

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

É POSSÍVEL O CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO DO ATO
ADMINISTRATIVO? UMA ANÁLISE À LUZ DA JUDICIALIZAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE, SEUS LIMITES E SUAS PERSPECTIVAS

PAMELA AMANDA DA SILVA MARQUES

RIO DE JANEIRO

2016

É POSSÍVEL O CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO DO ATO
ADMINISTRATIVO? UMA ANÁLISE À LUZ DA JUDICIALIZAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE, SEUS LIMITES E SUAS PERSPECTIVAS

PAMELA AMANDA DA SILVA MARUQUES

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Prof. Larissa Pinha de Oliveira

RIO DE JANEIRO

2016

CIP – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

MARQUES, Pamela Amanda da Silva

M298 É possível o controle jurisdicional do mérito do ato administrativo? Uma análise à luz da judicialização do direito à saúde, seus limites e suas perspectivas / Pamela Amanda da Silva Marques. -- Rio de Janeiro, 2016.
84 f.

Orientador: Larissa Pinha de Oliveira.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Ato Administrativo. 2. Administrativo. 3. Direito à Saúde. 4. Judicialização da Saúde. 5. Separação dos Poderes. I. Oliveira, Larissa Pinha de, orient. II. Título.

CDD: 341.35

PAMELA AMANDA DA SILVA MARQUES

É POSSÍVEL O CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO DO ATO
ADMINISTRATIVO? UMA ANÁLISE À LUZ DA JUDICIALIZAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE, SEUS LIMITES E SUAS PERSPECTIVAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção de título de Bacharel
em Direito.

Data de aprovação: __/__/____

Banca Examinadora:

Prof. Larissa Pinha de Oliveira – UFRJ – Orientadora

2º Examinador

3º Examinador

RIO DE JANEIRO

2016

À meus pais pelo incentivo constante, por acreditarem em mim mesmo quando tenho a certeza que vou e falhar e, em especial, por entrarem, sem titubear, em qualquer uma das minhas loucuras acadêmicas.

À Deus, pois sem Ele eu certamente não teria chegado até aqui.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço à Deus, que abençoa minha vida desde o meu nascimento. Tenho certeza que todos os aspectos da minha existência estão sob o controle dEle e, em especial, minha trajetória acadêmica que ainda que confusa para muitos, para Ele tem todo sentido e um propósito.

Agradeço meu pai que do jeito peculiar e único dele nunca deixou de me incentivar e acreditar em mim. Sempre me apoiou em todas as minhas escolhas e buscou o melhor para a minha vida, além de estar sempre disposto a me aconselhar. Obrigada por nunca desistir de me apoiar no caos que é minha vida acadêmica e no geral também.

À minha mãe que sempre tem a certeza absoluta que tudo que eu quiser eu conseguirei alcançar, ainda que diante das circunstâncias pareça completamente improvável. Deixo aqui meu muito obrigada por confiar nas minhas habilidades ainda que muitas vezes você seja a única percebê-las.

Aos meus amigos incríveis por esses cinco anos de convivência que não seriam os mesmos sem vocês. À Amanda que apesar das nossas crises e desentendimentos sempre esteve do meu lado. À Gabriela por alegrar todos os meus dias na FND e por conseguir fazer qualquer papo aleatório se tornar extremamente divertido. À Yasmin pela amizade completamente sincera, pelas melhores risadas e por estar sempre disposta a ajudar. Ao João que permanece uma verdadeira incógnita. À Jéssica que ainda que eu só tenha visto nos primeiros dois períodos ainda assim conseguiu deixar uma linda e elegante marca única e típica dela. Ao Victor por todas as risadas sinceras, pelo verdadeiro exemplo de paciência e por nunca hesitar em me salvar em praticamente todos os trabalhos acadêmicos. Vocês são, sem dúvidas, os melhores presentes que vida acadêmica poderia me dar.

À minha orientadora Larissa Pinha de Oliveira que aceitou o desafio de me orientar mesmo diante do tempo tão curto para a elaboração desse trabalho.

Portanto, o meu povo vai para o exílio, por falta de conhecimento; a elite morrerá de fome, e as multidões, de sede.

Isaiás 5:13

RESUMO

O presente estudo tem como principal objetivo analisar os aspectos atinentes ao instituto do ato administrativo e sua possibilidade de controle pelos demais poderes, sobretudo, pelo poder Judiciário. Para isso analisou-se criticamente os elementos que constituem o instituto, afastando-se suas concepções tradicionais e substituindo-as pelas concepções mais modernas. O primeiro capítulo destinou-se a traçar as noções necessárias para a elaboração do trabalho, entre elas a delimitação dos princípios da supremacia do interesse público, do mínimo existencial e da reserva do possível. O segundo capítulo indicou a noção tradicional de ato administrativo, reformulando-a e demonstrando que na realidade não há como se falar em atos completamente vinculados ou discricionários. O terceiro capítulo teve como objetivo demonstrar a obrigatoriedade da motivação do ato administrativo como meio principal de controle. Por fim, o quarto capítulo analisou a possibilidade de controle do ato dentro da perspectiva saúde pública. Nesse sentido, verificou-se a situação de judicialização da saúde e da atuação do Poder Judiciário que muitas vezes se sobrepõe aos demais poderes ao elaborar verdadeiras políticas públicas. Nesse sentido não se afastou essa possibilidade, pelo contrário, reconheceu-se que dentro de alguns limites essa situação é plenamente possível se o seu objetivo é resguardar e implementar direitos os direitos fundamentais de toda a sociedade.

Palavras Chaves: Ato Administrativo; Direito Administrativo; Direito à Saúde; Judicialização da Saúde; Separação dos Poderes.

ABSTRACT

This present study has as main objective to analyze the aspects related to the institute of the administrative act and the possibility of control by the other powers, mainly, by the Judiciary. For this, the elements that constitute the institute were analyzed critically, moving away from their traditional conceptions and replacing them with the most modern conceptions. The first chapter aimed to outline the notions necessary for the elaboration of the work, among them the delimitation of the principles of the supremacy of the public interest, the existential minimum and the reserve of the possible. The second chapter indicated the traditional notion of administrative act, reformulating it and demonstrating the impossibility of recognizing acts that are subject to control and acts that do not, since ultimately all can be controlled. The third chapter aimed to demonstrate the mandatory motivation of the administrative act as the main means of control. Finally, the fourth chapter examined the possibility of control of the act within the public health perspective. In this sense, it was verified the situation of judicialization of the health and of the action of the Judiciary Power that often overlaps with the other powers when elaborating true public policies. In the terms, this possibility has not been ruled out, on the contrary, it has been recognized that within some limits this situation is fully possible if its objective is to safeguard and implement fundamental rights for the whole society.

Keywords: Administrative act; Administrative Law; Health Law; Judicialisation of health; Separation of Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	13
1.1. Princípio da supremacia do Interesse público sobre o privado e sua indisponibilidade.....	13
1.1.1 O que (não) se entende por interesse público.....	14
1.1.2. O que se entende por interesse público.....	17
1.1.3. Existe supremacia do interesse público?.....	22
1.2. Princípio do Mínimo Existencial.....	24
1.3. Princípio da Reserva do Possível.....	28
1.3.2. O que é Reserva do Possível?.....	28
1.3.3. Reserva do Possível e Mínimo Existencial.....	30
1.3.4. Reserva do Possível, atuação do Judiciário e a Separação dos Poderes...	33
2. ATO ADMINISTRATIVO.....	34
2.1. Conceito de ato administrativo.....	35
2.2. Elementos do Ato administrativo.....	37
2.2.2. Sujeito ou Competência Administrativa.....	38
2.2.3. Forma.....	38
2.2.4. Finalidade.....	40
2.2.5. Conteúdo.....	41
2.2.6. Motivo.....	41
3. É POSSÍVEL O CONTROLE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO?	42
3.1. Vinculação e Discricionariedade.....	43
3.1.2. Análise Tradicional do Conceito de Ato Discricionário e suas críticas ...	43
3.1.3. Análise Tradicional do Conceito de Ato Vinculado e suas críticas	44
3.2. Motivação do Ato Administrativo.....	46
3.2.2. O que é motivação?.....	46
3.2.3. Fundamentos da obrigatoriedade da motivação.....	47
3.2.4. Por que motivar o ato administrativo?.....	52
3.3. Motivação como meio de Controle do Ato Administrativo.....	54
3.3.2. Controle pelo Legislativo.....	54

3.3.3. Controle do Judiciário	56
4. O DIREITO À SAÚDE, JUDICIALIZAÇÃO E LIMITES.....	58
4.1. Políticas Públicas: da análise geral às Políticas Públicas de Saúde.....	58
4.1.2. Surgimento das Políticas Públicas como área de conhecimento	58
4.1.3. Políticas Públicas: da interpenetração entre políticas e direito.....	60
4.1.4. Políticas Públicas e Direitos Sociais.....	61
4.2. O Direito Fundamental à Saúde	63
4.2.2. Direito à Saúde: Dupla Dimensão	63
4.2.3. Direito à Saúde no ordenamento jurídico brasileiro	64
4.2.4. Conceituação do Direito à Saúde	66
4.3. A Judicialização do Direito à Saúde.....	67
4.4. Possibilidades e limites da atuação contramajoritária	71
CONCLUSÃO.....	75
BIBLIOGRAFIA	79

INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que trouxe consigo a constitucionalização de temas importantes para a sociedade – até então considerados como pertencentes ao domínio da política –, diversas demandas da população brasileira têm chegado do Judiciário. Entre elas, a busca por meios realmente efetivos de realização do Direito à educação, à moradia e, ao que interessa o presente trabalho, o Direito à saúde.

A atual constituição e o esforço dos juristas que se empenham em demonstrar a aplicabilidade direta e imediata dos preceitos constitucionais tem transformado a mentalidade dos cidadãos brasileiros, que hoje não atuam meramente como receptores de direitos, mas reconhecem o importante papel de, como atores sociais, lutarem por eles e construí-los.

Ocorre que, para a percepção de seus direitos, os cidadãos, muitas vezes, necessitam recorrer ao Judiciário. Isso porque, a descrença com os poderes constituídos democraticamente aparece com força no cenário brasileiro como resultado da insuficiência na implementação das necessidades básicas da sociedade, além da herança do regime autoritário¹, rompido com a Constituição de 1988.

Apesar da beleza do desenvolvimento do sentimento constitucional na sociedade brasileira, não há dúvidas de que o crescimento no número de demandas levadas ao Judiciário tem causado transtorno no que tange a clássica divisão dos poderes do Estado, elaborada por Locke e aperfeiçoada por Montesquieu².

Isso porque, não raras vezes, a atuação do Judiciário ultrapassa sua tradicional competência de julgador e invade o âmbito do Legislativo, com a interpretação de leis e preenchimentos de lacunas que mais se assemelham a uma atividade criativa. Além disso,

¹ A constituição de 1988 reinaugurou o regime democrático no Brasil após os vinte e um anos de ditadura que duraram de 1964 à 1985. O passado autoritário e supressor de Direitos Fundamentais, certamente foi de grande influência no momento de elaboração do atual texto constitucional que consagrou em sua estrutura direitos essenciais dos cidadãos e ainda os blindou de qualquer possibilidade mudança ao reconhecê-los como cláusulas pétreas.

