controle da Administração Pública para que não se desvie dos objetivos previstos no ordenamento. O controle reflete um conjunto de mecanismo que revela que o poder estatal é limitado e condicionado<sup>214</sup>.

No que toca ao direito à saúde e as políticas públicas, deve-se reconhecer uma esfera de atuação própria da Administração Pública. Vejamos a posição de **SUNDFELD, MOTTA PINTO e CÂMARA**:

Desse modo, deve-se reconhecer à Administração, de cuja ação depende a efetivação dos direitos estipulados em políticas públicas, uma esfera de atuação própria, cuja relevância nem sempre é destacada. O bom encaminhamento de uma política social de saúde depende, primordialmente, de escolhas daqueles que estão encarregados de dar-lhe cumprimento. Será ilusório imaginar que este exercício já tenha sido feito na lei ou possa ser sacado, unívoca e inequivocadamente. Há, inegavelmente, opções e decisões, muitas delas discricionárias, a serem feitas pela Administração<sup>215</sup>.

Assim, permanece presente também na discussão da efetivação do direito à saúde e do fornecimento de medicamentos a discricionariedade administrativa, embora passível de controle judicial em caso de extrapolação de competência, desvio de função ou abuso de poder.

Com o fito de manter presente a importante função de controle do Judiciário no fornecimento de medicamentos, **BARROSO** expõe alguns parâmetros que devem ser seguidos, quais sejam:

---

<sup>213</sup> **BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Ob. cit. p. 21-27.

<sup>214</sup> **SUNDFELD, Carlos Ari; MOTTA PINTO, Henrique; CÂMARA, Jacinto Arruda. Controle judicial da Administração.** Direito Administrativo: uma introdução ao direito administrativo (Série GVLaw). São Paulo: Saraiva, 2008. p. 63.

<sup>215</sup> **SUNDFELD, C. A.; MOTTA PINTO, H.; CÂMARA, J. A. Controle judicial da Administração.** Ob. cit. p. 78.

- a) Nas ações individuais, a atuação dos juízes deve se fixar na efetivação da distribuição dos medicamentos que constam nas listas dos poderes públicos;
- b) Nas ações coletivas deve-se buscar a alteração das listas de medicamentos elaboradas pelos entes federativos;
- c) O Judiciário só pode autorizar a inclusão de medicamentos com eficácia comprovada, não permitindo a inclusão de medicamentos experimentais ou alternativos;
- d) Deve-se optar por medicamentos disponíveis no país;
- e) Deve-se sempre dar preferência aos produtos genéricos e de menor custo;
- f) O medicamento deve ser indispensável para a manutenção da vida do paciente;
- g) O ente federativo que deve fazer parte da ação é aquele responsável pela lista na qual consta o medicamento<sup>216</sup>.

Do exposto pode-se concluir que com base em alguns critérios mínimos as questões envolvendo o fornecimento de medicamentos podem ser discutidas no Judiciário, desde que se conduza o tema com a maior seriedade e com base em parâmetros respaldados cientificamente.

Não se pode permitir uma invasão excessiva na seara administrativa, tendo em vista que a distribuição racional de medicamentos permite que o sistema funcione de maneira mais adequada e consentânea com as necessidades da população carente.

No tópico seguinte será exposta a posição do Supremo Tribunal Federal, destacando as críticas doutrinárias sobre essas decisões.

#### 4.1.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

É defensável a prestação jurisdicional de medicamentos ou prestações na área de saúde quando o indeferimento da demanda puder causar dano

---

<sup>216</sup> **BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Ob. cit. p. 28-34.

irremediável à vida, para tanto é necessário efetuar um sopesamento de princípios e valores<sup>217</sup>.

Como mencionado acima, em um Estado Democrático de Direito não é possível afastar completamente o controle do Judiciário sobre as decisões do Executivo, seja com base no disposto no art. 5º inciso XXXV, seja pela concepção de razoabilidade e justiça. Todavia, esse controle, que em última *ratio* representa uma intervenção, deverá ater-se aos limites do razoável, principalmente no caso ora discutido do fornecimento de medicamentos, tendo em vista todas as peculiaridades já apontadas. Não se trata de um problema que pode ser resolvido em termos de tudo ou nada<sup>218</sup>, exige sopesamento e conhecimento científico.

Por isso é necessário analisar julgados da mais alta Corte do nosso país para sedimentar a matéria, porém, para evitar a reprodução pura e simples de acórdão e decisões democráticas, será introduzida a crítica doutrinária apta (a nosso ver) a oferecer um contraponto.

Em decisão proferida em 29 de abril de 2004, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (Anexo II), na qual declara ser possível a convivência entre a reserva do possível e o mínimo existencial, além de reconhecer a possibilidade de controle judicial nas políticas públicas de saúde. Todavia fixam duas condições que devem estar presentes simultaneamente: “inicialmente, a razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida em face do Poder Público; em segundo lugar, a existência de disponibilidade financeira”<sup>219</sup>.

Apreende-se, portanto, que o Supremo admite amplamente o controle judicial nas demandas de direitos sociais, como o direito à saúde e,

---

<sup>217</sup> DIAS, E. R. **Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos**. Ob. cit. p. 339.

<sup>218</sup> LEAL, R. G. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional**. Ob. cit. p. 97. *“E por que não se pode resolver tal matéria em termos de tudo ou nada? Pelo fato de que ela envolve um outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integrada em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras de receitas e despesas públicas, etc. Todos estes condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição”*.

<sup>219</sup> DIAS, E. R. **Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos**. Ob. cit. p. 340.

especialmente, na questão dos medicamentos, afastando, assim, o dogma da Separação dos Poderes como óbice à concretização dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal afasta todas as alegações expostas no tópico anterior que limitam a possibilidade de controle das políticas públicas. Refuta a idéia da reserva do possível, procedendo até mesmo a determinação de bloqueio de verbas do poder público em alguns casos<sup>220</sup>. Também não aceitam a tese de que o direito à saúde é norma programática de conteúdo aberto, tampouco o argumento de não ser um órgão democraticamente eleito para decidir sobre políticas públicas<sup>221</sup>. Vejamos a ementa de um acórdão que admite completamente o controle judicial:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - 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, 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 imposterável dever, por um gesto irresponsável de

<sup>220</sup> **Agravo De Instrumento nº 699767 / RS** - Rio Grande Do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 23/04/2008. Publicação: DJe-080 06/05/2008.

<sup>221</sup> **DIAS, E. R. Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos.** Ob. cit. p. 340-341.

infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes 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. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes<sup>222 223</sup>.(grifo nosso).

Como se pode perceber pelos trechos destacados do acórdão o Supremo defende a efetivação judicial do direito à saúde em caso de inércia do poder público em suprir as necessidades da população. Considera o fornecimento de medicamentos como dever do Estado em respeito ao direito à vida e à integridade física, direitos indisponíveis e assegurados pela Constituição.

O acórdão dispõe que o Poder Público deve velar pelas “políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”. Destaca o dever de promover a implementação da saúde.

Na verdade o Estado assume esse dever, tanto é que possui uma portaria (Anexo I) que fixa a Política Nacional de Medicamentos com a distribuição racional de insumos farmacêuticos. O Poder Público não se furta desse dever, porém, pela falta de recursos, falta de atualização da lista e motivos diversos fazem com que nem todos os tratamentos necessários

<sup>222</sup> **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 393175/RS** - Rio Grande Do Sul . Relator(a): Min. Celso De Mello. Julgamento: 12/12/2006 . Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 02-02-2007 pp-00140 - ement vol-02262-08 PP-01524.

<sup>223</sup> Julgados no mesmo sentido: (AI 656868 – AgR - JULG-04-09-2007 - UF-RS - TURMA-02 - MIN-EROS GRAU. DJ 28-09-2007 PP-00080 EMENT VOL-02291-13 PP-02616); (AI 660953 - AgR - JULG-04-09-2007 UF-RS - TURMA-02 - MIN-EROS GRAU. DJ 28-09-2007 PP-00080 EMENT VOL-02291-15 PP-02903); (AI 661699 AgR - JULG-04-09-2007 - UF-RS - TURMA-02 - MIN-EROS GRAU. DJ 28-09-2007 PP-00063 EMENT VOL-02291-15 PP-02934).

estejam a disposição da população, o que acarreta a necessidade do ingresso em juízo para a obtenção dos remédios necessários.

Outro ponto que deve ser frisado no acórdão é o fornecimento gratuito a pessoas destituídas de recursos financeiros, às pessoas carentes. Esse ponto é essencial nesse tipo de demanda. Como os recursos financeiros e materiais são escassos, deve-se priorizar o atendimento da faixa da população que não possui condições de adquirir os medicamentos sem prejudicar o seu sustento e de sua família.

Nessa discussão deve-se opor outra dúvida: se o direito à saúde é um direito fundamental, previsto constitucionalmente, então esse é um direito de todos e não somente dos cidadãos carentes, como resolver essa questão? Na verdade, seria excelente se o poder público pudesse prover toda a assistência de saúde familiar para todas as famílias do país, entretanto, nas condições que vivemos essa idéia é utópica e irreal, por isso, O Pretório Excelsior deu preferência àqueles desprovidos de recursos financeiros para arcar com tratamentos custosos.

De outro vértice, pode-se perceber nessa decisão as características “extravagantes e emocionais” apontadas no trecho citado das idéias de **BARROSO**<sup>224</sup>, principalmente no fragmento que diz: “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”. A realidade é mais complexa que isso, cite-se **BARROSO** para esclarecer a idéia:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais servirá à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Vide nota 216.

<sup>225</sup> **BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Ob. cit. p. 26.



O que se quer com esses argumentos contrários ao julgado é proporcionar um contraponto necessário entre as ações individuais de fornecimento de medicamentos e o quadro geral da saúde pública. O fato é que o Juiz não tem condições de avaliar nas demandas individuais a realidade da ação estatal como um todo. Voltado para o caso concreto, o que **BARCELLOS** chama de micro-justiça, o juiz ignora a necessidade de bem gerenciar os gastos públicos que são limitados, quando as demandas individuais são ilimitadas. Assim, mesmo legítimo o controle jurisdicional, nesse caso o juiz não possui o conhecimento técnico imprescindível para evitar distorções no sistema<sup>226</sup>.

O que se defende, a partir das idéias de **BARROSO**<sup>227</sup>, é a maior difusão das ações coletivas para tratar de medicamentos, principalmente para a inclusão dos medicamentos essenciais às listas do poder público. Para tanto, a legitimidade pertence, essencialmente, ao Ministério Público. Vejamos um exemplo de legitimidade ativa o Ministério Público reconhecida no julgado do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>228</sup>.