² Vale ressaltar que atualmente essa clássica divisão de poderes não é mais plenamente adotada. Na realidade o que se verifica na verdade é uma separação de funções que aparecem de forma mais preponderante em um ou em outro poder. Assim, se o Poder Judiciário tem a função típica de julgar ele também atipicamente apresentará, embora de forma amena, as funções de administrar e legislar.

a competência do Executivo também é usurpada, no momento que o Judiciário passa a formular políticas públicas para a implementação de direitos essenciais à população, ordenando seu cumprimento, sem qualquer preocupação com o planejamento orçamentário realizado pelo governo.

Ora, não se pretende aqui o afastamento da atuação do Judiciário e a não responsabilização dos demais poderes na realização dos direitos dos indivíduos amparando-se na noção de *reserva do possível*, conforme se mostrará em breve. Pelo contrário, no que tange ao direito a saúde, objeto do presente trabalho, defende-se o afastamento do mencionado princípio e, quando não possível, sua mitigação, pela valorização e reconhecimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e pela noção de supremacia do interesse público na perspectiva dos indivíduos que compõe a sociedade.

Para isso, será necessária a análise de importantes institutos do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o primeiro capítulo se concentrará na conceituação, avaliação e imposição de limites aos conceitos de supremacia de interesse público, dos princípios da dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e reserva do possível.

O segundo capítulo traçará os contornos dos atos administrativos, ou seja, quem são seus sujeitos, qual seu objeto, sua forma e, mais importante, no que consiste sua finalidade e motivo com o objetivo de fornecer subsídios para o capítulo seguinte, cujo ponto central é responder a seguinte indagação: “é possível o controle do mérito do ato administrativo?”.

Sendo positiva a resposta será analisado, por fim, o controle do Judiciário sobre as políticas públicas na área da saúde, seus perigos e seus benefícios. Tudo isso para, por fim realizar-se sucintamente a elaboração de limites para essa atuação do Judiciário de forma que a realização de demandas da população possa ser devidamente amparada sem, contudo, comprometer a legitimidade democrática dos demais poderes, o orçamento público e as políticas públicas estabelecidas legitimamente pelo Executivo.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Para o melhor entendimento do presente trabalho, cabe a análise alguns conceitos fundamentais que servirão de base para as discussões que serão suscitadas. São eles, a delimitação dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, mínimo existencial e da reserva do possível.

Inicialmente vale ressaltar que os princípios apresentam grande relevância no direito administrativo, tendo em vista que toda a atividade administrativa é vinculada a um fim principal a ser atingido, a saber, o interesse público. Nesse cenário, muitas são as situações que o direito não estabelece conduta determinada para a realização desse fim, sendo possível que o administrador realize juízos de valores e elenque os melhores meios a serem realizados com esse objetivo em determinada circunstância. Assim, em meio a essa autonomia de atuação do administrador, os princípios são importantes balizadores na realização das escolhas adequadas.

Se, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 indica em seu artigo 5º que a saúde é direito fundamental do indivíduo e, além disso, prescreve no artigo 196 que a saúde é direito de todos e que o Estado deve garanti-la *“mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*, caberá ao administrador público, a elaboração de planos que visem da melhor forma concretizar este direito estendendo-o à maior quantidade possível de indivíduos e mantendo a máxima qualidade.

Nesse sentido, o ato de analisar criticamente as escolhas dos administradores e verificar se é possível ou não a realização do controle dessas escolhas, passa primeiramente pelo entendimento da base que guia o Executivo à direção A ou B, quando diante de um leque de opções possíveis.

1.1.Princípio da supremacia do Interesse público sobre o privado e sua indisponibilidade

1.1.1 O que (não) se entende por interesse público

Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público não figuram expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo reconhecido como um princípio implícito. Com vistas à apresentação desses conceitos é necessário primeiramente destrinchar no que consiste a ideia de interesse público.

Cabe indicar desde logo que não se pretende realizar a conceituação exata de interesse público, tendo em vista que demandaria pesquisa demasiadamente aprofundada, uma vez que a referida noção comporta diversidade de conteúdos, estando abarcada na ideia de conceito jurídico indeterminado, dado sua fluidez e amorfia. Porém, ainda assim, é possível, por exclusão, traçar suas bases indicando o que não se confunde com essa ideia.

Nesse sentido, afirma-se que interesse público não se confunde com o interesse do Estado e nesse sentido afirma Hely Lopes Meirelles que *“a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado”*³.

Clara evidência dessa diferenciação está na existência de interesses públicos não estatais, como os do terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais.

Vale ressaltar também que a doutrina costuma diferenciar a existência de dois interesses públicos, o primário que seria de fato o interesse geral da coletividade e um interesse secundário que estaria atrelado aos interesses da máquina estatal. Nesse sentido afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidade, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 113.

últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, simulares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito⁴.

Além disso, confundir essas ideias significa realizar uma inversão na compreensão dos conceitos e afirmar que o interesse público tem seu gênesis no Estado, quando na realidade o que ocorre é a situação contrária. Nesse sentido afirma o professor Marçal Justen Filho:

Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe *antes* do Estado⁵.

O interesse público também não se confunde com o interesse da sociedade, esta entendida não como mero somatório de indivíduos, mas pela pressuposição de que esse conjunto desses indivíduos resultaria em algo maior que a simples soma das unidades, estando, portanto, acima deles⁶.

Esse cenário tornaria dificultoso identificar quais seriam esses interesses, sendo necessário que se atribuísse a um sujeito o poder da determinação do seu conteúdo, o que poderia resultar na adoção de algo como *interesse público* que na realidade não seria interesse de ninguém, além do próprio agente decisivo, o que poderia gerar regimes totalitários de antidemocráticos.

Marçal Justen Filho a analisar a possibilidade de se adotar o mesmo conteúdo para interesse público e interesse da sociedade afirma:

Embora a sociedade não se confunda com os indivíduos que a integra, a tese não pode ser aceita em virtude de sua natureza antidemocrática. Gera a possibilidade de reconhecer como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual concreto. A desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do totalitarismo. É o primeiro passo para o reconhecimento de interesse supra individuais, de configuração

⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 66.

⁵FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 119.

⁶Ibidem, p. 121.

totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo⁷.

Não se confunde também interesse público com o interesse da totalidade dos sujeitos privados, pois nesse caso não haveria diferenciação qualitativa entre interesses públicos e privados, mas apenas quantitativa. Assim, sempre que um sujeito divergisse do restante do grupo, indicando seu interesse pessoal e privado, em contraposição estaria criado o interesse público que deveria ser seguido por todos⁸.

Porém, ainda que interesse público não se reduza ao mero somatório dos interesses individuais da sociedade, cabe aqui o entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Melo para quem “não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade”. Nesse sentido:

Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse ao mesmo tempo contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contrassenso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um⁹.

Por fim, interesse público não se confunde com interesse da maioria. Isso porque, essa concepção transforma em interesse público todos os interesses comuns da maioria do povo, elevando esses anseios à diretrizes de atuação do Estado¹⁰.

Segundo Justen Filho entendê-lo assim, como uma mera questão quantitativa, de números, acarreta que qualquer política pública de defesa de minorias, como política de ações afirmativas, não possa ser tida como meio para realizar o interesse público, pois olharia para um quantitativo menor, quando na realidade verifica-se ser possível que a satisfação do interesse público esteja na realização de um único interesse particular¹¹.

Assim, essa concepção não pode ser adotada, pois respeitar apenas o interesse da maioria acarretaria na destruição dos interesses minoritários, e um Estado que se

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 60.

¹⁰ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 122

¹¹ Ibidem.

pretende Democrático deve tutelar tanto os interesses da maioria como das minorias, segundo as diretrizes constitucionais.

Isso porque desde os fins do século XIX começam a ocorrer diversas mudanças no mundo e, segundo afirma Di Pietro após essa virada “*o direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo*”¹².

Pode parecer contraditório com o afirmado anteriormente, mas na realidade o que se verifica é que um ordenamento jurídico que busca a justiça social não pode se abster de dar atendimento a todos os seus integrantes, utilizando meramente o discurso da maioria, sob pena de alijar parte da sociedade de seus direitos básicos.

Ainda nesse sentido é o entendimento firmado do STJ no Recurso Especial n 1185474/SC de Relatoria do Ministro Humberto Martins ao afirmar:

É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposto à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque, *a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento o processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais.* (grifo nosso)¹³

1.1.2. O que se entende por interesse público

Indicando o que não é interesse público, é possível agora a tentativa de elucidação desse conceito. A concepção mais básica que todo jurista possui dessa noção é de um interesse que se apresenta sobre os demais interesses da sociedade, criando

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 65.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Constitucional. *Recurso Especial*. Escassez de recursos como o resultado de uma decisão política – prioridade dos direitos fundamentais – conteúdo do mínimo existencial. Recurso Especial nº 1185474/SC. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Min. Relator Humberto Martins. Santa Catarina, Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399#>> . Acesso em: 7 de dez. de 2016.

diretrizes de atuação do Estado. Mas quais são esses interesses que apresentam esse atributo de **supremacia**?

Esse questionamento mostra-se relevante, uma vez que deixá-lo de lado implica em adotar um raciocínio que afirma que um interesse é público, *pois* está acima dos demais interesses da sociedade. Porém, essa lógica já foi refutada anteriormente e a linha seguida é de que, pelo contrário, o atributo de supremacia é dado a esses interesses justamente por eles apresentarem essa característica de público.

Seguindo ainda a concepção do professor Marçal Justen Filho, ele indica que apenas alguns interesses privados podem ser considerados públicos. Assim, dentro da categoria de interesses privados seria possível indicar interesses egoístas, considerados interesses essencialmente individuais, e interesses não egoístas¹⁴.

É essa segunda categoria que poderia dar origem a interesses públicos quando ocorresse uma convergência homogênea de anseios dos indivíduos do grupo social em direção a essa pretensão. Assim, “*esses interesses privados especiais podem ser tão relevantes a ponto de dispensar o requisito da maioria*”¹⁵, bastando apenas “*que parcelas significativas da sociedade apresentassem interesses comuns dessa ordem para o reconhecimento da publicidade do interesse*”¹⁶.

Nessa mesma linha é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Melo. Segundo ele:

(...) existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente as conveniências de cada um no que se concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas –, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos. (...)

Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse do todo ou interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser

¹⁴FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 122

¹⁵ *Ibidem*, p. 122.

¹⁶ *Ibidem*, p. 122.

tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais¹⁷.

Em suma, para Bandeira de Mello “o interesse público deve ser conceituado como interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”¹⁸.

Ora, apesar de parecer, essa elucidação nada resolve, pois não indica o conteúdo desses interesses públicos, pelo contrário, demonstra que ele não possui conteúdo próprio. Assim, o que importa na sua qualificação como público é a apresentação de uma qualidade que eleva um interesse a esse patamar, mesmo sem o acompanhamento da maioria.

Para Justen Filho¹⁹ esse atributo peculiar que diferencia os interesses privados dos públicos é a sua *indisponibilidade*, assim o interesse será público porque ele é indisponível. Essa indisponibilidade apresenta-se pela fundamentalidade dos direitos que são tutelados por esses interesses, pois ao se invocar o interesse público não se pode ter em vista algo que não seja a realização de direitos fundamentais.

Assim, interesses públicos são aqueles que são indisponíveis por tutelarem direitos e valores fundamentais e, portanto, recebem o atributo de superioridade sobre os demais, com o objetivo de coibir ações estatais que possam ser nocivas a esses valores que são promovidos constitucionalmente.