Desta forma, com base em critérios firmes, razoáveis e proporcionais deve-se realizar o controle judicial das decisões administrativas, sem perder de vista os problemas e a realidade social do nosso país.

---

<sup>226</sup> **BARCELLOS, A. P. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico do espaço democrático.** Ob. cit. p. 34.

<sup>227</sup> Vide nota 215.

<sup>228</sup> **Ag.Reg.No Recurso Extraordinário nº 554088/ SC** - Santa Catarina. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 03/06/2008 . Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 - EMENT VOL-02324-06 PP-01237 - RCJ v. 22, n. 142, 2008, p. 90-91.

O Direito Administrativo contemporâneo deve respeitar os conceitos seculares, de bases sólidas, sem desatender os avanços democráticos do conhecimento. A discricionariedade administrativa não é mais um dogma do direito, nem o controle judicial a solução para todos os problemas da Administração Pública e isso fica ainda mais claro na discussão do fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para fins de estudo desse trabalho, uma análise mais detida da discricionariedade administrativa foi absolutamente necessária para a compreensão do controle judicial dos atos administrativos. Foi dito que a discricionariedade não apresenta conceito unívoco ao longo do tempo. Mas, várias mudanças, em seu âmbito de abrangência, de acordo com um ou outro modelo de Estado e a concepção de legalidade presentes neles.

Somente pode-se falar em discricionariedade verdadeira e própria, a partir do Estado de Direito, que teve como princípio central a legalidade e separação de poderes, oferecendo uma maior limitação do poder. A discricionariedade, que até então era ampla e irrestrita no Estado de Polícia, sofre estreitamento com o Estado de Direito. Durante esse modelo, cabia à Administração a aplicação mecânica da lei, sem maior integração.

O liberalismo exacerbado desta época, fez com que fosse necessário surgimento de novo modelo de Estado, o Estado do Bem-Estar Social. Com esse novo modelo, o princípio da legalidade e, conseqüentemente, a discricionariedade sofreram mudanças significativas. No Estado do Bem-Estar social exigiu-se atuação positiva do Estado na concretização dos direitos dos cidadãos, o que acarretou o aumento da máquina estatal, e maior poder ao Executivo. Com isso, a discricionariedade teve aumento correspondente.

Após os fracassos desse modelo, surgiu o Estado Democrático de Direito, que se mantém, atualmente. O qual conserva a discricionariedade administrativa, mas a subordina aos preceitos constitucionais impondo limites ao exercício do instituto visando à concreção dos direitos.

O efeito desses limites constitucionais é a ampliação do controle jurisdicional sobre os atos administrativos. Surge, assim, o chamado princípio da juridicidade da administração, que defende a submissão dos atos administrativos ao direito, não apenas à legalidade, tal como exposto de acordo com a doutrina de **MORAES** e **ROCHA**.

Perpassado esse caminho chegamos ao conceito de discricionariedade administrativa. Foi adotado para fins de estudo do presente trabalho o conceito de **MORAES**. Porém, há uma idéia geral e simples sobre o instituto que merece ser mencionada: trata-se da possibilidade de escolha nas decisões da

Administração Pública, entre duas ou mais possibilidades juridicamente válidas; ou ainda, se reflete na atribuição de um dever poder da Administração Pública, de decidir de acordo com a sua avaliação qual a melhor solução para o caso concreto.

Na análise do conceito, existem autores como **BANDEIRA DE MELLO** e outros, que pretendem reduzir a discricionariedade a zero, como vimos tal possibilidade não é recomendável, tendo em vista que a discricionariedade administrativa é uma virtude do sistema que visa dar maior elasticidade ao atuar da Administração Pública, e conseqüentemente, mais efetividade na aplicação e concreção dos direitos dos administrados.

Como a discricionariedade administrativa não pode ser ampla e irrestrita, impõem-se limites aos atos da administração que devem ser respeitados para que as decisões mantenham-se íntegras. Alguns desses limites são expostos pelos próprios princípios constitucionais, e outros são postos pelo interesse público e finalidade que devem ser perseguidos. Nesse enfoque, insere-se o controle jurisdicional da Administração Pública, que tem como fundamentos os limites da discricionariedade, ou seja, barreiras lógicas impostas ao poder do Estado.

Premissa a análise dos princípios limitadores do controle jurisdicional da Administração é o embate entre o princípio da separação dos poderes do Estado, previsto no artigo 2º, da Constituição da República, e o princípio da inafastabilidade da análise do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição. Como exposto no trabalho, os princípios não são absolutamente incompatíveis. O que se deve ter em mente, é que o controle judicial não pode inviabilizar a atuação administrativa, do mesmo modo que o Judiciário não pode permitir que arbitrariedades sejam cometidas pela Administração Pública.

Desta forma, o que se procura evitar é que o arbítrio do administrador seja substituído pelo arbítrio do juiz. Para tanto, proíbe-se que o juiz substitua a escolha administrativa, além de restringir ao Judiciário a análise do mérito administrativo.

Desse modo, tendo como certa a possibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, ele deve se basear em alguns fundamentos.

Optamos pela escolha de alguns fundamentos em detrimento de outros, devido ao entendimento de que os fundamentos expostos são os mais relevantes para entendimento da matéria. Primeiro fundamento analisado diz respeito aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

A legalidade, a par da evolução exposta anteriormente, fixa-se como parâmetro mínimo da atuação administrativa. Porém, como a legalidade estrita não é mais suficiente para avaliar o atual momento da discricionariedade administrativa, deve-se utilizar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tais princípios são considerados como princípios constitucionais implícitos de acordo com autores com **BONAVIDES** e **BANDEIRA DE MELLO** e, como princípios gerais do direito, segundo **DI PIETRO**.

A razoabilidade deve ser vista como racionalidade enquanto a proporcionalidade, considerada decorrente da razoabilidade, seria apreciada sob vertentes da adequação e da necessidade. Assim, sempre que as decisões administrativas, não atentem à legalidade ou não respeitem a decisão razoável, racional, adequada e necessária, deve o Judiciário rever o ato e, se for o caso, anulá-lo.

Outro ponto analisado foi o controle do mérito do ato administrativo, no que diz respeito à sua conveniência e oportunidade. Como exposto o mérito diz respeito a uma zona de apreciação subjetiva pertencente à Administração que é de regra incontrolável pelo Poder Judiciário, ou seja, o mérito diz respeito à valoração, complementação dos motivos e definição do conteúdo do ato administrativo, não parametrizado por critérios positivados.

Como exposto a partir de **BANDEIRA DA MELLO**, o mérito representa uma liberdade para avaliar no caso concreto, o que é mais oportuno e conveniente, de acordo com fim legal estipulado. Embora, o autor defenda a insindicabilidade do mérito, acredita que há sempre uma decisão juridicamente válida que se apresenta como a melhor no caso concreto, o que excluiria a discricionariedade tendo em vista a imposição da melhor decisão.

Vimos no desenvolvimento da monografia que a doutrina pátria majoritária é contrária à apreciação do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, entretanto, essa discussão aflora constantemente nos tribunais, e inúmeras são as decisões que mascaram uma verdadeira análise do mérito.

Outro fundamento para o controle judicial são os denominados vícios de discricionariedade, que dizem respeito aos elementos do ato administrativo. São vinculados os elementos: competência, forma e finalidade; e discricionários os elementos objeto e motivo. São através desses elementos que o Judiciário aprecia a validade da decisão.

De todo o exposto, cabe retirar a importância do controle judicial sobre os atos discricionários da Administração, tendo em vista a finalidade de propiciar transparência dos atos e a proteção dos direitos subjetivos dos administrados, dotando de maior segurança as relações com a máquina estatal.

Findo trabalho de análise do controle judicial da discricionariedade administrativa, foi desenvolvido capítulo sobre o controle judicial do fornecimento de medicamentos, questão polêmica e de grande incidência no judiciário atualmente. Esse tipo de demanda envolve decisões complexas em relação à vida humana, o direito à igualdade e a reserva do possível, além de estar intimamente relacionada à aplicação das políticas públicas de saúde por parte do Estado.

Quando o Judiciário determina que um medicamento de alto custo seja fornecido ao paciente por demanda judicial (que anteriormente foi negado pela Administração, por não fazer parte dos protocolos clínicos) há um desvio de recursos públicos para o atendimento dessa decisão. Tal determinação faz com que a discricionariedade administrativa quanto a alocação dos recursos públicos seja suplantada e ocasiona desequilíbrio no sistema.

Não se discute aqui a relativização do direito à saúde, que pertence a todos os cidadãos, mas se deve ter em vista que a implementação das políticas públicas também é essencial para a efetivação dos direitos fundamentais e que demandas individuais e isoladas não cumprem esse fim.

Como destacado o Ministério da Saúde não se manteve inerte e estabeleceu a Política Nacional de Medicamentos através da Portaria n. 3.916/98, que dispõe sobre o modo de distribuição dos medicamentos a serem disponibilizados à população. Busca-se, com isso, distribuição racional de medicamentos com o fim de harmonizar as necessidades das sociais do país.

Ocorre que inúmeras são as demandas individuais que pleiteiam medicamentos de alto custo, o que levam a onerosidade dos cofres públicos,

imobilizando os recursos destinados à realização das políticas públicas e atendimento da população em geral. Tendo em vista que os recursos financeiros materiais são escassos e que as necessidades são infinitas, há evidente óbice ao atendimento de todas as demandas judiciais e da efetivação das políticas públicas de saúde.

Pragmaticamente, acredita-se, conjuntamente com **BARROSO**, que não é a população de classe baixa e, portanto, a parcela da população que realmente necessita do medicamento que ingressa com demandas judiciais para pleitear medicamentos, mas sim, a classe média que possui maior acesso ao Judiciário e maiores condições de exigir seus direitos.

Outro problema é que se avolumam decisões emocionais repletas de voluntarismos que acabam por impedir a atuação efetiva da Administração Pública na implementação da saúde. Essas decisões só tendem a aumentar se não houver limite à apreciação do Poder Judiciário.

Por fim, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal, admite amplo controle nas demandas de fornecimento de medicamentos, afastando todas as alegações de intervenção do Judiciário, ao refutar o argumento da reserva do possível ao determinando, inclusive, o bloqueio de verbas do Poder Público. O Supremo Tribunal Federal ainda frisa, inúmeras vezes, que o fornecimento gratuito é para as pessoas desprovidas de recursos financeiros, ou seja, as pessoas carentes, o que é essencial para análise dos casos concretos.

Ressalta-se que não se quer afastar a análise do Poder Judiciário, nos casos de efetivação do direito à saúde e, principalmente, no fornecimento de medicamentos. Entretanto, deve-se procurar por critérios objetivos no momento de concessão do direito, como aqueles expostos por **BARROSO**.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mota. **Suspensão de decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos: um tema de variação interpretativa.** In Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) n. 58 (jan. 2008). São Paulo, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e Controle Judicial.** São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico do espaço democrático.** In Revista de direito do Estado. N. 3 (jul./set. de 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> acesso em: 15/08/2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teorização do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; tradução Carmen C. Varriale ...[et al.]. Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília: Linha Gráfica Editora, 1991.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Processo administrativo princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. In: Revista de Direito Administrativo. Jan./jun. Rio de Janeiro: Renovar 1990.

DI PIETRO, Maria Syla Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Eduardo Rocha. **Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7 ed. Atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Arbitrariedad y discrecionalidad**. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomas–Ramon. **Curso de Derecho Administrativo I**. Madrid: Editora Civitas, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. E. rev. e amp. São Paulo: editora Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico**. Coimbra: Livraria Almeida, 1985.

LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional**. In Revista de direito do estado. N. 8 (out./dez. 2007). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARQUES NETO. **Pensando o controle da atividade regulação estatal**. In: GUERRA (Coord.). Temas de Direito regulatório. Belo Horizonte: Editora Forum.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual**. In Revista de direito do estado n.1 (jan./mar. 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. In Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, n.1, jan./mar.2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Estudos de Direito Público**. vol. I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 11. set./out./nov., 2007. Disponível na internet em <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15/08/2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Editora Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; MOTTA PINTO, Henrique; CÂMARA, Jacinto Arruda. **Controle judicial da Administração. Direito Administrativo: uma introdução ao direito administrativo (Série GVLaw)**. São Paulo: Saraiva, 2008.

## **ANEXOS**

### **ANEXO I**

#### **PORTARIA GM Nº 3.916, DE 30 DE OUTUBRO DE 1998**

O Ministro de Estado da Saúde, Interino, no uso de suas atribuições, e Considerando a necessidade de o setor Saúde dispor de política devidamente expressa relacionada à questão de medicamentos; Considerando a conclusão do amplo processo de elaboração da referida política, que envolveu consultas a diferentes segmentos direta e indiretamente envolvidos com o tema; Considerando a aprovação da proposta da política mencionada pela Comissão Intergestores Tripartite e pelo Conselho Nacional de Saúde, resolve:

Art. 1º Aprovar a Política Nacional de Medicamentos, cuja íntegra consta do anexo desta Portaria.

Art. 2º Determinar que os órgãos e entidades do Ministério da Saúde, cujas ações se relacionem com o tema objeto da Política agora aprovada, promovam a elaboração ou a readequação de seus planos, programas, projetos e atividades na conformidade das diretrizes, prioridades e responsabilidades nela estabelecidas.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

**JOSÉ SERRA**

Secretaria de Políticas de Saúde

Departamento de Formulação de Políticas de Saúde

**POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS**

Brasília - 1998

Presidente da República

Fernando Henrique Cardoso

Ministro da Saúde

José Serra

Secretário de Políticas de Saúde

João Yunes

Diretora do Departamento de Formulação de Políticas de Saúde/SPS

Nereide Herrera Alves de Moraes

## APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresento a Política Nacional de Medicamentos, cuja elaboração envolveu ampla discussão e coleta de sugestões, sob a coordenação da Secretaria de Políticas de Saúde do Ministério.

Aprovada pela Comissão Intergestores e pelo Conselho Nacional de Saúde, a Política Nacional de Medicamentos tem como propósito “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”. Com esse intuito, suas principais diretrizes são o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o estímulo à produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária.

A presente Política observa e fortalece os princípios e as diretrizes constitucionais e legalmente estabelecidos, explicitando, além das diretrizes básicas, as prioridades a serem conferidas na sua implementação e as responsabilidades dos gestores do Sistema Único de Saúde - SUS - na sua efetivação.

O Ministério da Saúde está dando início às atividades de implementação desta Política. Um exemplo disso é a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que busca garantir condições para a segurança e qualidade dos medicamentos consumidos no País. Dada a sua abrangência, a consolidação da Política Nacional de Medicamentos envolverá a adequação dos diferentes programas e projetos, já em curso, às diretrizes e prioridades estabelecidas neste documento.

Brasília, 1º de outubro de 1998.

José Serra

Ministro da Saúde

## PREFÁCIO

Políticas configuram decisões de caráter geral que apontam os rumos e as linhas estratégicas de atuação de uma determinada gestão. Assim, devem ser explicitadas de forma a:

- tornar públicas e expressas as intenções do Governo;
- permitir o acesso da população em geral e dos formadores de opinião em particular à discussão das propostas de Governo;
- orientar o planejamento governamental no detalhamento de programas, projetos e atividades;
- funcionar como orientadoras da ação do Governo, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis.

No âmbito do Ministério da Saúde, a formulação de políticas desenvolve-se mediante a adoção de metodologia apropriada baseada num processo que favoreça a construção de propostas de forma participativa, e não em um modelo único e acabado.

Esse processo está representado, em especial, pela coleta e sistematização de subsídios básicos, interna e externamente ao Ministério, a partir dos quais é estruturado um documento inicial, destinado a servir de matéria-prima para discussões em diferentes instâncias.

Entre as instâncias consultadas estão os vários órgãos do próprio Ministério, os demais gestores do Sistema Único de Saúde - SUS, os segmentos diretamente envolvidos com o assunto objeto da política e a população em geral, mediante a atuação do Conselho Nacional de Saúde, instância que, no nível federal, tem o imprescindível papel de atuar “na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde”, conforme atribuição que lhe foi conferida pela Lei n.º 8.142/90.

A promoção das mencionadas discussões objetiva sistematizar as opiniões acerca da questão e recolher sugestões para a configuração final da política em construção, cuja proposta decorrente é submetida à avaliação e aprovação do Ministro da Saúde.

No nível da direção nacional do Sistema, a responsabilidade pela condução desse processo está afeta à Secretaria de Políticas de Saúde, a qual cabe identificar e atender as demandas por formulação ou reorientação de políticas. Cabe também à Secretaria promover ampla divulgação e operacionalizar a gestão das políticas consideradas estratégicas, além de implementar a sua contínua avaliação, visando, inclusive, ao seu sistemático aperfeiçoamento.

Paralelamente, deve-se ressaltar que a operacionalização das políticas formuladas exige o desenvolvimento de processo voltado à elaboração ou reorientação de planos, projetos e atividades, que permitirão consequência prática às políticas.

## 1. INTRODUÇÃO

A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS - a “formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)”.

O seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

A Política de Medicamentos aqui expressa tem como base os princípios e diretrizes do SUS e exigirá, para a sua implementação, a definição ou redefinição de planos, programas e atividades específicas nas esferas federal, estadual e municipal.

Esta Política concretiza metas do Plano de Governo, integra os esforços voltados à consolidação do SUS, contribui para o desenvolvimento social do País e orienta a execução das ações e metas prioritárias fixadas pelo Ministério da Saúde.

Contempla diretrizes e define prioridades relacionadas à legislação - incluindo a regulamentação -, inspeção, controle e garantia da qualidade, seleção, aquisição e distribuição, uso racional de medicamentos, desenvolvimento de recursos humanos e desenvolvimento científico e tecnológico.

Cabe assinalar, ainda, que outros insumos básicos na atenção à saúde, tais como imunobiológicos e hemoderivados, deverão ser objeto de políticas específicas. No caso particular dos produtos derivados do sangue, esta Política trata de aspectos concernentes a estes produtos, de que são exemplos questões relativas às responsabilidades dos três gestores do SUS e ao efetivo controle da qualidade.

## 2. JUSTIFICATIVA

O sistema de saúde brasileiro, que engloba estabelecimentos públicos e o setor privado de prestação de serviços, inclui desde unidades de atenção básica até centros hospitalares de alta complexidade. A importância e o volume dos serviços prestados pelo setor público de saúde no Brasil - composto pelos serviços estatais e privados conveniados ou contratados pelo SUS - podem ser verificados, por exemplo, no montante de atividades desenvolvidas em 1996, do qual constam a realização de 2,8 milhões de partos, 318 milhões de consultas médicas, 12 milhões de internações hospitalares, 502 milhões de exames e a aplicação de 48 milhões de doses de vacinas.

É indiscutível, portanto, a importância dos serviços de saúde, os quais constituem, ao lado de uma série de outros, fator de extrema importância para a qualidade de vida da população. Esses serviços representam, hoje, preocupação de todos os gestores do setor, seja pela natureza das práticas de assistência neles desenvolvidas, seja pela totalidade dos recursos por eles absorvidos.

A despeito do volume de serviços prestados pelo sistema de saúde, ainda há parcelas da população excluídas de algum tipo de atenção. Verifica-se, além disso, constantes mudanças no perfil epidemiológico que, atualmente, compreende doenças típicas de países em desenvolvimento e agravos característicos de países desenvolvidos. Assim, ao mesmo tempo em que são prevalentes as doenças crônico-degenerativas, aumenta a morbimortalidade decorrente da violência, especialmente dos homicídios e dos acidentes de trânsito. Além disso, emergem e reemergem outras doenças, tais como a cólera, a dengue, a malária, as doenças sexualmente transmissíveis e a AIDS.

O envelhecimento populacional gera novas demandas, cujo atendimento requer a constante adequação do sistema de saúde e, certamente, a transformação do modelo de atenção prestada, de modo a conferir prioridade ao caráter preventivo das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Sob esse enfoque, a política de medicamentos é, indubitavelmente, fundamental nessa transformação.

Deve-se considerar, ainda, que modificações qualitativas e quantitativas no consumo de medicamentos são influenciadas pelos indicadores demográficos, os quais têm demonstrado clara tendência de aumento na expectativa de vida ao nascer.

Acarretando um maior consumo e gerando um maior custo social, tem-se novamente o processo de envelhecimento populacional interferindo sobretudo na demanda de medicamentos destinados ao tratamento das doenças crônico-degenerativas, além de novos procedimentos terapêuticos com utilização de medicamentos de alto custo. Igualmente, adquire especial relevância o aumento da demanda daqueles de uso contínuo, como é o caso dos utilizados no tratamento das doenças cardiovasculares, reumáticas e da



diabetes. Frise-se o fato de que é bastante comum, ainda, pacientes sofrerem de todas essas doenças simultaneamente.