Ocorre que o ordenamento jurídico consagra uma multiplicidade de interesses a serem protegidos pelo Estado. Conforme será estudado no presente trabalho, muitas vezes ocorrerá o embate de interesses legítimos do Estado, sendo necessário que os conflitos sejam realizados caso a caso, pois adotar uma solução predeterminada, apesar de parecer uma opção salvadora, pode acabar gerando resultados nocivos aos destinatários desses interesses. Assim, sua aplicação dependerá de um processo de embates entre esses direitos

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 61.

¹⁸ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 122.

¹⁹ *Ibidem*, p. 123.

e interesses, pois não haverá apenas um “interesse público” indicado pela Constituição Federal. Nesse sentido:

(...) somente é possível aludir a interesse público como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da Administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o interesse público. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse interesse público, e sim porque compatível com os direitos fundamentais²⁰.

Assim não se está aqui afirmando que interesses públicos se confundem com direitos fundamentais, mas que não é aceitável a concretização de um interesse que não tenha como fim principal a concretização desses direitos.

A jurisprudência do STF e STJ tem confirmado esse entendimento em diversas oportunidades, principalmente nos inúmeros embates atuais entre interesse público orçamentário e o direito fundamental à dignidade individual, à saúde e à vida²¹, conforme será trabalhado de forma minuciosa no capítulo 4.

A título de curiosidade, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393175 do Rio Grande do Sul de relatoria do Ministro Celso de Mello, consolidou bem esse entendimento. O caso versou sobre paciente com esquizofrenia e doença maníaco-depressiva, com episódios de tentativa de suicídio e destituído de recursos financeiros, que solicitava o fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis para a manutenção de sua vida e dignidade.

No embate entre o direito à saúde e à vida do recorrente e a disponibilidade de recursos públicos aptos ao atendimento dessas demandas, a suprema corte reconheceu a primazia do direito à saúde, tendo em vista sua fundamentalidade, em face dos interesses secundários do Estado. Nesse sentido, o eminente ministro afirmou que,

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria

²⁰ Ibidem, p. 128.

²¹ Nesse sentido é o Resp. 1.185.474-SC de Relatoria do Ministro Humberto Martins; o Recurso Extraordinário nº 39317/RS de Relatoria do Ministro Celso de Mello; o Pedido de suspensão de tutela antecipada nº 91/2007 de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, entre outros.

Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana²².

Portanto identifica-se que com o interesse público sempre irá buscar a concretização da boa vida dos indivíduos, mas de forma indireta e irá conviver com interesses individuais atrelados diretamente aos direitos fundamentais do cidadão, onde esses deverão prevalecer sobre aqueles²³.

É o caso apresentado do interesse financeiro do Estado, que em última análise busca sim felicidade, dignidade, os direitos fundamentais dos indivíduos que compõe a sociedade, pois não há dúvidas que uma boa organização orçamentária tem o condão de possibilitar a melhor aplicação de dinheiro na concretização de saúde, educação, lazer dos indivíduos, entre outros direitos. Porém, o faz de forma indireta, sendo completamente diferente da pretensão do indivíduo de receber um medicamento que, apesar de não constar na lista de remédios concedidos pelo Sistema Único de Saúde, é o único meio de manter sua vida.

Por fim, vale indicar que o conceito de interesse público é mutável e depende do momento histórico em que ele se insere, e em consenso social mínimo. Isso não é difícil de reconhecer, tendo em vista que o fim de interesse público é alçar direitos fundamentais. Por exemplo, durante a vigência do Estado Liberal, o objeto principal do interesse público era garantir o direito de liberdade do indivíduo frente ao Estado e a partir do século com a consagração dos direitos fundamentais de 2ª geração, essa perspectiva muda para um véis mais social, preocupada com a igualdade e liberdade sob o ponto de vista material.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Agravo Regimental no recurso Extraordinário*. Direito à vida e à saúde. Recurso Extraordinário nº 393175/RS. Recorrente: Luiz Marcelo Dias e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 1º de Fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>> . Acesso em: 1 de nov. de 2016.

²³ Na realidade esses interesses particulares por estarem atrelados a algo tão essencial na dinâmica de um Estado, a saber, a defesa de interesses fundamentais aos indivíduos, não podem ser chamados de outra forma, se não de interesses públicos também. Porém seguiremos o entendimento clássico que separa esses interesses em âmbitos diferentes.

Essa mutabilidade se dá pelo fato de que o interesse público está atrelado a noção de mínimo existencial que pode ser transformado em cada época. Porém, ainda assim se retoma e reforça a concepção anteriormente indicada de que interesses públicos são aqueles que são indisponíveis por tutelarem direitos e valores fundamentais e, portanto, recebem o atributo de superioridade sobre os demais, com o objetivo de coibir ações estatais que possam ser nocivas a esses valores que são promovidos constitucionalmente.

Esses valores devem ser precisamente delimitados no momento histórico para que sejam tutelados, é nesse sentido que a concepção de mínimo existencial será trabalhada adiante sendo certo que este deve, necessariamente, proteger a dignidade do ser humano e uma concepção de boa vida.

1.1.3. Existe supremacia do interesse público?

O questionamento quanto a existência de supremacia no interesse público é pertinente tendo em vista que diversos autores têm suscitado sua inexistência.

Nesse sentido é a crítica do professor Humberto Ávila que em artigo intitulado “*repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*”, entre outras críticas, afirma que faltam ao referido princípio fundamentos jurídico-positivos de validade, uma vez que “*ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente*», *mesmo no caso de ser explicado com um princípio abstrato e relativo, pois ele não resulta, ex constitutione, da análise sistemática do Direito*”²⁴.

Humberto Ávila defende que se existe esse princípio superior que pode ser descoberto por meio da experimentação jurídica, este princípio estabelece uma prevalência dos direitos privados com base nos direitos fundamentais. Logo, haveria uma supremacia seria a do interesse privado com lastro nos direitos fundamentais, o que para

²⁴ ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I n.º. 7, outubro, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> >. Acesso em: 1º de novembro de 2016, p. 12

o autor seria uma contradição, tendo em vista que o que se estaria consagrando seriam interesses individuais e não públicos²⁵.

Outra crítica que pode ser formulada está no fato de que hoje a relação entre Administração Pública e administrado não se apresenta mais de forma essencialmente vertical, pelo contrário fala-se de consensualidade entre as partes que figuram em muitos casos no mesmo patamar. Os cidadãos não figuram mais como meros expectadores da Administração que impõe sobre ele tudo que lhe parece conveniente, mas atuam como verdadeiros criadores dos interesses e objetivos a serem perseguidos pelo Estado, ou seja, todos participam da formação da vontade coletiva, do interesse público.

A despeito das críticas traças acima, ainda assim é possível sustentar a existência de um princípio da supremacia do interesse público, porém essa defesa não deve ser realizada de forma irrestrita e plena. É ingênuo afirmar que exista um interesse público superior a todos os outros sem que existam embates e ponderações.

É possível verificar na dinâmica do dia-a-dia da sociedade, nunca de forma abstrata, a existência de interesses que estão acima dos demais, porém, isso não impossibilita que sejam afastados em prol de interesses considerados tradicionalmente como privados, como, conforme se demonstrou acima, já tem sido feito em sede de decisões judiciais.

Assim, defende-se uma supremacia mitigada, pois além de poder ser reconhecida apenas diante de um caso concreto, ela não deve ser considerada de forma ilimitada, nem imutável.

Vale ressaltar a concepção de Gutavo Binenbojm, que ao analisar o princípio da supremacia do interesse público, atrela esse interesse à busca dos direitos fundamentais e indica a possibilidade de mitigação de utilização da ponderação sobre esses interesses.

O autor se posiciona contrário à prevalência absoluta desses interesses e afirma que deve ser realizada

²⁵ Ibidem, p. 13.

(...) a aplicação do postulado da proporcionalidade, que busca alcançar um ponto de otimização entre os interesses conflitantes no processo de construção da decisão administrativa. Nesta, como em diversas situações, a promoção do interesse público inclui em seu bojo a preservação otimizada do direito individual *vis-à-vis* dos interesses difusos da sociedade²⁶.

1.2. Princípio do Mínimo Existencial

O constitucionalismo contemporâneo possui como uma de suas principais características a inserção da pessoa humana no centro de seu discurso. Assim, nunca antes, a dignidade da pessoa humana esteve presentes em tantas discussões públicas, conjuntamente com o reconhecimento da necessidade de um tratamento materialmente igualitário entre os indivíduos que confira à todos condições mínimas de sobrevivência e perseguição de seus objetivos com igualdade de chances de obtenção de êxito.

Segundo o Professor Ricardo Lobo Torres²⁷, a Teoria do Mínimo Existencial se apresenta como um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais e possui ligações estreitas com o dever do Estado diante da situação da pobreza de seus membros cuja origem remontaria ao surgimento do iluminismo e do liberalismo²⁸.

Esse princípio de forma muito sucinta pode ser reconhecido como um agrupamento mínimo de bens e utilidades imprescindíveis à existência humana digna, como por exemplo, a oferta de serviços públicos pelo Estado nas esferas de saúde, educação, saneamento básicos, entre outros. Isso porque, sem o mínimo necessário à existência do indivíduo não há possibilidade de sobrevivência e desaparecem as possibilidades de liberdade.

Para Ingo Sarlet o conceito de mínimo existencial está intrinsecamente relacionado à ideia de direitos sociais, pois esses possuem como finalidade comum assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna. Eles visam a preservação da vida humana, “*não apenas na condição de*

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo*. In: BIJEBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e Pareceres*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 94.

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito do Mínimo Existencial*. 1ª Edição Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p.25.

²⁸ *Ibidem*, p. 4.

mera existência física, mas uma existência que atenda aos parâmetros elementares de dignidade”²⁹, isso porque a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”³⁰.

O fundamento da ideia de mínimo existencial é facilmente depreendido do princípio da dignidade da pessoa humana. Porém no que tange ao seu conteúdo verifica-se grande dificuldade de precisão que tem suscitando grandes embates entre os juristas. O mínimo existencial não possui reconhecimento constitucional expresso, devendo ser inferido de outras normas constitucionais, sobretudo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso na tentativa de elaborar um conceito para o princípio, indica que o mínimo existencial abrangeria “as condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”³¹. Além disso, no que tange as escolhas do legislador e atuação do Judiciário o jurista afirma que:

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático³².

Nesse sentido acompanha Ana Paula Barcellos ao afirmar que “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 310

³⁰ SCHOLLER, Heinrich. Die Störung des Urlaubsgenusses eines empfindsamen Menschen durch einen Behinderten, in: JZ 1980, pg. 672 s. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 319

³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*, p. 10-11. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 15 de novembro de 2016.

³² Ibidem.

reconhecer a eficácia jurídica ou simétrica”³³. Quanto ao seu conteúdo a autora afirma que:

O mínimo existencial que ora se concede é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário³⁴.

Diferente é o posicionamento do professor Ricardo Lobo Torres, que não vislumbra a existência de um conteúdo estacionário para o princípio, pelo contrário, esse se transformaria e se conformaria em contextos histórico-culturais diferenciados.

TORRES, em sua obra “O Direito ao Mínimo Existencial”, conforme afirmado anteriormente, correlaciona a Teoria do Mínimo Existencial à Teoria dos Direitos Fundamentais. Tomando isso como base ele se propõe a elaborar um conteúdo para esse conceito sob a perspectiva das duas primeiras gerações de direitos fundamentais.

Para o autor, a ideia de mínimo existencial *se confunde* com o conteúdo dos *direitos de liberdade*, apresentando ambos as mesmas características, ou seja, são inerentes à pessoa humana, existindo por si só com ampla possibilidade de produzirem efeitos, sem necessidade de norma positiva o reconhecendo; são aplicáveis a todos os indivíduos da sociedade; não possuindo um *roll* pré-fixado; *variam* conforme o momento histórico, ou seja, são indefiníveis; além de possuírem caráter negativo por proteger o cidadão contra a atuação do Estado e positivo por imporem a esse próprio Estado a garantia e concretização das liberdades do indivíduo e suas condições essenciais³⁵.

O problema repousa quando se analisa a relação entre esse mínimo existencial e os *direitos sociais*. Para ele, o mínimo existencial se insere da lógica dos direitos sociais,

³³ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. Pg. 258 apud TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 76

³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 76.

³⁵ *Ibidem*, p. 9.

porém são apenas uma parcela reduzida “*que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo do qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade*”³⁶.

TORRES firma que esse mínimo que se inclui dentro do *roll* de direitos fundamentais sociais “*protege (o cidadão) contra as restrições do Estado e de terceiros, carece de prestações positivas e é plenamente garantido pela jurisdição, independentemente de reserva orçamentária, pois goza também de garantias institucionais*”³⁷, porém não indica quais seriam seus componentes. No entanto, não há dúvidas que, da mesma forma que na análise dos direitos de liberdade, aqui nos direitos sociais que se incluem dentro da lógica dos direitos mínimos, também haverá transformações nos diferentes contextos históricos.

Na mesma linha é o pensamento de Ingo Sarlet ao afirmar que a garantia do mínimo existencial por meio dos direitos sociais não se restringe aos direitos mencionados no artigo 6º da Constituição Federal³⁸ e que em cada momento da história eles possuem um conteúdo diferenciado. Nesse sentido:

A fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade é – além de condicionada espacial e temporalmente – dependente do standard socioeconômico vigente, na medida em que não se pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes³⁹.

Importante salientar que a despeito de realizar a análise do mínimo existencial sob a perspectiva dos direitos fundamentais, sobretudo os de segunda geração, e reconhecer que “*as dimensões que densificam o mínimo existencial certamente guardam (maior ou menor) relação com o núcleo essencial de grande parte dos direitos sociais*”⁴⁰, o autor afirma que:

³⁶ Ibidem, p. 53

³⁷ Ibidem, p. 54

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 309

³⁹ Ibidem, p. 319

⁴⁰ Ibidem, p. 323

embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde) ao conteúdo essencial dos direitos sociais⁴¹.

Tendo em vista o conteúdo fluido do conceito o autor não tenta delimitar precisamente o que estaria abarcado pelo mínimo existencial, mas reconhece a existência desse patamar mínimo onde, inclusive, não poderia incidir limitações pela reserva do possível. Nesse sentido afirma que *“o princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais”*⁴².

No presente trabalho, adota-se como conteúdo do conceito de mínimo existencial a perspectiva do professor Luis Roberto Barroso, a saber, condições mínimas de saúde e educação. A fundamentação teórica para o surgimento do princípio adotada é a do professor por Ricardo Lobo Torres e de Ingo Wolfgang Sarlet, ou seja, a proteção dessas condições mínimas se baseariam sobre o princípio da liberdade.

1.3. Princípio da Reserva do Possível

1.3.2. O que é Reserva do Possível?

O conceito de “reserva do possível” teve origem na Corte Alemã na década de 1970 na famosa decisão que limitou o número de vagas nas universidades públicas alemãs. Em última análise a decisão desobrigou o estado a oferecer quantidade de vagas que fossem suficientes para atender todos os estudantes pátrios, a despeito do que preconiza o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo a qual *“todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”*⁴³.

⁴¹ Ibidem, p. 323

⁴² Ibidem, p. 356

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 287.

A conhecida decisão construiu a noção de reserva do possível vinculada a ideia de razoabilidade do pedido, o que segundo Ingo Sarlet significa afirmar que o cidadão só pode exigir do Estado aquilo que ele pode razoavelmente esperar e receber. Nesse sentido, afirma o jurista que a Corte Constitucional Alemã:

(...) firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, **mesmo em dispendo o Estado dos recursos** e tendo o poder de disposição, não pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável⁴⁴. (grifo nosso)

Assim, verifica-se que em sua origem o conceito de “reserva do possível” não se vincula a ideia de (in)existência de recursos materiais/financeiros suficientes para a efetivação dos direitos sociais sim ao que é possível de ser considerado como pretensão razoável do indivíduo frente ao poder Público.

Transportado para a realidade brasileira o conceito passou a ser considerado como princípio do *financeiramente* possível, na medida em que consiste na defesa da garantia de direitos previstos no ordenamento jurídico pátrio, desde que existam os recursos públicos correlatos⁴⁵.

Essa compreensão origina-se do reconhecimento de que todo direito, ainda os que tradicionalmente são chamados de direitos fundamentais negativos, possui custo e a sua mera existência e positivação não tem o condão de gerar recursos materiais para a sua realização fática. É necessário que se admita a existência de limites reais do Estado para a concretização de direitos, sobretudo os prestacionais, que dependem diretamente da disponibilidade de recursos⁴⁶.

Existe, portanto, um claro conflito entre a necessidade de o Estado intervir na ordem social garantindo os direitos fundamentais consagrados na ordem jurídica e escassez de recursos públicos, na medida em que a disponibilidade material de recursos limita a atuação estatal.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem, p.285

⁴⁶ Ibidem, p. 285

Nesse sentido os juristas tem enfrentado grande dificuldade em resolver conflitos em que ocorre o embate entre pretensões legítimas dos cidadãos e a recusa do Estado em concedê-las sob o pretexto de insuficiência material.

Esse cenário leva os indivíduos a procurarem o Judiciário cuja atuação pode resultar em verdadeira atividade legislativa ou impor ao Estado obrigações não positivadas pelos representantes democraticamente escolhidos pelo povo ou na interferência na atividade discricionária dos administradores que legitimamente escolheram a alocação dos recursos em área diferente a que pretende aquele determinado cidadão.

Nesse contexto pairam duas dúvidas: “o Estado pode se recusar a concretizar as pretensões dos indivíduos amparados pela ideia da reserva do possível ou existem direitos que devem ser obrigatoriamente realizados?” e “existindo esses direitos insuscetíveis de recusa, quais são eles?”.

1.3.3. Reserva do Possível e Mínimo Existencial

Ao elencar um roll de direitos fundamentais a Constituição da República entrega ao cidadão brasileiro a prerrogativa de buscar a tutela jurídica dessas pretensões, sob a pena de tornar-se mera folha de papel sem caráter vinculante. Porém, estaria o Estado obrigado a conceder toda pretensão formulada pelo indivíduo no que tange à busca desses direitos? Ora, a resposta certamente é negativa se tomado como ponto de partida a discussão da Reserva do possível suscitada anteriormente.

O Estado ao conceder todo interesse de seus integrantes certamente esbarrará em limites fáticos para sua concessão. Não há como conceber um Estado com recursos suficientes para entregar uma casa a cada indivíduo que exigir judicialmente sob o pretexto de concretização do direito à moradia ou custear todo tratamento médico, independente do valor, que for solicitado por via judicial.

A adoção de uma postura que seja incondicionalmente inclinada a uma atividade estatal que tudo concede utilizando como base unicamente a evocação de princípios como

dignidade da pessoa humana ou mínimo existencial, sem a análise dos limites e do conteúdo dos referidos conceitos, pode acabar se configurando em verdadeira irresponsabilidade financeira. Toda atividade estatal tem um custo que deve ser analisado e alocado de forma a concretizar o interesse público da melhor forma possível e escolhas erradas podem custar caro aos cidadãos.

Porém, ainda assim, é possível o reconhecimento de um núcleo essencial que é sim imediatamente tutelável pelo cidadão e a que recusa do Estado não só não deveria ser possível, como também iria contra a própria noção de Estado cuja principal função, indicada pelas teorias contratualistas modernas⁴⁷, seria a de proteger a vida e inviolabilidade física dos seus integrantes.

É nesse ponto que os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível entram em um embate, uma vez que, sendo esse mínimo um núcleo de direitos que deve ser necessariamente amparado pelo Estado, pois foram as condições materiais básicas para a existência do ser humano, como poderia ele se esquivar de sua concretização invocando reserva financeiras amparadas em um interesse público secundário?

Sarlet analisando a controvérsia no que tange a concretização do mínimo existencial pelo Estado, conforme já explicitado no tópico anterior, reconhece o dever do Estado de assegurar pretensões indispensáveis ao mínimo existencial e de reconhecer o direito subjetivo e, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana⁴⁸.

Prosseguindo nessa linha, o autor analisa especificamente o direito à saúde, onde, atualmente, se encontra a maior gama de questionamentos e, em última análise, verifica-se a relação mais íntima com os direitos mais básicos do cidadão, a saber, o direito à vida e integridade física. Nessa seara afirma o jurista:

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde

⁴⁷ Nesse sentido é o entendimento de Thomas Hobbes no livro “Leviatã” ao se referir ao Estado como uma entidade que mantém a paz interna da sociedade. Ele afirma que o Estado seria um “*Deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus imortal, nossa paz e defesa*” – HOBBS, Thomas. O Leviatã. 7ª Edição. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 143.

⁴⁸ Ibidem, p. 325

(a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habitais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana⁴⁹.

Sarlet não abre mão da possibilidade de haver algum tipo de ponderação no campo da garantia do mínimo existencial, ainda mais, pois, como afirmado anteriormente, a mera invocação desse princípio atrelado pelos valores máximos da dignidade da pessoa humana, sem a análise e ponderação do caso concreto pode resultar em verdadeira irresponsabilidade do legislador, administrador e juiz. Assim, toda aplicação do princípio deve se dar orientada com o contexto em que a pretensão de insere, sob o risco de resultar em prejuízos para o próprio demandante ou para os demais à longo prazo.

Por fim, o autor suscita importante análise da noção de escassez de recursos realizada pela autora Ana Carolina Lopes Olsen, indicando sua inexistência e afirmando que a limitação de recursos:

é uma noção artificial, resultando de construção humana, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos (visto que há necessidades criadas, inclusive mediante estímulo externo, como vem demonstram os estudos sobre a publicidade) razão pela qual, a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir o mínimo de coerência entre a realidade a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.

Assim, não é toda pretensão que o demandante entende como legítima que deve ser atendida, mas o que é coerente com a realidade – conforma a orientação inicial do princípio da reserva do possível em sua origem inglesa – e aquilo que, como a saúde, a integridade física e a vida, representam a fração nuclear da existência e existência digna da pessoa humana.

O STF, por exemplo, como indicado anteriormente, se posiciona no sentido de reconhecer que existem direitos sim que devem ser resguardados a despeito de pretensões

⁴⁹ Ibidem, p. 328

estatais financeiras, afastando o princípio da reserva do possível e consagrando a superioridade da vida, da dignidade e integridade física do demandante⁵⁰.

1.3.4. Reserva do Possível, atuação do Judiciário e a Separação dos Poderes

A atuação do Judiciário é um dado muito importante ao se discutir o princípio reserva do possível, pois a efetividade da proteção dos direitos básicos dos cidadãos, sobretudo das minorias e grupos menos privilegiados, depende de última instância da sua atuação. Isso porque a Constituição Federal Brasileira elenca um extensivo *roll* de direitos fundamentais que devem ser concretizados pelo Estado e sua não observância pelos poderes públicos deve ser observada pelo Judiciário, quando provocado pelo cidadão.