Este cenário é também influenciado pela desarticulação da assistência farmacêutica no âmbito dos serviços de saúde. Em decorrência, observa-se, por exemplo, a falta de prioridades na adoção, pelo profissional médico, de produtos padronizados, constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Some-se a isso a irregularidade no abastecimento de medicamentos, no nível ambulatorial, o que diminui, em grande parte, a eficácia das ações governamentais no setor saúde.

O processo indutor do uso irracional e desnecessário de medicamentos e o estímulo à automedicação, presentes na sociedade brasileira, são fatores que promovem um aumento na demanda por medicamentos, requerendo, necessariamente, a promoção do seu uso racional mediante a reorientação destas práticas e o desenvolvimento de um processo educativo tanto para a equipe de saúde quanto para o usuário.

A produção e a venda de medicamentos devem enquadrar-se em um conjunto de leis, regulamentos e outros instrumentos legais direcionados para garantir a eficácia, a segurança e a qualidade dos produtos, além dos aspectos atinentes a custos e preços de venda, em defesa do consumidor e dos programas de subsídios institucionais, tais como de compras de medicamentos, reembolsos especiais e planos de saúde.

Essa necessidade torna-se ainda mais significativa na medida em que o mercado farmacêutico brasileiro é um dos cinco maiores do mundo, com vendas que atingem 9,6 bilhões de dólares/ano. Em 1996, esse mercado gerou 47.100 empregos diretos e investimentos globais da ordem de 200 milhões de dólares. O setor é constituído por cerca de 480 empresas, entre produtores de medicamentos, indústrias farmoquímicas e importadores.

Há, no País, cerca de 50 mil farmácias, incluindo as hospitalares e as homeopáticas, que comercializam 5.200 produtos, com 9.200 apresentações.

No tocante ao perfil do consumidor brasileiro, este pode ser dividido em três grupos: o primeiro, formado por aqueles com renda acima de 10 salários mínimos, que corresponde a 15 por cento da população, consome 48% do mercado total e tem uma despesa média anual de 193,40 dólares per capita; o segundo, apresenta uma renda entre quatro a 10 salários mínimos, que corresponde a 34% da população, consome 36% do mercado e gasta, anualmente, em média, 64,15 dólares per capita; o terceiro, tem renda de zero a quatro salários mínimos, que representa 51% da população, consome 16% do mercado e tem uma despesa média anual de 18,95 dólares per capita.

Nitidamente, a análise desse perfil do consumidor indica a necessidade de que a Política de Medicamentos confira especial atenção aos aspectos relativos ao uso racional, bem como à segurança, eficácia e qualidade dos produtos colocados à disposição da população brasileira.

### 3. DIRETRIZES

Para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, deverão concentrar esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance deste propósito estejam balizadas pelas diretrizes a seguir explicitadas.

#### 3.1. Adoção de Relação de Medicamentos Essenciais

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País.

O fato de que a Relação Nacional, conforme assinalado acima, deverá ser a base para a organização das listas estaduais e municipais favorecerá o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são, com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços.

Trata-se, portanto, de meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, constituindo, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Visando maior veiculação, a RENAME deverá ser continuamente divulgada por diferentes meios, como a Internet, por exemplo,

possibilitando, entre outros aspectos, a aquisição de medicamentos a preços menores, tanto por parte do consumidor em geral, quanto por parte dos gestores do Sistema.

No processo de atualização contínua da RENAME, deverá ser dada ênfase ao conjunto dos medicamentos voltados para a assistência ambulatorial, ajustado, no nível local, às doenças mais comuns à população, definidas segundo prévio critério epidemiológico.

### 3.2. Regulamentação Sanitária de Medicamentos

Nesse contexto, serão enfatizadas, especialmente pelo gestor federal, as questões relativas ao registro de medicamentos e à autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, bem como as restrições e eliminações de produtos que venham a revelar-se inadequados ao uso, na conformidade das informações decorrentes da farmacovigilância.

Para tanto, deverão ser utilizadas comissões técnicas e grupos assessores com a finalidade de respaldar e subsidiar as atividades de regulamentação e as decisões que envolvam questões de natureza científica e técnica.

A promoção do uso de medicamentos genéricos será, igualmente, objeto de atenção especial. Portanto, o gestor federal deverá identificar os mecanismos necessários para tanto, por exemplo, a adequação do instrumento legal específico.

Essa adequação deverá contemplar aspectos essenciais que favoreçam a consolidação do uso dos genéricos, tais como:

- a obrigatoriedade da adoção da denominação genérica nos editais, propostas, contratos e notas fiscais - bem como de exigências sobre requisitos de qualidade dos produtos;
- a obrigatoriedade da adoção da denominação genérica nas compras e licitações públicas de medicamentos realizadas pela Administração Pública;
- a adoção de exigências específicas para o aviamento de receita médica ou odontológica, relativas à sua forma e à identificação do paciente e do profissional que a prescreve;
- a apresentação da denominação genérica nas embalagens, rótulos, bulas, prospectos, textos e demais materiais de divulgação e informação médica.

As ações de vigilância sanitária serão gradualmente descentralizadas e transferidas à responsabilidade executiva direta de estados e municípios, com

exceção do registro de medicamentos e autorização do funcionamento de empresas, que constituem papéis indelegáveis do gestor federal. Em todos os casos, deverá ser garantida a aplicação das normas existentes e a integração operacional do sistema, em todas as esferas.

### 3.3. Reorientação da Assistência Farmacêutica

O modelo de assistência farmacêutica será reorientado de modo a que não se restrinja à aquisição e à distribuição de medicamentos. As ações incluídas nesse campo da assistência terão por objetivo implementar, no âmbito das três esferas do SUS, todas as atividades relacionadas à promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais.

A reorientação do modelo de assistência farmacêutica, coordenada e disciplinada em âmbito nacional pelos três gestores do Sistema, deverá estar fundamentada:

- na descentralização da gestão;
- na promoção do uso racional dos medicamentos;
- na otimização e na eficácia do sistema de distribuição no setor público;
- no desenvolvimento de iniciativas que possibilitem a redução nos preços dos produtos, viabilizando, inclusive, o acesso da população aos produtos no âmbito do setor privado.

A assistência farmacêutica no SUS, por outro lado, englobará as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização - nesta compreendida a prescrição e a dispensação -, o que deverá favorecer a permanente disponibilidade dos produtos segundo as necessidades da população, identificadas com base em critérios epidemiológicos.

No tocante aos agravos e doenças cuja transcendência, magnitude e ou vulnerabilidade tenham repercussão na saúde pública, buscar-se-á a contínua atualização e padronização de protocolos de intervenção terapêutica e dos respectivos esquemas de tratamento.

Assim, o processo de descentralização em curso contemplará a padronização dos produtos, o planejamento adequado e oportuno e a redefinição das atribuições das três instâncias de gestão. Essas responsabilidades ficam, dessa forma, inseridas na ação governamental, o que deverá assegurar o acesso da população a esses produtos. Para o Ministério

da Saúde, a premissa básica será a descentralização da aquisição e distribuição de medicamentos essenciais.

O processo de descentralização, no entanto, não exime os gestores federal e estadual da responsabilidade relativa à aquisição e distribuição de medicamentos em situações especiais. Essa decisão, adotada por ocasião das programações anuais, deverá ser precedida da análise de critérios técnicos e administrativos.

Inicialmente, a definição de produtos a serem adquiridos e distribuídos de forma centralizada deverá considerar três pressupostos básicos, de ordem epidemiológica, a saber:

doenças que configuram problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades, e cuja estratégia de controle concentra-se no tratamento de seus portadores;

doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados;

doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado.

Após essa análise, a decisão deverá, ainda, observar critérios mais específicos, relativos a aspectos técnicos e administrativos, de que são exemplos:

- o financiamento da aquisição e da distribuição dos produtos, sobretudo no tocante à disponibilidade de recursos financeiros;
- o custo-benefício e o custo-efetividade da aquisição e distribuição dos produtos em relação ao conjunto das demandas e necessidades de saúde da população;
- a repercussão do fornecimento e uso dos produtos sobre a prevalência ou incidência de doenças e agravos relacionados aos medicamentos fornecidos;
- a necessidade de garantir apresentações de medicamentos, em formas farmacêuticas e dosagens adequadas, considerando a sua utilização por grupos populacionais específicos, como crianças e idosos.

É importante ressaltar que, independente da decisão por centralizar ou descentralizar a aquisição e distribuição de medicamentos, deverá ser implementada a cooperação técnica e financeira intergestores. Essa

cooperação envolverá a aquisição direta e a transferência de recursos, bem como a orientação e o assessoramento aos processos de aquisição - os quais devem ser efetivados em conformidade com a realidade epidemiológica, visando assegurar o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo, priorizando os medicamentos essenciais e os de denominação genérica.

Nesse particular, o gestor federal, especialmente, em articulação com a área econômica, deverá identificar medidas com vistas ao acompanhamento das variações e índices de custo dos medicamentos, com ênfase naqueles considerados de uso contínuo. Ainda com relação à articulação, a atuação conjunta com o Ministério da Justiça buscará coibir eventuais abusos econômicos na área de medicamentos.

Essas decisões e a cooperação técnica referida serão viabilizadas por intermédio da articulação intergestores, concretizada, por exemplo, na instituição de grupo técnico-assessor integrado por representações das três esferas de gestão, responsável, principalmente, pela implementação do modelo de assistência farmacêutica a ser adotado, pactuado e submetido à Comissão Intergestores Tripartite - CIT.

O Conselho Nacional de Saúde terá papel preponderante nesse processo, tendo em vista o acompanhamento da implementação da Política de Medicamentos, especialmente no tocante ao cumprimento das medidas pactuadas.

### 3.4. Promoção do Uso Racional de Medicamentos

No que diz respeito à promoção do uso racional de medicamentos, atenção especial será concedida à informação relativa às repercussões sociais e econômicas do receituário médico, principalmente no nível ambulatorial, no tratamento de doenças prevalentes.

Especial ênfase deverá ser dada, também, ao processo educativo dos usuários ou consumidores acerca dos riscos da automedicação, da interrupção e da troca da medicação prescrita, bem como quanto à necessidade da receita médica, no tocante à dispensação de medicamentos tarjados. Paralelamente, todas essas questões serão objeto de atividades dirigidas aos profissionais prescritores dos produtos e aos dispensadores. Promover-se-á, da mesma forma, a adequação dos currículos dos cursos de formação dos profissionais de saúde.