Assim, o Judiciário acaba encerrando uma questão delicada com a imposição ao Executivo a prática de alguma prestação prática, que pode resultar na quebra do princípio da reparação dos poderes, ao criar verdadeiras políticas públicas e normas que nunca passaram pelo clivo das demais esferas.

Ora, em que pese inúmeras críticas que podem ser e já são suscitadas em relação a essa interferência do Judiciário, é certo que judicialização dessas pretensões básicas são realidade atualmente, inclusive com grande atuação da Corte Constitucional Brasileira como demonstrado nos tópicos anteriores.

A atuação mais proeminente do Supremo Tribunal Federal se relaciona ao direito à saúde. Nesse sentido já afirmou o Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário 393175/RS que:

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como pretensões de relevância pública, as ações e serviços da

⁵⁰ “(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no recurso Extraordinário nº 393175/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 1 de nov. de 2016.

saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimas a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídica social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade comportamentogovernamental desviante⁵¹.

Em vista desse posicionamento do Judiciário brasileiro e das implicações que decorrentes da interferência do judiciário na atuação dos demais poderes que acaba por impor a realização de verdadeiras políticas públicas de cunho social se sobrepondo ainda à distribuição orçamentária realizada pelo legislativo, o presente trabalho tratará em seguida das consequências dessa atuação judicial.

O foco será a possibilidade de controle da atuação administrativa pelo Judiciário, tomando como foco o instituto do ato administrativo. Por fiz far-se-á a análise dessa atuação no campo da saúde, sobretudo pela contemporaneidade do debate diante da atual discussão quanto à concessão de medicamentos não presentes na lista do SUS que está em pauta no supremo.

2. ATO ADMINISTRATIVO

Por muito tempo o Ato Administrativo foi considerado instituto central do Direito Público, notadamente no estudo no Direito Administrativo. Porém, ultimamente a perspectiva da atuação da Administração Pública tem sofrido grandes modificações que tem influenciado diretamente nessa relação entra a disciplina e o referido instituto⁵².

⁵¹ Ibidem.

⁵² Nesse sentido: “O Estado saiu de largos setores da vida social e econômica onde havia se inserido anteriormente. Não haveria, contudo, como voltar ao Estado liberal dos oitocentos. Teríamos então o que muitos denominam ‘Estado Regulador’, que não mais intervém com tanta intensidade na economia, e que, na medida do possível, permite aos atores privados tomar as suas próprias decisões empresariais e individuais, muitas vezes até celebrando acordo entre eles, retendo, contudo, sempre que forem necessários, amplos poderes regulatórios sobre as atividades privadas. (...) A nosso ver, esses novos fenômenos representam evoluções do Direito Administrativo decorrentes da evolução do Estado e da sociedade. Verifica-se, uma vez mais, que, da mesma forma que o Direito Administrativo nasceu de uma importante evolução social do Estado (Estado Absolutista para o Estado liberal), ele continua a se transformar em razão das alterações sociopolíticas ocorridas no Estado. Nada mais natural já que a Administração é o instrumento da atuação concreta do Estado na sociedade. Se o Estado e a sociedade mudam, a mudança do Direito Administrativo é uma consequência lógica e natural” – ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 10.

A atividade administrativa outrora entendida como uma atuação eminentemente vertical, em que os atos são meramente produzidos unilateralmente e auto executados pela Administração sobre seus destinatários, hoje se apresenta sob uma atuação que a doutrina convencionou chamar de horizontal, em que a Administração busca tomadas de decisões consensuais com o seus administrados que hoje possuem a participação mais direta e efetiva na gestão do Estado e na persecução de seus direitos básicos, seja por meio de deliberações diretas com a Administração e, quando não possível e/ou omissa a atuação dessa, pela busca de socorro no Judiciário.

Ainda que verídica a mitigação do instituto, ele possui ainda grande importância no cenário do direito público, notadamente na elaboração de políticas públicas que, muitas vezes deficitárias levam a população a questionar as escolhas do agente público e jurisdicionar questões que tradicionalmente se apresentavam como eminentemente políticas.

O grande problema que se apresenta nesse cenário é que esse órgão jurisdicional acionado pela população acaba decidindo questões complexas sem possuir o devido conhecimento de desenhos institucionais necessário para a resolução da controvérsia e sem a necessária legitimidade democrática que é entregue pela população para o Executivo e Legislativo.

Essa situação tem suscitado diversas questões quanto a possibilidade e/ou limites do controle do Judiciário sobre essas decisões políticas. É nesse sentido que o presente trabalho analisará o conceito de ato administrativo e seus elementos para, em seguida, discutir quanto a possibilidade ou não de controle da atividade administrativa.

2.1. Conceito de ato administrativo

Não há consenso entre os doutrinadores quanto ao conceito de ato administrativo, assim, traz-se a colação a conceituação realizada pelos principais autores de direito administrativo.

Para José dos Santos Carvalho Filho, ato administrativo representa “*exteriorização da vontade de agentes da Administração pública ou de seus delegatários,*

*nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público*⁵³.

Para Hely Lopes Meirelles o instituto representa *“toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”*⁵⁴.

Enquanto Carvalho Filho ampara seu conceito na ideia de interesse público, Hely Lopes Meirelles indica como núcleo do ato administrativo os efeitos que esse gera sobre direitos e obrigações relacionados aos administrados a própria Administração pública.

Prosseguindo, Celso Antônio Bandeira de Mello compreende o instituto como *“declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providência jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e, sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”*⁵⁵.

Interessante frisar que o conceito elaborado por Bandeira de Mello, diferente dos demais, apresenta a possibilidade de controle de legitimidade pelo Poder Judiciário, não tem, portanto, *definitividade* perante o Direito⁵⁶.

Por fim, o conceito Maria Sylvia Zanella Di Pietro e apresenta o ato administrativo como *“declaração do Estado, ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”*⁵⁷.

⁵³ FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 101

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 385

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 385

⁵⁶ *Ibidem*, p.386

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 203

DI PIETRO seguindo o entendimento de CELSO ANTÔNIO também indica a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, porém acrescenta apenas a “**produção de efeitos jurídicos imediatos**”, que segundo a autora:

distingue o ato administrativo de lei e afasta-se de seu conceito o regulamento que, quanto ao conteúdo, é ato normativo, mais semelhante a lei”⁵⁸, além disso, “afastam-se também os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como os atos materiais e os atos enunciativos”⁵⁹.

O presente trabalho adota o conceito da professora Di Pietro conjuntamente com a conceituação elaborada pelo professor José dos Santos Carvalho Filho no que tange a indicação da finalidade única do ato administrativo, a saber, a concretização do interesse público. Importante frisar que a finalidade do ato administrativo apresenta-se como um dos elementos do referido instituto e que serão abordados em seguida.

2.2. Elementos do Ato administrativo

Atos administrativos constituem espécies de atos jurídicos, uma vez que, conforme já explicitado anteriormente, constituem uma manifestação de vontade destinada a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

Nesse sentido, da mesma forma que nos atos jurídicos, o ato administrativo possui como elementos estruturais: sujeito, objetivo e forma. Porém, além desses três elementos básicos, apresentam também dois elementos especiais, a saber, a finalidade e o motivo.

Convém mencionar rapidamente que essa análise da estrutura dos atos administrativos não é um consenso entre os doutrinadores. Nesse sentido, a configuração apresentada acima e que será tratada nesse trabalho é a clássica apresentada por alguns autores, entre eles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁰ e Hely Lopes Meirelles, para quem

⁵⁸ Ibidem, p. 202

⁵⁹ Ibidem, p. 202

⁶⁰ Ibidem, p. 204-205

“o exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forme, motivo e objeto”⁶¹.

Diferente é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello que afirma que os elementos do ato administrativo são o conteúdo e a forma, e os pressupostos do ato são de existência (objeto e função administrativa) e de validade (sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização)⁶².

Seguindo a tradicional divisão dos elementos do ato administrativo, eles podem ser divididos em elementos com conteúdo vinculado, a saber, sujeito, forma e finalidade, e elementos com conteúdos discricionários, ou seja, conteúdo e motivo.

2.2.2. Sujeito ou Competência Administrativa

Sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato, ele é, portanto, quem produz o ato, podendo ser denominado agente. Assim, diferente do ato jurídico em que o sujeito precisa ter capacidade, ou seja, ser titular de direitos e obrigações, aqui ele precisará também ter competência que é atribuição normativa da legitimação para a prática do ato administrativo.

Em regra a função administrativa será reservada ao Estado, que se manifesta pelos seus órgãos. Cada órgão receberá um conjunto de atribuições que será fixada pelo direito positivo, sendo, portanto elemento vinculado e que não pode ser modificado pelo bel prazer do administrador.

Vale ressaltar que a titularidade dessa competência, ou seja, o sujeito do ato administrativo, nunca será uma pessoa física, mas um integrante da Administração Pública e os seus órgãos por meio dos quais, essa exterioriza sua vontade.

2.2.3. Forma

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 156

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 390-413

A forma é, em uma concepção mais restrita, o modo como ocorre a exteriorização do ato administrativo. Uma concepção mais ampla, segundo Di Pietro, indica a forma como “*não só a exteriorização, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração Pública, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato*”⁶³.

DI PIETRO indica também que a forma é de fundamental importância no ato administrativo, tendo em vista que “*é pelo respeito a forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado*”⁶⁴.

Os modos de formalização dos atos administrativos são diversos e dependem da função que este desempenha, sendo as formas possíveis tão variadas quanto os modos de comunicação humana. Assim, é possível verificar a forma escrita, a forma verbal, gestual e até mesmo o silêncio como modo de exteriorização do ato.

Ainda que inúmeras sejam as formas de exteriorização possível para o ato, a forma escrita é a regra⁶⁵ e na esfera federal a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9784/99) deixa isso claro ao afirmar em seu artigo 22 que “*os atos do processo administrativo federal não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir*”, exigindo apenas no §1º que os atos sejam produzidos “*por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável*”⁶⁶.

Muitas vezes, porém, a lei ultrapassa a mera exigência de forma escrita, exigindo também, por exemplo, a assinatura de uma ou mais autoridades administrativas, titulares da competência para a produção de um decreto⁶⁷.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 203.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 215

⁶⁵ *Ibidem*, p. 215

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 8 de novembro de 2016.

⁶⁷ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 361.

2.2.4. Finalidade

A finalidade é o objetivo que o ato deve alcançar, a saber, o interesse público. Ele é o objetivo mediato do ato, pois através do objetivo imediato (o seu conteúdo) a finalidade pública sempre deverá ser alcançada.

Esse elemento, assim como os dois requisitos apresentados anteriormente – competência e forma – é um elemento tradicionalmente considerado como vinculado de todo ato administrativo, seja ele discricionário ou regrado “*porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica*”⁶⁸.

Assim, conforme afirma Hely Lopes Meirelles “*desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos não de se dirigir sempre e sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo*”⁶⁹.

Buscar finalidade alheia ao interesse público leva o agente a incorrer em “desvio de finalidade” que eivará o ato de ilegalidade e este será, portanto, nulo. Assim, não há dúvidas que todo ato administrativo deve, necessariamente, ter como objetivo a concretização do interesse público.

Vale ressaltar também que Maria Sylvia Di Pietro, além da finalidade pública do ato, indica também um sentido específico para o elemento, a saber, a finalidade pode também ser analisada pelo “*resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei*”⁷⁰, assim por exemplo “*se a lei coloca a demissão entre os atos punitivo, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punição*”⁷¹.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 170

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 216

⁷¹ *Ibidem*, p. 217

2.2.5. Conteúdo

Também conhecido como objeto, o conteúdo do ato administrativo representa o efeito jurídico imediato que o ato produz, ou seja, é a alteração no mundo jurídico que aquele ato pretende produzir. Para se verificar o objeto do ato administrativo deve-se atentar para o que aquele enuncia, prescreve ou dispõe⁷².