Além disso, terá importante enfoque a adoção de medicamentos genéricos, envolvendo a produção, a comercialização, a prescrição e o uso, mediante ação intersetorial, vez que esta iniciativa ultrapassa os limites do setor saúde, abrangendo outros ministérios e esferas de Governo, além da

sociedade e das corporações profissionais. Nesse particular, é importante ressaltar que a farmácia deve ser considerada estabelecimento comercial diferenciado. Portanto, deve estar em absoluta conformidade com as definições constantes da Lei n.º 8.080/90, bem como dispor da obrigatória presença do profissional responsável.

O Ministério da Saúde levará à discussão, no âmbito da Cúpula das Américas, uma proposta de utilização dos genéricos visando a consolidação do uso destes medicamentos pelos países da Região.

A propaganda de produtos farmacêuticos, tanto aquela direcionada aos médicos, quanto especialmente a que se destina ao comércio farmacêutico e à população leiga, deverá se enquadrar em todos os preceitos legais vigentes, nas diretrizes éticas emanadas do Conselho Nacional de Saúde, bem como nos padrões éticos aceitos internacionalmente.

### 3.5. Desenvolvimento Científico e Tecnológico

Será incentivada a revisão das tecnologias de formulação farmacêutica e promovida a dinamização de pesquisas na área, com destaque para aquelas consideradas estratégicas para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico nacional, incentivando a integração entre universidades, instituições de pesquisa e empresas do setor produtivo.

Além disso, deverá ser continuado e expandido o apoio a pesquisas que visem ao aproveitamento do potencial terapêutico da flora e fauna nacionais, enfatizando-se a certificação de suas propriedades medicamentosas.

Igualmente, serão estimuladas medidas de apoio ao desenvolvimento de tecnologia de produção de fármacos, em especial os constantes da RENAME, e de estímulo à sua produção nacional, de forma a assegurar o fornecimento regular ao mercado interno e a consolidação e expansão do parque produtivo instalado no País.

Esse processo exigirá uma ação articulada dos Ministérios da Saúde, da Educação, da Ciência e Tecnologia, entre outros, bem como a permanente cooperação técnica com organismos e agências internacionais.

A oferta de medicamentos está intrinsecamente relacionada com a pesquisa e o desenvolvimento, os quais, por sua vez, encerram aspectos relativos à estrutura e ao perfil industrial no Brasil, composto por três segmentos de produção: nacional público, nacional privado e de empresas de capital transnacional no setor - este último predominante no País. Caberá ao Ministério da Saúde, por intermédio do órgão responsável pela implementação

da Política de Ciência e Tecnologia, estimular uma maior articulação das instituições de pesquisas e das universidades com o setor produtivo, a partir do estabelecimento de prioridades.

Igualmente, deverão ser implementados mecanismos que influenciem na formação e viabilizem o treinamento contínuo dos profissionais no que se refere ao desenvolvimento científico e tecnológico.

Cabe assinalar, ainda, a importância de o País dispor de instrumento estratégico para a divulgação dos avanços científicos que, além de expressar o nível de desenvolvimento alcançado, estabeleça os requisitos mínimos das matérias-primas e especialidades.

Nesse sentido, o Ministério da Saúde deverá promover o processo de revisão permanente da Farmacopéia Brasileira, que constitui mecanismo de fundamental importância para as ações legais de vigilância sanitária e das relações de comércio exterior, tanto de importação, quanto de exportação.

### 3.6. Promoção da Produção de Medicamentos

Esforços serão concentrados no sentido de que seja estabelecida uma efetiva articulação das atividades de produção de medicamentos da RENAME, a cargo dos diferentes segmentos industriais (oficial, privado nacional e transnacional).

A capacidade instalada dos laboratórios oficiais - que configura um verdadeiro patrimônio nacional - deverá ser utilizada, preferencialmente, para atender as necessidades de medicamentos essenciais, especialmente os destinados à atenção básica, e estimulada para que supra as demandas oriundas das esferas estadual e municipal do SUS.

O papel desses laboratórios é especialmente importante no que tange ao domínio tecnológico de processos de produção de medicamentos de interesse em saúde pública. Esses laboratórios deverão, ainda, constituir-se em uma das instâncias favorecedoras do monitoramento de preços no mercado, bem como contribuir para a capacitação dos profissionais.

Com referência aos medicamentos genéricos, o Ministério da Saúde, em ação articulada com os demais ministérios e esferas de Governo, deverá estimular a fabricação desses produtos pelo parque produtor nacional, em face do interesse estratégico para a sociedade brasileira, incluindo, também, a produção das matérias-primas e dos insumos necessários para esses medicamentos.



Será também incentivada a produção de medicamentos destinados ao tratamento de patologias cujos resultados tenham impacto sobre a saúde pública ou que são adquiridos em sua quase totalidade pelo setor público.

Nesse sentido, deverão ser identificados e implementados mecanismos que possibilitem a eliminação da dependência, ao Governo Federal, dos laboratórios oficiais, a modernização dos seus sistemas de produção e o alcance de níveis de eficiência e competitividade, particularmente no que concerne aos preços dos produtos.

### 3.7. Garantia da Segurança, Eficácia e Qualidade dos Medicamentos

O processo para garantir a qualidade, a segurança e a eficácia dos medicamentos fundamenta-se no cumprimento da regulamentação sanitária, destacando-se as atividades de inspeção e fiscalização, com as quais é feita a verificação regular e sistemática. Essas atividades, coordenadas em âmbito nacional pela Secretaria de Vigilância Sanitária, serão efetivadas mediante ações próprias do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, no cumprimento dos regulamentos concernentes às boas práticas de fabricação. Essa sistemática permitirá a concretização dos preceitos estabelecidos na Lei n.º 8.080/90 e em legislações complementares.

Para o exercício dessas ações, a Secretaria de Vigilância Sanitária implementará e consolidará roteiros de inspeções aplicáveis à área de medicamentos e farmoquímicos. Definirá, desenvolverá e implantará sistemas de informação para o setor, envolvendo os três níveis de gestão, estabelecendo procedimentos e instrumentos de avaliação.

A reestruturação, a unificação e o reconhecimento nacional e internacional da Rede Brasileira de Laboratórios Analítico-Certificadores em Saúde - REBLAS, no âmbito do sistema brasileiro de certificação, permitirão aos produtores testemunhar, voluntariamente, a qualidade dos seus produtos colocados no comércio - que são adquiridos pelos serviços de saúde - e, ainda, a fiscalização e o acompanhamento da conformidade de medicamentos, farmoquímicos e insumos farmacêuticos.

Será promovida a sistematização do arcabouço legal existente, adequando-o aos princípios e diretrizes constitucionais e legais do SUS, bem como ao estágio atual do processo de descentralização da gestão.

### 3.8. Desenvolvimento e Capacitação de Recursos Humanos

O contínuo desenvolvimento e capacitação do pessoal envolvido nos diferentes planos, programas e atividades que operacionalizarão a Política Nacional de Medicamentos deverão configurar mecanismos privilegiados de articulação intersetorial de modo a que o setor saúde possa dispor de recursos humanos em qualidade e quantidade - cujo provimento, adequado e oportuno, é de responsabilidade das três esferas gestoras do SUS.

O componente recursos humanos deverá requerer atenção especial, sobretudo no tocante ao estabelecido pela Lei nº. 8.080/90, em seu artigo 14 e parágrafo único, que definem que a formação e a educação continuada contemplarão uma ação intersetorial articulada. A Lei, inclusive, define como mecanismo fundamental a criação de uma comissão permanente de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior, com a finalidade de “propor prioridades, métodos e estratégias”.

Para o atendimento das necessidades e demandas relativas aos recursos humanos, decorrentes da operacionalização desta Política, o processo de articulação implementado pela Coordenação Geral de Recursos Humanos para o SUS, do Ministério da Saúde, compreenderá a abordagem de todos os aspectos inerentes às diretrizes aqui fixadas, em especial no que se refere à promoção do uso racional de medicamentos e a produção, comercialização e dispensação dos genéricos, bem como a capacitação em manejo de medicamentos. O trabalho conjunto com o Ministério da Educação e do Desporto, especificamente, deverá ser viabilizado tendo em vista a indispensável adequação dos cursos de formação na área da saúde, sobretudo no tocante à qualificação nos campos da farmacologia e terapêutica aplicada.

Algumas diretrizes e prioridades contidas no texto desta Política explicitam as necessidades e demandas em termos de recursos humanos. Todavia, o desenvolvimento e a capacitação constituirão ações sistemáticas que permearão todas as medidas, iniciativas, programas e atividades dela decorrentes.

Cabe ressaltar, finalmente, que áreas estratégicas, de que é exemplo relevante a vigilância sanitária, cujas atribuições configuram funções típicas e exclusivas de Estado, serão objeto de enfoque particular, haja vista a crônica carência de pessoal capacitado na área, nas três esferas de gestão do SUS, o que exigirá, por parte dos gestores, estudos e medidas concretas voltadas para a recomposição e ou complementação adequada de quadros de pessoal especializado para fazer frente às responsabilidades constitucionalmente definidas.

#### 4. Prioridades

As diretrizes apresentadas no capítulo anterior comportam um conjunto de prioridades que configuram as bases para o alcance do propósito desta Política, bem como para a implementação das diferentes ações indispensáveis ao seu efetivo cumprimento.

#### 4.1. Revisão Permanente da Rename

A consolidação do processo de revisão permanente da RENAME, instrumento básico de racionalização no âmbito do SUS, com atualização contínua, representa medida indispensável haja vista que a seleção baseia-se nas prioridades nacionais de saúde, bem como na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade dos produtos. Esse processo, coordenado pela Secretaria de Políticas de Saúde, do Ministério da Saúde, será desenvolvido mediante a participação dos demais órgãos do Ministério - Secretaria de Vigilância Sanitária e Secretaria de Assistência à Saúde - e dos gestores estaduais e municipais, responsáveis pela implementação das ações que operacionalizam esta Política e de instituições científicas que atuam na área de medicamentos.

A RENAME será organizada consoante às patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do País. As apresentações dos produtos deverão assegurar as formas farmacêuticas e as dosagens adequadas para a utilização por crianças e idosos.

Cabe ressaltar que, como um dos mecanismos favorecedores da redução de preços dos medicamentos, a RENAME será sistemática e amplamente divulgada.