O objeto deverá ser sempre lícito, possível, certo e moral. E poderá ser discricionário ou vinculado. Ele será vinculado quando já estiver pré-determinado na lei, por exemplo, um servidor público que cumpre a quantidade anos de trabalho, será, necessariamente, aposentado. E será vinculado quando houver margem de liberdade para o administrador preencher o conteúdo do ato, como no caso de uma desapropriação em que cabe ao administrador escolher determinado bem, de acordo com o interesse público.

2.2.6. Motivo

Tradicionalmente motivo é considerado como a situação externa ao agente público que desencadeia uma decisão, ou seja, o pressuposto de fato (conjunto de circunstâncias, de acontecimento, de situações que levem a Administração a praticar o ato ou de direito (dispositivo legal em que se baseia o ato)⁷³.

O professor Marçal Justen Filho analisa o motivo de forma diferenciada. Para ele “*o motivo do ato administrativo consiste não nos fatos propriamente ditos, mas na representação intelectual que o agente realiza a propósito deles, relacionando-a com o direito e atingindo uma conclusão*”⁷⁴, assim ele é a conjugação intelectual entre fatos e normas que o indivíduo realiza ao analisar o mundo externo. Nesse sentido ele apresenta o seguinte exemplo:

Assim, imagine-se que uma tempestade gere o risco de deslizamento, que poderá destruir casas e vidas humanas. O agente avalia esses eventos e formula uma representação mental, que o conduz a promover um contrato de emergência. O motivo do contrato não é exatamente a chuva ou o risco de

⁷² Ibidem, p. 213

⁷³ Ibidem, p. 217

⁷⁴ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 363.

deslizamento, mas a interpretação mental do agente, que qualifica aquela situação como causa jurídica para a assinatura de um contrato de emergência⁷⁵.

O motivo do ato administrativo é comumente confundido de forma equivocada com a sua motivação. Assim, importante mencionar que ambos não se confundem, pois a motivação se relaciona com a forma do ato administrativo e consiste na exposição formal do motivo. Ele é, portanto, a sua exteriorização formal do motivo, ao demonstrar, por escrito, que os pressupostos de fato realmente existiram, visa propiciar o controle quanto à regularidade do ato.

O motivo, por outro lado, é, seguindo a perspectiva de JUSTEN FILHO, um processo mental interno ao agente que pratica o ato e não o processo de exteriorização desse processo interno.

Outra diferenciação de suma importância diz respeito a finalidade do ato administrativo. O equívoco reside quando se afirma que o motivo de um ato é promover o público. Ora, promover o interesse público não é o motivo, mas a finalidade de todo ato administrativo.

De forma a resolver o referido equívoco, pode-se indicar o motivo como a causa do ato administrativo e a finalidade com sua devida consequência. Marçal Justen Filho com vistas a resolver a confusão apresentando novamente o caso da tempestade supracitado afirma o seguinte:

Volte-se ao exemplo da tempestade, que ameaça provocar um deslizando de terra. O motivo do contrato administrativo emergencial é o risco de danos irreparáveis. A finalidade da contratação é impedir que danos se concretizem⁷⁶.

3. É POSSÍVEL O CONTROLE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO?

Para responder a pergunta sobre a possibilidade de controle do ato administrativo, antes se faz necessário a análise duas importantes análises: a dos atos vinculados e discricionários e o aprofundamento da noção de motivação do ato que será posteriormente analisada como principal instrumento de controle do ato.

⁷⁵ Ibidem, p. 362

⁷⁶ Ibidem, p. 363

3.1. Vinculação e Discricionariedade

3.1.2. Análise Tradicional do Conceito de Ato Discricionário e suas críticas

Convencionou-se pela doutrina brasileira de Direito Administrativo, chamar de *ato discricionário* os casos em que a lei deixa certa margem de liberdade para a autoridade administrativa optar por uma dentre várias soluções possíveis em um caso concreto. Segundo Hely Lopes Meirelles no ato discricionário “*a Administração autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha se seu conteúdo, se seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de organização*”⁷⁷.

A análise conveniência e oportunidade suscitada pelo autor diz respeito ao mérito administrativo presente apenas em atos em que o motivo elencado para seu desencadeamento e seu conteúdo, ou seja, seu objetivo imediato, não é vinculado pela lei, podendo o administrador decidi-los da forma que lhe parecer mais adequada à realização do interesse público.

Nesse sentido, verifica-se que no que se convencionou tradicionalmente chamar de *ato discricionário* apenas dois de seus elementos (objeto e motivo) possuem essa característica, restando os demais (sujeito, forma e finalidade⁷⁸) como necessariamente vinculados.

Assim, ainda que sob a alcunha de *discricionário*, certo é que os referidos atos sempre possuirão certo grau de limitação e vinculatividade. Depreende-se esse entendimento na obra da professora DI PIETRO quando esta afirma que nos casos em que a lei deixa margem de liberdade de decisão para o administrador:

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 186

⁷⁸ Conforme já se verificou anteriormente, tanto a forma quanto a finalidade são passíveis de serem criticadas no que tange a sua vinculação. A forma, uma vez que são possíveis inúmeras e variadas formas de exteriorização do ato administrativo. E a finalidade, pois sua concepção está atrelada a um conceito indeterminado cuja compreensão depende da interpretação de um conceito indeterminado que será realizada de forma pessoal pelo administrador.

O poder da ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária a lei.⁷⁹

BANDEIRA DE MELLO seguindo o posicionamento de DI PIETRO realiza a crítica quanto à denominação *atos discricionários* uma vez que “*não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos*”⁸⁰, isso porque “*nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência*”⁸¹.

3.1.3. Análise Tradicional do Conceito de Ato Vinculado e suas críticas

Tradicionalmente *ato vinculado* é reconhecido como todos os casos em que a lei descreve rigorosamente os pressupostos necessários à emissão do ato administrativo e seu conteúdo, em face da ocorrência da prevista hipótese legal. É nesse sentido que afirma a professora Maria Sylvia Di Pietro que o ato é vinculado

porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial⁸².

Na vinculação, portanto, não haveria qualquer margem de liberdade para o administrador, diferente do que ocorre no caso de atos discricionários, em que a lei deixa uma espécie de lacuna ser preenchida pelo juízo pessoal do autor. Segundo DI PIETRO “*a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito*”⁸³.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012. Pg. 203, p. 217

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 431

⁸¹ *Ibidem*, p. 431

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 217

⁸³ *Ibidem*, p. 217.

Pela tradição administrativa também se afirma que o sujeito, competência e finalidade do ato administrativo constituem-se invariavelmente de elementos vinculados, podendo a escolha discricionária recair apenas sobre o conteúdo do ato e os seus motivos.

Celso Antônio Bandeira de Melo critica a concepção tradicional de que a finalidade do ato administrativo é um elemento vinculado. Ele indica, contrariando a doutrina majoritária, que poderá haver juízo de discricionariedade até mesmo para a finalidade do ato, uma vez que, esta está atrelada a noção de interesse público que comporta por si só uma carga de apreciação pessoal do administrador. Assim afirma:

Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é interesse público depende, em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de reproduzir uma objetividade absoluta. Preferimos dizer que o fim é sempre vinculante (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, de juízo de discricionariedade⁸⁴.

Assim, segundo o autor o simples fato da finalidade do ato ser considerada como a busca mediata pelo *interesse público* já confere ao elemento certo grau de discricionariedade, tendo em vista que o conceito de *interesse público* possui um conteúdo incerto que deve ser preenchido por uma atividade valorativa do administrador público.

A atividade valorativa do administrador se assemelha a uma atividade interpretativa. Nesse sentido é pertinente a crítica a expressão *ato vinculado*. Isso porque a leitura que se faz da expressão *ato vinculado* pode levar o jurista a entender erroneamente que o administrador público, quando diante dessa situação, realiza mera subsunção da norma legal, o que é uma compreensão completamente equivocada.

Os processos de interpretação e compreensão das leis são complexos e estão presente também nos atos administrativos vinculados. Toda lei necessita da

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 431

intermediação do intérprete que deverá analisar e valorar os fatos e circunstâncias concretas para por fim chegar, ao final desse processo de interpretação e compreensão, à aplicação de uma norma jurídica perfeita e acabada. Assim, ainda que aparentemente sejam comandos vinculados, não é um processo mecânico, pois subsiste sim uma valoração e apreciação axiológica das leis.

Nesse sentido, observa-se que existe uma linha muito tênue entre a noção de discricionariedade e interpretação que, aliás, já foi tratada por BANDEIRA DE MELLO ao afirmar que

Pela interpretação o intérprete se apodera da finalidade, sentido e conteúdo *preexistentes* em uma norma. Eis pois, que por via da exegese apenas são franqueadas as portas para a inteligência do que já existia. A realidade apoderada é um dado externo ao sujeito que a persegue, por se interna ao objeto perseguido.

Nos casos de discricionariedade, o administrador também interpreta, mas não se esgota nisto sua função. Primeiramente necessita realizar o tipo de operação racional a que se acaba de aludir. Concluído o inter interpretativo, defronta-se com possibilidades plúrimas, justamente pelo fato de a norma admitir *soluções múltiplas*, suscetíveis quaisquer delas dar implemento à finalidade proposta a satisfação à vontade legal mantida em um certo grau de indeterminação pelo legislador⁸⁵. (grifo nosso)

Verifica-se que, assim como o conceito tradicional de *ato discricionário*, o conceito de *ato vinculado* foi objeto de diversas críticas da doutrina de direito público moderna. Essas modificações na concepção do instituto geram transformações diversas na forma como ele se relaciona com os demais institutos jurídicos e serão suscitadas em diversas discussões, principalmente no que tange ao debate atual da possibilidade de controle desses atos.

3.2. Motivação do Ato Administrativo

3.2.2. O que é motivação?

Resgatando a discussão já suscitada brevemente quanto a ideia de motivação do ato administrativo, objetiva-se aprofundar a referida concepção para em seguida

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do Direito Administrativo*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. Pg. 60-61.

investigar-se a possibilidade de controle do ato administrativo utilizando-se a motivação como parâmetro de análise.

Motivo e motivação apensar de conceitos semelhantes, não se confundem. O primeiro diz respeito, em uma concepção mais objetiva, a uma situação do mundo real que dá causa à realização do ato administrativo pela autoridade pública, ou sob uma concepção mais subjetiva, conforme bem explicitado pelo professor Marçal Justen Filho, e indicado anteriormente, pode ser entendido como uma conjugação mental realizada pelo indivíduo entre os fatos ocorridos no mundo e a norma jurídica⁸⁶.

A motivação, por outro lado, pode ser compreendida em dois aspectos. O primeiro é o aspecto substancial que indica meramente a existência de relação de interdependência lógica entre a declaração de vontade do Poder Público e as razões que influíram em sua determinação. E em uma concepção formal, significa a expressão, exteriorização, das razões que levaram a Administração a desempenhar determinado ato, com a demonstração da existência dessa relação entre a declaração de vontade as razões que a impulsionou e será sobre ela que o trabalho versará a partir desse momento⁸⁷.

3.2.3. Fundamentos da obrigatoriedade da motivação

Existe discussão na doutrina quanto à necessidade ou não da motivação dos atos administrativos. Tradicionalmente a doutrina afirmou por muito tempo que o apenas o atos administrativos vinculados (se é que se pode falar em atos essencialmente discricionários e vinculados, como se demonstrou anteriormente) deveriam necessariamente ser motivados. Os discricionários não, pois como consequência do juízo de conveniência de oportunidade da Administração, esta não seria obrigada a expor quais circunstâncias a impulsionou à determinada direção.

Não se corrobora nesse sentido de desvincular os atos discricionários do dever de motivar. Isso porque, na realidade quanto menos intensamente for regrado o ato e mais

⁸⁶ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. Pg. 363

⁸⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 90

tradicionalmente discricionário ele for considerado, mais a motivação se torna necessário ao seu controle. Nesse sentido o professor Adilson Dallari afirma que:

(...) a discricionariedade, longe de dar uma liberdade maior, obriga a um maior rigor. Exatamente porque eu posso decidir de diferentes maneiras é que eu preciso deixar bem claro por que estou decidindo desta determinada maneira, não de outra⁸⁸.

Maria Sylvia Di Pietro se apresenta a favor da motivação obrigatória tanto nos atos vinculados quanto nos discricionários ao afirmar que:

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado⁸⁹.

Alguns argumentos corroboram com o posicionamento que reconhece obrigatório a motivação tanto nos atos vinculados quanto nos discricionários e podem ser suscitados. O primeiro deles é o Princípio da Legalidade que, ao considerar que os atos administrativos devem estar sempre alicerçados na lei e visarem o cumprimento da mesma, impõe que todo ato deve trazer a demonstração de sua conformidade com a ordem jurídica, pois é isso que importa e não meramente a vontade do administrador⁹⁰.

Não se pode afastar a necessidade de motivação sob a invocação do véu da discricionariedade do ato administrativo, pois conforme já se afirmou anteriormente não existe ato completamente discricionário, pois não existe liberdade absoluta conferida ao Administrador e, além disso, o grau de discricionariedade concedido a ele sempre será realizado dentro de limites legais pré-definidos.

Assim, ainda que se esteja diante um ato considerado tradicionalmente como discricionário, é de suma importância que se aplique o Princípio da legalidade como fundamento que obriga o Administrador a motivar o ato demonstrando a legitimidade de

⁸⁸ DALLARI, Adilson de Abreu. *A autoridade Coatora*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 36.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 218

⁹⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 103.

sua ação, seus objetivos e a forma como se alcançará sua finalidade, a saber, o *interesse público*.

Cabe rebater desde logo possíveis críticas afirmando que o dever de motivar retiraria a autonomia da função administrativa. Isso porque motivar não significa demonstrar minuciosamente *porque estou decidindo de determinada forma*, mas de apontar que essa forma utilizada está dentro dos limites legais.

Outro princípio que pode se invocado para impor essa obrigatoriedade é o princípio da moralidade. O referido princípio não é propriamente jurídico, mas um princípio ligado a moral e a ética que exige do administrador público uma conduta proba, leal e honesta, ou, em última análise, que conduta siga o fundamento da boa-fé.

Por muito tempo a conduta dos juristas foi no sentido de se afastar de considerações de valores morais, principalmente pelo peso que o positivismo apresentava nas discussões de ordem jurídica. Porém, nas últimas décadas passou-se a reconhecer a relação da moralidade com a atividade administrativa, principalmente no que tange ao ato administrativo e a boa administração.

As decisões dos agentes públicos devem “*atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito*”⁹¹ e, sobretudo deve se orientar ao cumprimento da função pública e à consecução da finalidade última de sua atuação, a saber, o *interesse público*. O agente público no desempenho de todas as suas funções administrativas de sua competência, tem o dever constitucional de se pautar sempre pela moralidade.

Assim, o administrador no exercício de suas competências utilizará os meios legalmente previstos para alcançar os fins pretendidos que deverá se pautar pelos valores principiológicos da Constituição, sobretudo, como indicado anteriormente, pelo princípio da moralidade. Porém, em situações de hipóteses discricionárias torna-se difícil ater-se a critérios de legalidade e comprovar o acolhimento da moralidade e, conseqüentemente, ao dever de boa administração na formação do ato.

⁹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 29.

É nessa lógica que se ressalta a importância e o dever de motivação do ato administrativo, pois é ela que se constitui de meios relevantes aptos a denunciar as práticas imorais da Administração, sendo capaz de demonstrar a não correspondência entre os meios e os fins no exercício da função administrativa.

Importante contribuição na busca de outros pelos fundamentos que obrigam a motivação do ato administrativo pode ser extraída da obra do professor Florivaldo Dutra de Araújo ao afirmar que:

Existe, efetivamente, relação entre o dever de motivar e a conformação política do Estado democrático. A dignidade que se atribui, destarte, à motivação do ato administrativo tem sua tradução jurídica no regime jurídico-administrativo, componente essencial do moderno Estado, que se pretende representante e responsável perante a sociedade⁹².

Assim, segundo o autor, o dever de motivação pode ser extraído do sistema de governo adotado pelo país. Em um sistema de governo representativo e que se pretende democrático, cabe à autoridade explicar os motivos de sua decisão de forma a conceder aos seus cidadãos confiança e certeza quanto à legalidade e justiça de suas decisões.

O mesmo autor prossegue sua análise invocando os princípios da *supremacia e indisponibilidade do interesse público*. Conforme já analisado anteriormente, estes princípios possuem dupla função: a de alicerçar as prerrogativas do Poder Público permitindo a atuação da Administração Pública, porém, eles servem também como verdadeiras garantias individuais aos cidadãos, uma vez que esse interesse público deve estar sempre atrelado à busca incessante pela efetivação de direitos fundamentais da coletividade e nunca aos anseios do agente público.

Nesse sentido, “*a indisponibilidade dos interesses públicos impõe que estes não estejam à livre disposição do administrador, pois este é apenas aquele que tem a obrigação de curá-los satisfatoriamente, dentro dos parâmetros legais*”⁹³. Portanto, as

⁹² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 103.

⁹³ *Ibidem*, p. 104.

escolhas que este realiza não podem, de forma alguma, serem consideradas como livres e serem realizadas sem a concessão de parâmetros para seu controle.

Considerar dessa forma entregaria ao administrador – a quem ainda que imbuído da função pública, não deixa de ser um indivíduo passível de desvios –, demasiado poder sobre os interesses de toda a coletividade e sem meios para controlá-lo. Sendo assim, considerando o dever entregue à Administração Pública de zelar pelos interesses coletivos, afirma FLORIVALDO que:

A base do dever de motivar encontrará pleno resguardo quando visualizada dentro do quadro global do Estado de Direito. Nesse sentido, a motivação é princípio essencial do direito administrativo que, ao mesmo tempo em que faz parte, encontra fundamento no regime jurídico da atividade administrativa. O administrador está obrigado a motivar seus atos exatamente por ser um princípio regente de sua atividade, em cuja observância ele demonstra que toda esta se ateve aos demais princípios do regime jurídico-administrativo⁹⁴.

Assim, levando em consideração tudo que foi apresentado anteriormente, não há dúvidas de que a Administração está plenamente vinculada ao dever de vincular seus atos, isso porque ela possui *“não só a obrigação de agir nos estritos limites e na completa conformidade do mandato, como prestar permanentes contas de seus atos, de demonstrar, a cada ação, a legitimidade dela”*⁹⁵, uma vez que atua sempre dentro dos limites da legalidade e da moralidade administrativa, buscando concretizar o ideal democrático do Estado e os interesses da sociedade.

Vale ressaltar a advertência realizada por José dos Santos Carvalho Filho que ao criticar motivações genéricas afirma que *“não é lícito ao administrador adotar, à guisa de motivo do ato, fundamentos genéricos e indefinidos, como por exemplo, ‘interesse público’, ‘critério administrativo’, e outros do gênero”*⁹⁶, isso porque, *“semelhantes justificativas demonstram usualmente o intuito de escamotear as verdadeiras razões do ato, com o objetivo de eximi-lo do controle de legalidade pela Administração ou pela via judicial”*⁹⁷.

⁹⁴ Ibidem, p. 104.

⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados*. Revista de Direito Público, 1985. São Paulo, nº 75, Pg. 118. apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 60-61

⁹⁶ FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 118

⁹⁷ Ibidem, p. 118

3.2.4. Por que motivar o ato administrativo?

Ainda que já tenha se discutido rapidamente os motivos que levam a se considerar a motivação como obrigatória, cabe analisar essa finalidade de forma mais profunda. Assim, existem vários motivos que levam a resposta do *para que motivar os atos administrativos?*

Em primeiro lugar deve-se ater ao fato de que quando o ato é motivado a sua validade passa a se vincular aos motivos indicados em seu fundamento, ainda que ele não exija motivação. É a chamada *Teoria dos Motivos Determinantes* que seguindo o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

Funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, pra todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, fiam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência de legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade o ato é inválido⁹⁸.

Além disso, não há dúvidas que ao expor as justificativas de suas ações, o agente público é forçado a um maior cuidado no exame das questões de legalidade e mérito (conveniência e oportunidade) dos seus atos, assim, as chances da decisão ser a melhor correta – e vale ressaltar que o administrador apesar de imbuído de função público, não deixa de ser um indivíduo passivo de erros – é maior, evitando-se, assim, precipitações na atuação administrativa.

A motivação também se apresenta como importante recurso interpretativo, pois delimita a vontade do agente retirando-a do mero processo intelectual de convergência entre os fatos do mundo real e a norma jurídica, realizada pelo administrador e transformando-a em parâmetro apto a verificação dos administrados e aos demais poderes.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 217

Ela demonstra que a interpretação se insere em uma lógica, onde o ato de fato se relaciona com os pressupostos fáticos que o deram origem, além de comprovar a competência do agente e, por fim, demonstrar que o ato teve como finalidade última atender o interesse público. Afirma Florivaldo Dutra de Araújo que:

É pela motivação que o administrador buscará persuadir os destinatários do ato e a comunidade em geral de que sua decisão é a melhor. Com ela, e demais subsídios, o controlador do ato terá meios para verificar a sua razoabilidade, ou seja, sua validade perante a ordem pública⁹⁹.

Nesse sentido, verifica-se a relação entre a finalidade de interpretação da motivação com uma de maior relevância e objetivo do presente trabalho, o controle do ato administrativo.

O objetivo principal em se defender a motivação do ato administrativo como elemento obrigatório é, sem dúvidas, buscar a democratização da função administrativa no sentido de possibilitar que a sociedade realize o controle dessa atividade além de possibilitar sua participação ativa na política.

A motivação fornece ao à sociedade provas de que o ato está em conformidade com o Princípio da legalidade e os demais princípios que ele dele se originam, como a moralidade administrativa, além do princípio democrático. E essa adequação com os princípios deve se dar em todos os casos, mesmo nos *atos discricionários*, uma vez que estes sempre devem se ater aos seus elementos vinculados, a saber, finalidade, competência e forma do ato, conforme já demonstrado anteriormente¹⁰⁰.

Ora, o controle social permitido pela democratização da função administrativa pode ser realizado por diversos meios como a opinião pública que pressiona a Administração a tomar rumos específicos, o controle parlamentar realizado pelos

⁹⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 136.

¹⁰⁰ Vale ressaltar que, conforme já apresentado anteriormente, verificar a conformidade do ato com os princípios e normas que regem a função administrativa significa verificar não apenas a legalidade estrita do ato, mas ainda os eventuais desvios de poder, a adequação com os motivos determinantes e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

representantes da sociedade democraticamente eleitos ou até mesmo por meio do socorro pedido ao Judiciário¹⁰¹.