#### 4.2. Assistência Farmacêutica

Em conformidade com as diretrizes relativas à reorientação da assistência farmacêutica anteriormente explicitadas, especialmente no que se refere ao processo de descentralização, as três esferas de Governo assegurarão, nos seus respectivos orçamentos, os recursos para aquisição e distribuição dos medicamentos, de forma direta ou descentralizada.

Nesse contexto, a aquisição de medicamentos será programada pelos estados e municípios de acordo com os critérios técnicos e administrativos referidos no Capítulo 3 “Diretrizes”, tópico 3.3 deste documento. O gestor federal participa do processo de aquisição dos produtos mediante o repasse Fundo-a-Fundo de recursos financeiros e a cooperação técnica.

No tocante a essa transferência, atenção especial deverá ser dada aos medicamentos destinados ao atendimento de esquemas terapêuticos

continuados, aos que ratificam decisões e compromissos internacionais e àqueles voltados à assistência a pacientes de alto risco, como é o caso dos transplantados e renais crônicos.

A prioridade maior do Ministério da Saúde é a descentralização plena do processo de aquisição e distribuição de medicamentos. No entanto, para que as decisões acerca desse processo possam ser viabilizadas, deverá ser instituído um grupo tripartite, com atribuições específicas, que atuará junto ao setor responsável pela implementação da assistência farmacêutica no Ministério da Saúde.

A aquisição e a distribuição, pelo Ministério, dos produtos componentes da assistência farmacêutica básica serão substituídas pela transferência regular e automática, Fundo-a-Fundo, de recursos federais, sob a forma de incentivo agregado ao Piso da Atenção Básica. Esses recursos serão utilizados prioritariamente para a aquisição, pelos municípios e sob a coordenação dos estados, dos medicamentos necessários à atenção básica à saúde de suas populações.

O gestor estadual deverá coordenar esse processo no âmbito do estado, com a cooperação técnica do gestor federal, de forma a garantir que a aquisição realize-se em conformidade com a situação epidemiológica do município, e que o acesso da população aos produtos ocorra mediante adequada prescrição e dispensação.

Atenção especial deverá ser dada, também, a um outro grupo de medicamentos incluídos na composição dos custos dos procedimentos realizados pelos prestadores de serviços ao SUS e faturados segundo tabela definida pelo Ministério da Saúde. Nesse sentido, a Secretaria de Assistência à Saúde deverá viabilizar um estudo visando a revisão, atualização e ajuste diferenciado dos valores, considerando:

o tempo decorrido desde o estabelecimento desses valores, quando da definição da composição de cada procedimento integrante da assistência hospitalar e ambulatorial, que levou em conta, naquela ocasião, um valor médio do custo de medicamentos para determinado grupo de patologias;

o fato dos reajustes que vêm sendo efetivados levarem em conta somente o valor global do procedimento, e não o custo atualizado dos medicamentos vinculados aos mesmos.

O resultado do ajuste procedido deverá seguir o fluxo já estabelecido, ou seja, a pactuação na CIT e a aprovação no Conselho Nacional de Saúde.

#### 4.3. Promoção do Uso Racional de Medicamentos

A promoção do uso racional de medicamentos envolverá, além da implementação da RENAME, em especial, as medidas a seguir indicadas.

#### 4.3.1. Campanhas Educativas

Serão desencadeadas campanhas de caráter educativo, buscando a participação das entidades representativas dos profissionais de saúde, com vistas a estimular o uso racional de medicamentos.

Caberá aos gestores do SUS, em conjunto com entidades da sociedade civil organizada, responsabilizar-se por essa iniciativa.

#### 4.3.2. Registro e Uso de Medicamentos Genéricos

A promoção do uso de medicamentos genéricos será progressivamente levada a efeito, respaldada nos seguintes pontos:

- estabelecimento de procedimentos para o registro de medicamentos genéricos;
- estabelecimento dos requisitos nacionais para a demonstração de equivalência terapêutica, principalmente em relação à biodisponibilidade;
- levantamento e utilização da infra-estrutura e da capacidade do País para a realização de estudos de bioequivalência disponível na rede de laboratórios;
- identificação de mecanismos de incentivo à produção de medicamentos genéricos;
- estabelecimento de regulamentação referente à comercialização, prescrição e dispensação de medicamentos genéricos em todo o Território Nacional.

#### 4.3.3. Formulário Terapêutico Nacional

Deverá ser elaborado e amplamente divulgado o Formulário Terapêutico Nacional, instrumento importante para a orientação da prescrição e dispensação dos medicamentos, por parte dos profissionais de saúde, e para a racionalização do uso destes produtos. O Formulário conterá todas as informações relativas aos medicamentos, inclusive quanto à sua absorção e ação no organismo.

#### 4.3.4. Farmacoepidemiologia e Farmacovigilância

As ações de farmacovigilância, além de tratar dos efeitos adversos, serão utilizadas, também, para assegurar o uso racional dos medicamentos. Para tanto, deverão ser desenvolvidos estudos, análises e avaliações decorrentes dessas ações, de modo a reorientar procedimentos relativos a registros, formas de comercialização, prescrição e dispensação dos produtos.

Quanto à farmacoepidemiologia, deverão ser incentivados estudos sobre a utilização de produtos como forma de contribuir para o uso racional de medicamentos.

#### 4.3.5. Recursos Humanos

Será estimulado, por intermédio de diferentes mecanismos de articulação intersetorial, o acesso do profissional a conhecimentos e treinamentos voltados ao desenvolvimento de habilidades específicas, como aquelas relacionadas ao gerenciamento de sistemas de saúde e de informação, guias terapêuticos padronizados e farmacovigilância.

Além disso, buscar-se-á promover a educação continuada dos profissionais de saúde sobre farmacologia e terapêutica aplicada e outros aspectos envolvidos no uso racional de medicamentos, bem como no manejo dos produtos, além da disseminação de informações objetivas e atualizadas.

#### 4.4. Organização das Atividades de Vigilância Sanitária de Medicamentos

A Secretaria de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde, será responsável pela coordenação e monitoramento do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, em articulação com estados e municípios, de forma a estabelecer claramente as medidas que atendam à estratégia da descentralização e o financiamento das ações.

A organização das atividades de vigilância sanitária de medicamentos terá por base a implementação do Sistema referido quanto às questões relativas a medicamentos. Nesse sentido, faz-se necessário desenvolver processo de reestruturação da área de vigilância sanitária na esfera federal, visando, especialmente, a sua revitalização, a flexibilização de procedimentos e a busca por maior consistência técnico-científica no estabelecimento das bases de sua intervenção, o que poderá ser viabilizado, por exemplo, mediante a composição de grupos assessores integrados por representações de diferentes setores, como a academia, os serviços e o setor privado.

Na implementação dessa prioridade, deverão ser considerados, em especial, os aspectos identificados a seguir.

#### 4.4.1. Desenvolvimento e Elaboração de Procedimentos Operacionais Sistematizados

Os procedimentos próprios da Vigilância Sanitária serão periodicamente revisados, sistematizados e consolidados em manuais técnico-normativos, roteiros, modelos e instruções de serviço, viabilizando-se, ainda, ampla divulgação. Nesse contexto, aplica-se, inclusive, a revisão dos procedimentos relativos ao registro de medicamentos de marca e similares. A adoção desses instrumentos concorrerá para a equalização e a agilização das atividades e tarefas a serem cumpridas, quer as de natureza técnico-normativa, quer as de caráter administrativo, de que são exemplos: o registro de produtos, as inspeções em linhas de produção, a fiscalização e a farmacovigilância.

#### 4.4.2. Treinamento de Pessoal Do Sistema de Vigilância Sanitária

O treinamento em serviço - recurso efetivo para as mudanças e adequações a serem introduzidas no modelo de atuação da vigilância sanitária - deverá buscar a incorporação:

- dos recentes avanços tecnológicos do setor, inclusive os da informatização do Sistema de Vigilância Sanitária ;
- da metodologia convalidada de controle e de sistematização dos procedimentos técnicos e operacionais;
- dos esquemas apropriados de inspeção preventiva em linhas de produção, de serviços e de desembaraço alfandegário sanitário, bem como os de amostragem e coleta de material para o controle de qualidade referencial.

#### 4.4.3. Consolidação do Sistema de Informação em Vigilância Sanitária

O aprimoramento do desempenho das ações de vigilância sanitária terá como ponto importante a consolidação do sistema de informação, que deverá compreender, principalmente:

- produtos registrados, sua composição, indicações principais e formas de comercialização;
- vigilância de medicamentos (farmacovigilância);

- produtos retirados do mercado e justificativas correspondentes;
- ensaios clínicos;
- normas e regulamentos atinentes à determinação do grau de risco de medicamentos e farmoquímicos;
- registros e regulamentos da qualidade dos produtos de comercialização autorizada e empresas;
- controle da comercialização e uso de produtos psicotrópicos e entorpecentes, inclusive nas farmácias magistrais;
- controle da propaganda dos medicamentos de venda livre;
- regulamentação e controle da propaganda realizada pelos fabricantes de medicamentos junto aos prescritores, de modo a resguardarem-se os padrões éticos.

## 5. RESPONSABILIDADES DAS ESFERAS DE GOVERNO NO ÂMBITO DO SUS

No que respeita às funções de Estado, os gestores, em cumprimento aos princípios do SUS, atuarão no sentido de viabilizar o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

### 5.1. Articulação Intersetorial

Caberá, no tocante à implementação desta Política, uma atuação que transcende os limites do setor saúde, conforme já referido anteriormente, voltado para a articulação intersetorial, sobretudo com as áreas envolvidas na questão medicamentos, que deverá ser efetivada nas diferentes instâncias do SUS.

No âmbito federal, de forma específica, a articulação promovida pelo Ministério da Saúde ocorrerá com várias instituições e organizações, conforme exemplificado a seguir.

Ministério da Justiça



A articulação com esse Ministério terá por finalidade efetivar medidas no sentido de coibir eventuais abusos econômicos na área de medicamentos, com base nas Leis Antitruste, da Livre Concorrência e de Defesa do Consumidor.

#### Ministérios da área econômica

A articulação com os ministérios da área econômica estará voltada para o acompanhamento das variações dos índices de custo dos medicamentos essenciais, com ênfase naqueles considerados de uso contínuo, no sentido de preservar a capacidade de aquisição dos produtos, por parte da população, de forma direta ou indireta (subsídio governamental, seguro de saúde).

Deverá, além disso, buscar o encaminhamento das questões relativas ao financiamento das ações inseridas na operacionalização desta Política e que incluam, nos termos da lei, as respectivas participações dos governos estaduais e municipais.

#### Ministério da Educação e do Desporto

A articulação com esse Ministério visará o desenvolvimento de ações, junto aos professores, pais e alunos, relativas ao uso correto dos medicamentos, bem como a reorientação dos currículos de formação dos profissionais de saúde.

Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Ciência e Tecnologia e agências internacionais

A articulação do Ministério da Saúde com essas instituições buscará o estabelecimento de mecanismos e compromissos que viabilizem o fomento à cooperação técnica, científica e tecnológica.

#### 5.2. Gestor Federal

Caberá ao Ministério da Saúde, fundamentalmente, a implementação e a avaliação da Política Nacional de Medicamentos, ressaltando-se como responsabilidades:

- prestar cooperação técnica e financeira às demais instâncias do SUS no desenvolvimento das atividades relativas à Política Nacional de Medicamentos;
- estabelecer normas e promover a assistência farmacêutica nas três esferas de Governo;

- apoiar a organização de consórcios destinados à prestação da assistência farmacêutica ou estimular a inclusão desse tipo de assistência como objeto de consórcios de saúde;
- promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- incentivar a revisão das tecnologias de formulação farmacêutica;
- promover a dinamização de pesquisas na área farmacêutica, em especial aquelas consideradas estratégicas para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico;
- promover a disseminação de experiências e de informações técnico-científicas;
- implementar programa específico de capacitação de recursos humanos voltados para o desenvolvimento desta Política;
- coordenar e monitorar os sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;
- promover a reestruturação da Secretaria de Vigilância Sanitária, dotando-a das condições necessárias ao cumprimento das responsabilidades do gestor federal, especialmente no tocante à garantia da segurança e qualidade dos medicamentos;
- promover a sistematização do arcabouço legal da vigilância sanitária, adequando-o aos princípios e diretrizes do SUS e ao atual momento da descentralização da gestão;
- promover a atualização da legislação de vigilância sanitária;
- implementar atividades de controle da qualidade de medicamentos;
- promover a revisão periódica e a atualização contínua da RENAME e a sua divulgação, inclusive via Internet;
- promover a elaboração, a divulgação e a utilização do Formulário Terapêutico Nacional;

- promover a atualização permanente da Farmacopéia Brasileira;
- acompanhar e divulgar o preço dos medicamentos, em especial daqueles constantes da RENAME;
- destinar recursos para a aquisição de medicamentos, mediante o repasse Fundo-a-Fundo para estados e municípios, definindo, para tanto, critérios básicos para o mesmo;
- criar mecanismos que vinculem a transferência de recursos ao desenvolvimento de um modelo adequado de atenção à saúde;
- promover a revisão, atualização e ajuste diferenciado do grupo de medicamentos incluídos na composição dos custos dos procedimentos relativos à assistência hospitalar e ambulatorial faturados segundo tabela;
- adquirir e distribuir produtos em situações especiais, identificadas por ocasião das programações tendo por base critérios técnicos e administrativos referidos no Capítulo 3, “Diretrizes” , tópico 3.3. deste documento;
- orientar e assessorar os estados e municípios em seus processos de aquisição de medicamentos essenciais, contribuindo para que esta aquisição esteja consoante à realidade epidemiológica e para que seja assegurado o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo;
- orientar e assessorar os estados e os municípios em seus processos relativos à dispensação de medicamentos.

### 5.3. Gestor Estadual

Conforme disciplinado na Lei n.º 8.080/90, cabe à direção estadual do SUS, em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde.

Nesse sentido, constituem responsabilidades da esfera estadual:

- coordenar o processo de articulação intersetorial no seu âmbito, tendo em vista a implementação desta Política;
- promover a formulação da política estadual de medicamentos;

- prestar cooperação técnica e financeira aos municípios no desenvolvimento das suas atividades e ações relativas à assistência farmacêutica;
- coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu âmbito;
- apoiar a organização de consórcios intermunicipais de saúde destinados à prestação da assistência farmacêutica ou estimular a inclusão desse tipo de assistência como objeto de consórcios de saúde;
- promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- assegurar a adequada dispensação dos medicamentos, promovendo o treinamento dos recursos humanos e a aplicação das normas pertinentes;
- participar da promoção de pesquisas na área farmacêutica, em especial aquelas consideradas estratégicas para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico, bem como do incentivo à revisão das tecnologias de formulação farmacêuticas;
- investir no desenvolvimento de recursos humanos para a gestão da assistência farmacêutica;
- coordenar e monitorar o componente estadual de sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;
- implementar as ações de vigilância sanitária sob a sua responsabilidade;
- definir a relação estadual de medicamentos, com base na RENAME, e em conformidade com o perfil epidemiológico do estado;
- definir elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo estado, inclusive os de dispensação em caráter excepcional, tendo por base critérios técnicos e administrativos referidos no Capítulo 3, “Diretrizes” , tópico 3.3. deste documento e destinando orçamento adequado à sua aquisição;

- utilizar, prioritariamente, a capacidade instalada dos laboratórios oficiais para o suprimento das necessidades de medicamentos do estado;
- investir em infra-estrutura das centrais farmacêuticas, visando garantir a qualidade dos produtos até a sua distribuição;
- receber, armazenar e distribuir adequadamente os medicamentos sob sua guarda;
- orientar e assessorar os municípios em seus processos de aquisição de medicamentos essenciais, contribuindo para que esta aquisição esteja consoante à realidade epidemiológica e para que seja assegurado o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo;
- coordenar o processo de aquisição de medicamentos pelos municípios, visando assegurar o contido no item anterior e, prioritariamente, que seja utilizada a capacidade instalada dos laboratórios oficiais.

#### 5.4. Gestor Municipal

No âmbito municipal, caberá à Secretaria de Saúde ou ao organismo correspondente as seguintes responsabilidades:

- coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu respectivo âmbito;
- associar-se a outros municípios, por intermédio da organização de consórcios, tendo em vista a execução da assistência farmacêutica;
- promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- treinar e capacitar os recursos humanos para o cumprimento das responsabilidades do município no que se refere a esta Política;
- coordenar e monitorar o componente municipal de sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;

- implementar as ações de vigilância sanitária sob sua responsabilidade;
- assegurar a dispensação adequada dos medicamentos;
- definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população;
- assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica à saúde de sua população, integrando sua programação à do estado, visando garantir o abastecimento de forma permanente e oportuna;
- adquirir, além dos produtos destinados à atenção básica, outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde como responsabilidade concorrente do município;
- utilizar, prioritariamente, a capacidade dos laboratórios oficiais para o suprimento das necessidades de medicamentos do município;
- investir na infra-estrutura de centrais farmacêuticas e das farmácias dos serviços de saúde, visando assegurar a qualidade dos medicamentos;
- receber, armazenar e distribuir adequadamente os medicamentos sob sua guarda.

## 6. ACOMPANHAMENTO E AVALIAÇÃO

O propósito desta Política Nacional de Medicamentos será objeto de contínua avaliação, mediante metodologias e indicadores definidos em projeto específico, a ser formulado pela Secretaria de Políticas de Saúde, a quem cabe, também, a responsabilidade da implementação do processo de elaboração ou reorientação de programas, projetos e atividades, de modo a adequá-los às diretrizes e prioridades aqui fixadas.

A principal finalidade da avaliação será conhecer a repercussão da Política de Medicamentos na saúde da população, dentro de uma visão sistêmica e intersetorial, verificando, também, em que medida estão sendo consolidados os princípios e diretrizes do SUS.

Com isso, para além do enfoque meramente operacional, verificar-se-á como estão sendo considerados e consolidados os princípios acima referidos, constantes na Lei n.º 8.080/90, de que são exemplos, entre outros:

“a divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;”

“a utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;”

“a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo.”

Além disso, buscar-se-á avaliar resultados e impactos da Política de Medicamentos em termos, por exemplo, de eficiência, cobertura e qualidade. Para essa avaliação, deverão ser definidos parâmetros e indicadores que serão periodicamente monitorados, cujos resultados orientarão a adoção das medidas corretivas necessárias, tanto em relação às linhas gerais da própria Política quanto em termos de redirecionamento de ações a ela vinculadas, tais como a farmácia básica.

Os resultados auferidos pelos programas, projetos e atividades que operacionalizarão a Política Nacional de Medicamentos, os quais estão sob a responsabilidade de diferentes órgãos do Ministério da Saúde, das Secretarias Estaduais e das Municipais de Saúde, constituirão, na verdade, os principais insumos básicos para o processo de acompanhamento e avaliação desta Política. A sistematização desses resultados e sua divulgação serão, da mesma forma, de responsabilidade da Secretaria de Políticas de Saúde.

A Secretaria, por outro lado, deverá apoiar os órgãos do Ministério e as demais instâncias do SUS na identificação e aferição de metodologias e indicadores capazes de mensurar a efetividade e a eficiência de componentes-chave de cada uma das prioridades aqui definidas, incluindo-se aqueles preconizados pela Organização Mundial da Saúde.

O processo de acompanhamento e avaliação desta Política implicará, necessariamente, não só o envolvimento dos órgãos do Sistema e dos outros setores aqui identificados, como, também, diferentes segmentos da sociedade que direta ou indiretamente lidam com a questão medicamentos.

## 7. TERMINOLOGIA

### 1. Assistência ambulatorial

Conjunto de procedimentos médicos e terapêuticos de baixa complexidade, possíveis de realização em ambulatórios e postos de saúde.

#### Assistência farmacêutica

Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia Terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos.

#### Automedicação

Uso de medicamento sem a prescrição, orientação e ou o acompanhamento do médico ou dentista.

#### Biodisponibilidade

Medida da quantidade de medicamento, contida em uma fórmula farmacêutica, que chega à circulação sistêmica e da velocidade na qual ocorre esse processo. A biodisponibilidade se expressa em relação à administração intravenosa do princípio ativo (biodisponibilidade absoluta) ou a administração, por via oral, de um produto de referência (biodisponibilidade relativa ou comparativa). A biodisponibilidade de um medicamento não deve ser confundida com a fração biodisponível, a menos que se refira à biodisponibilidade absoluta.

#### Bioequivalência

Condição que se dá entre dois produtos farmacêuticos que são equivalentes farmacêuticos e que mostram uma mesma ou similar biodisponibilidade segundo uma série de critérios. Para tanto, dois produtos farmacêuticos devem considerar-se como equivalentes terapêuticos.

#### Centrais farmacêuticas

Almoxarifados centrais de medicamentos, geralmente na esfera estadual, onde é feita a estocagem e distribuição para hospitais, ambulatórios e postos de saúde.

#### Dispensação

É o ato profissional farmacêutico de proporcionar um ou mais medicamentos a um paciente, geralmente como resposta a apresentação de uma receita elaborada por um profissional autorizado. Neste ato o farmacêutico



informa e orienta o paciente sobre o uso adequado do medicamento. São elementos importantes da orientação, entre outros, a ênfase no cumprimento da dosagem, a influência dos alimentos, a interação com outros medicamentos, o reconhecimento de reações adversas potenciais e as condições de conservação dos produtos.

#### Doenças crônico-degenerativas

Doenças que apresentam evolução de longa duração, acompanhada de alterações degenerativas em tecidos do corpo humano.

#### Doenças prevalentes

Doenças com maior número de casos existentes em função da população de uma região geográfica determinada.

#### Eficácia do medicamento

A capacidade de o medicamento atingir o efeito terapêutico visado.

#### Eqüivalência in vitro

Condições em que dois ou mais medicamentos, ou fármacos, exercem o mesmo efeito farmacológico, quantitativamente, em cultivos de células.

#### Ensaio clínico

Qualquer pesquisa que, individual ou coletivamente, envolva o ser humano, de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou partes dele, incluindo o manejo de informações ou materiais.

#### Estudos de Utilização de Medicamentos (EUM)

São aqueles relacionados com a comercialização, distribuição, prescrição e uso de medicamentos em uma sociedade, com ênfase sobre as conseqüências médicas, sociais e econômicas resultantes; complementarmente, tem-se os estudos de farmacovigilância e os ensaios clínicos.

#### Expectativa de vida ao nascer

É o tempo que seria esperado para um recém-nascido poder viver, em média.

#### Farmácias magistrais

Farmácias autorizadas a manipular medicamento, inclusive o que contém psicotrópicos ou entorpecentes, cuja atividade requer autorização especial de funcionamento expedido pelo órgão competente do Ministério da Saúde.

## Farmacopéia Brasileira

Conjunto de normas e monografias de farmoquímicos, estabelecido por e para um país.

## Fármacos

Substância química que é o princípio ativo do medicamento.

## Farmacoepidemiologia

Aplicação do método e raciocínio epidemiológico no estudo dos efeitos - benéficos e adversos - e do uso de medicamentos em populações humanas.

## Farmacoterapia

A aplicação dos medicamentos na prevenção ou tratamento de doenças.

## Farmacovigilância

Identificação e avaliação dos efeitos, agudos ou crônicos, do risco do uso dos tratamentos farmacológicos no conjunto da população ou em grupos de pacientes expostos a tratamentos específicos.

## Farmoquímicos

Todas as substâncias ativas ou inativas que são empregadas na fabricação de produtos farmacêuticos.

## Forma de comercialização

Forma na qual o medicamento é vendido: supositório, comprimido, cápsulas.

## Formulário Terapêutico Nacional

Documento que reúne os medicamentos disponíveis em um país e que apresenta informações farmacológicas destinadas a promover o uso efetivo, seguro e econômico destes produtos.

## Guias terapêuticos padronizados

Coleções de roteiros terapêuticos preconizados para doenças diversas.

## Hemoderivados

Medicamentos produzidos a partir do sangue humano ou de suas frações.

## Indicadores demográficos

Representação dos aspectos não sujeitos à observação direta relativa a dados populacionais.

#### Insumos farmacêuticos

Qualquer produto químico, ou material (por exemplo: embalagem) utilizado no processo de fabricação de um medicamento, seja na sua formulação, envase ou acondicionamento.

#### Lei antitruste

Regra de direito destinada a evitar que várias empresas se associem e, assim, passem a constituir uma única, acarretando o monopólio de produtos e ou de mercado.

#### Medicamento

Produto farmacêutico com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico.

#### Medicamentos de dispensação em caráter excepcional

Medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos.

#### Medicamentos de uso contínuo

São aqueles empregados no tratamento de doenças crônicas e ou degenerativas, utilizados continuamente.

#### Medicamentos essenciais

São os medicamentos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população.

#### Medicamentos genéricos

São aqueles que, ao expirar a patente de marca de um produto, são comercializados sem nome de marca, de acordo com a denominação oficial (no Brasil, Denominações Comuns Brasileiras ou DCB).

#### Medicamentos de interesse em saúde pública

São aqueles utilizados no controle de doenças que, em determinada comunidade, têm magnitude, transcendência ou vulnerabilidade relevante e cuja estratégia básica de combate é o tratamento dos doentes.

#### Medicamentos para a atenção básica

Produtos necessários à prestação do elenco de ações e procedimentos compreendidos na atenção básica de saúde.

#### Medicamentos tarjados

São os medicamentos cujo uso requer a prescrição do médico ou dentista e que apresentam, em sua embalagem, tarja (vermelha ou preta) indicativa desta necessidade.

#### Medicamentos de venda livre

São aqueles cuja dispensação não requerem autorização, ou seja, receita expedida por profissional.

#### Módulo-padrão de suprimento

Elenco de medicamentos repassado por um nível de gestão a outro para abastecer os serviços de saúde compreendidos no sistema estadual ou municipal.

#### Morbimortalidade

Impacto das doenças e dos óbitos que incidem em uma população.

#### Perfil epidemiológico

Estado de saúde de uma determinada comunidade.

#### Perfil nosológico

Conjunto de doenças prevalentes e ou incidentes em uma determinada comunidade.

#### Piso da Atenção Básica (PAB)

Montante de recursos financeiros, da esfera federal, destinado ao custeio de procedimentos e ações compreendidos na atenção básica.

#### Prescrição

Ato de definir o medicamento a ser consumido pelo paciente, com a respectiva dosagem e duração do tratamento. Em geral, esse ato é expresso mediante a elaboração de uma receita médica.

#### Prescritores

Profissionais de saúde credenciados para definir o medicamento a ser usado (médico ou dentista).

#### Produtos psicotrópicos

Substâncias que afetam os processos mentais e podem produzir dependência.

Propaganda de produtos farmacêuticos

É a divulgação do medicamento promovida pela indústria, com ênfase na marca, e realizada junto aos prescritores, comércio farmacêutico e população leiga.

Protocolos de intervenção terapêutica

Roteiros de indicação e prescrição, graduados de acordo com as variações e a gravidade de cada afecção.

Registro de medicamentos

Ato privativo do órgão competente do Ministério da Saúde destinado a conceder o direito de fabricação do produto.

Uso racional de medicamentos

É o processo que compreende a prescrição apropriada; a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis; a dispensação em condições adequadas; e o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos e no período de tempo indicado de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade.

## 8. BIBLIOGRAFIA

Bonfim, J.R.A & Mercucci, V (Org.), 1997. A construção da política de medicamentos. São Paulo: Hucitec - Sobravime.

Cardoso, F.H., 1994. Mãos à Obra Brasil: proposta de governo. Brasília: s.ed.

Centro de Estudios y Asesoría en Salud (CEAS-Ecuador). 1990. El Sistema de Suministro en los Programas Sociales de Medicamentos. Quito: Gráfica Alborada.

Central de Medicamentos, 1987. Medicamentos essenciais: medidas para assegurar o abastecimento interno. Brasília: CEME.

Central de Medicamentos, 1987. Medicamentos essenciais - Os caminhos da autonomia. Documento - proposta. Brasília: CEME.

Central de Medicamentos, 1988. I Encontro Nacional de Assistência Farmacêutica e Política de Medicamentos. Relatório Final. Brasília: CEME.

Dukes, G. & Broun, D., 1994. Pharmaceutical Policies: Rationale and Design. Washington: World Bank (HRO Working Papers).

ENSP/FIOCRUZ, UNICEF, OPAS/OMS, Fenafar Sobravime, CONASS, CONASEMS, 1996. 10ª Conferência Nacional de Saúde. Seminário Nacional sobre Política de Medicamentos, Assistência Farmacêutica: Acesso aos Medicamentos e Qualidade de Vida. Rumos e Perspectivas no Brasil. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ.

Federal Republic of Nigeria, 1990. National Drug Policy for Nigeria. Lagos: Federal Ministry of Health.

Kaur, S.R.: Padman, P. & Balasubramanian, K.(Ed.), 1995. Proceedings of the Asia Pacific Seminar on Implementing National Drug Policies. Sidney: Consumers International.

Managemet Sciences for Health, 1995. Rapid pharmaceutical management assessment: na indicator-based approach. Arlington: MSH.

Management Sciences for Health (MSH), 1997. Managing Drug Supply. Second Edition, Revised and Expanded. Connecticut: Kumarian Press.

Ministério da Saúde, 1997. Farmácia Básica: manual de normas e procedimentos. Brasília/MS.

Ministério da Saúde, 1997. Farmácia Básica. Programa 1997/98. Brasília: MS.

Ministério da Saúde, 1997. A saúde no Brasil. Brasília: MS.

Ministério da Saúde, 1997. 1997: O “ Ano da Saúde no Brasil” . Ações e metas prioritárias. Brasília: MS.

Organización Panamericana de la Saud, 1995. Formulación y puesta en práctica de una política nacional de medicamentos. Guia de formulación y puesta en marcha de un plan rector farmaceutico y un plan de acción prioritaria en el marco de una política nacional de medicamentos. Washington: OPS.

Organización Panamericana de la Salud, 1995. Medicamentos Esenciales en el nuevo contexto sócio-económico de America Latina y el Caribe - Principios y Estratégias. Washington: OPS.

Santich, I.R. & Galli, A., 1995. La asistencia farmaceutica en el Sistema Unico de Salud de Ceará: elementos para su transformación. Fortaleza: SES.

South Africa Department of Health, 1996. National Drug Policy for South Africa. Cape Town: Department of Health.

Wexman, S., 1990. El processo de adquisición de medicamentos en el sector público. Bogotá: Trazo..

World Health Organization, 1998. Guidelines for developing National Drug Policies. Geneva: WHO.

World Health Organization, 1994. Indicators for monitoring national drug policies. Geneva: WHO.

World Health Organization, 1995. Report of the WHO Expert Committee on national Drug Policies. Contribution to updating the WHO guidelines for developing national drug policies. Geneva: WHO.

World Health Organization, 1997. The use of Essential Drugs. Seventh Report of the WHO Expert Committee (including the revised Model List of Essential Drugs) Geneva: WHO.

## ANEXO II

### **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 de 29 de abril de 2004**

EMENTA: 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). DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em



virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59..... § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR)." (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou

concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. .... - A - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, 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" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo

existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e

arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar

trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator

(ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).