Nesse sentido, encaminha-se a análise dos controles citados e resguarda-se o controle do Judiciário para ser realizado posteriormente dentro de um caso específico, a saber, o controle do Judiciário sobre as políticas públicas na área de saúde.

3.3. Motivação como meio de Controle do Ato Administrativo

3.3.2. Controle pelo Legislativo

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 entrega ao Poder Legislativo, além da sua principal prerrogativa de elaboração das leis, a de fiscalização do Poder Executivo. Assim, controle legislativo é função atribuída do Legislativo de fiscalizar a função administrativa – não se atém meramente ao Poder Executivo – sob dois critérios: político e financeiro¹⁰².

No primeiro caso o Legislativo detém a prerrogativa de verificar a legalidade e, até mesmo, o mérito dos demais poderes imbuídos de função administrativa. Interessante que aqui não ocorre a celeuma apresentada no que tange ao controle Judiciário, uma vez que o controle de mérito é plenamente possível, podendo sim o Legislativo analisar a conveniência e oportunidade da realização de atos dos outros poderes constitucionais.

Um exemplo claro desse entendimento é verificável na competência do Congresso Nacional para apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão (art. 49, XII da CF) ou no *poder de sustação*, ou seja, seu

¹⁰¹ Nesse sentido: “O controle político amplo pela opinião pública tem sido cada vez mais valorizado. Isso porque, além da preocupação em se fazer efetivo o princípio representativo (pelas eleições periódicas, em tese, os cidadãos controlam a direção política dos atos dos governantes) e o da liberdade de expressão e imprensa, novas formas de convivência comunitária têm tomado corpo. Prova disso é o crescente surgimento de associações (de categorias profissionais, de bairro, de minorias étnicas, etc.) e, ainda, a tendência a se entregar a elas papel mais formalizado de controle das ações do Poder Público, seja mediante acesso ao Judiciário (legitimações processuais especiais), seja pela participação em formas oficiais, para deliberação sobre decisões políticas de repercussão ampla na coletividade. (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. Pg. 109).

¹⁰² FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 1040.

poder de sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V da CF)¹⁰³.

O critério financeiro, por outro lado, se atém à fiscalização contábil, financeira e patrimonial do Executivo, do Judiciário e do próprio Legislativo no que se refere à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas¹⁰⁴. José dos Santos Carvalho Filho discorrendo sobre o objeto desse controle afirma que

(...) tudo que diga respeito às finanças públicas está sob a mira do controle. Finanças públicas, no caso, tem sentido amplo e abrange realmente a receita e a despesa pública, bem como a gestão dos recursos do erário, tudo com vistas a preservar o Estado de atividade ilícitas e dilatórias¹⁰⁵.

O Tribunal de Contas auxilia o Congresso Nacional no controle financeiro externo (ou seja, sobre os poderes Judiciário e Executivo) e suas atribuições estão dispostas no artigo 71 da Constituição Federal.

Ora, quanto a forma que é realizado esse controle, não há dúvidas mais de que a melhor maneira de controlar o ato é por meio da exteriorização dos motivos que impulsionaram a Administração àquelas escolhas. Nesse sentido, o controle de legalidade também já foi exaustivamente analisado e convém, portanto, ressaltar o disposto no artigo 70 da Constituição Federal, a saber:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder¹⁰⁶.

Realizar o controle sobre a legitimidade e economicidade do ato é conferir ao Legislativo o poder de penetrar, sem dúvidas, no juízo de conveniência e oportunidade da Administração e essa análise somente será possível por meio da motivação dos atos.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁰⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 1042.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, a motivação exerce um duplo papel: ela é ao mesmo tempo meio para a realização do controle que já foi permitido pela própria Constituição Federal e ela é, junto da Constituição, o fundamento que permite esse controle mesmo que o ato seja tradicionalmente reconhecido como discricionário. Isso porque por meio da Teoria dos Motivos Determinantes não poderá o administrador se esquivar de cumprir aquilo que ele apresentou como fundamento de formação do ato administrativo.

Assim, considerando a motivação como dado obrigatório no ato administrativo tendo em vista dos fundamentos já exaustivamente apresentados anteriormente e a necessidade sempre presente de democratização da função administrativa, é certo que o controle regulamentar é possível sobre atos vinculados e discricionários, mesmo sobre o mérito administrativo e, nesse caso, por expressa previsão constitucional.

3.3.3. Controle do Judiciário

Segundo disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, nesse sentido, nenhum ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, foge da apreciação do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário examinará os atos por meio de procedimentos comuns ou especiais que são aplicados especialmente aos atos Administração, como, por exemplo, a ação popular no caso de ato lesivo *“ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”*¹⁰⁷, ou ação civil pública *“para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”*¹⁰⁸.

A concepção tradicional sobre a possibilidade de controle do ato administrativo sempre recaiu sobre a diferenciação entre ato discricionário e vinculado. Nesse sentido afirma DI PIETRO que

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus

¹⁰⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, Inciso LXXIII.

¹⁰⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 129, Inciso III.

aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar sua nulidade se reconhecer que essa conformidade existiu.

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei¹⁰⁹.

Ora, não se quer aqui retirar a legitimidade da autoridade administrativa para a realização de escolhas com base no juízo de conveniência e oportunidade, até mesmo porque ninguém melhor do que ela para decidir, tendo em vista que sua legitimidade é concedida pela própria sociedade, por meio do voto.

Nem mesmo defende-se uma postura recatada do Legislativo que realizaria meramente um controle sobre a legalidade do ato. Isso porque, em primeiro lugar, a Administração é sim, por meio de uma análise sistemática dos princípios constitucionais, obrigada a motivar seus atos, o que, por meio da Teoria dos Motivos Determinantes, a atrela a essa motivação concedendo ao Judiciário a possibilidade de controle.

Além disso, conforme já analisado nenhum ato é puramente discricionário, apenas alguns de seus elementos e, sem dúvidas, o elemento finalidade, nunca será discricionário, sempre vinculado e este elemento encaminha a Administração sempre a persecução do interesse público da sociedade.

Nesse sentido, a discussão quanto a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo ganha nova roupagem. Isso porque, não é possível uma decisão administrativa que se esquive de cumprir o *interesse público* e não aceitável que um país que se pretenda democrático permita que a Administração de esquive desse dever pela simples invocação do véu da discricionariedade.

Essa discussão tem sido de grande relevância nos últimos anos, sobretudo, nas demandas levadas ao Judiciário no que tange ao principal Direito Fundamental a ser efetivado, a saber, o direito à saúde e, em última análise, à vida.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012. Pg. 224.

Assim, remete-se a discussão quanto ao controle do ato administrativo para dentro da análise do caso tão delicado que são as demandas de saúde realizadas diretamente no Judiciário que acabam ocasionando verdadeiro controle e até mesmo implementação de políticas públicas pelo referido Poder.

O capítulo seguinte, visando analisar essa situação, realizará utilizando os conceitos já exaustivamente trabalhados, a análise das políticas públicas, do direito à saúde e sua fundamentalidade e a recente judicialização desse direito, seus perigos e limites.

4. O DIREITO À SAÚDE, JUDICIALIZAÇÃO E LIMITES

4.1. Políticas Públicas: da análise geral às Políticas Públicas de Saúde

4.1.2. Surgimento das Políticas Públicas como área de conhecimento

A delimitação temporal do surgimento das políticas públicas como área de conhecimento é de difícil precisão, sendo certo que nascem na Europa como um desdobramento da análise do papel do Estado e do governo; e nos EUA meramente como um estudo sobre a ação dos governos, sem estabelecer grandes relações com teorias sobre o papel do Estado¹¹⁰.

Harold Lasswell considerado um dos “pais” fundadores da disciplina introduz em 1936 a expressão *policy analysis*, disciplina que analisa a *policy* que conforme bem explicado por FREY, refere-se aos “*conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas*”¹¹¹. Ou seja, a análise da dimensão material das políticas públicas.

¹¹⁰ SOUZA, Celine. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em: 19 de set. 2016.

¹¹¹ FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> . Acesso em: 19 de set. 2016.

Contudo, o grande interesse verificado hoje pelo estudo das políticas públicas surge em um contexto de transformações econômicas e sociais ocorrido no final do século XX. A crise econômica mundial que se desenvolveu após a década de 70 pôs fim ao período de otimismo e intenso crescimento econômico ocorrido nas três décadas que seguiram o fim da Segunda Guerra Mundial, ocasionando o descrédito e o fim do até então vigente Estado de bem-estar social que havia sido implementado com os excedentes de produção auferidos naquele período.

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci ¹¹² é nesse contexto que se inicia um momento de intensas discussões econômicas, políticas e jurídicas quanto ao papel do Estado que, no entendimento majoritário, deveria passar a ter sua atuação direta reduzida, no que se refere ao provimento de direitos sociais e na intervenção econômica direta, porém não se conformando meramente em modelo liberal tradicional. Assim,

As novas funções estatais, para os governos de corte conservador ou neoliberal, seriam apenas de gestão e regulação, indo além da merda ordenação do *laissez-faire* ideal, mas aquém de um Estado promocional que atuava como parceiro ativo de empreendimentos econômicos, fosse como sócio, fosse como suporte¹¹³.

Assim, abandonou-se aquela antiga concepção, perfazendo-se um novo modelo de Estado com papéis distintos. Essa mudança foi, necessariamente, acompanhada por outras três transformações: os objetivos desse Estado, o papel da Administração Pública e dos meios utilizados pelo aparelho estatal para a persecução dos seus objetivos.

Um importante exemplo de mudança nos meios utilizados pela máquina administrativa foi a criação das agências reguladoras¹¹⁴ que descentralizou atividades de controle antes realizadas diretamente pelo Estado e configuraram o atual modelo estatal conhecido como “Estado Gestor”¹¹⁵¹¹⁶.

¹¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª Edição: Saraiva, 2006, p. 2

¹¹³ *Ibidem*, p. 2.

¹¹⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e evolução do Direito Administrativo brasileiro*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

¹¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes, Separação de Poderes e Processo Democrático*. In: BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e Pareceres*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

¹¹⁶ Alexandre dos Santos Aragão ao abordar as modificações na atuação da administração pública indica que “o tema adquiriu ainda maior importância no Brasil com a recente instituição de agências reguladoras

Além disso, outra essencial categoria que recebeu os olhares dos juristas foi o das políticas públicas. Isso porque, essas são entendidas como um conjunto de metas do Estado e, ao mesmo tempo, instrumentos de ação do governo, ou, ainda, segundo BUCCI, “*programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”¹¹⁷.

Assim, ao transformar os papéis e objetivos do Estado, tornou-se indispensável que as atenções dos juristas se inclinassem em direção à categoria responsável pelo correto desenvolvimento do modelo adotado.

4.1.3. Políticas Públicas: da interpenetração entre políticas e direito

A delimitação do campo de estudos das políticas públicas é de grande importância para a sociedade, uma vez que afetam a vida cotidiana do cidadão, seja porque extraem dinheiro do povo por meio da tributação, distribuem benefícios e serviços à população e, principalmente, porque concretizam e direcionam as metas do Estado.

Assim, não há como negar que “*adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política*”¹¹⁸, uma vez que elaborar uma política pública em detrimento de outra implica em realizar uma decisão política que necessariamente deve estar atrelada aos objetivos do Estado traçados pela carta constitucional do país e que atendam ao interesse público.

As políticas públicas, então se apresentam como a junção das escolhas políticas, realizadas pelos representantes do povo, isto é, pelo Poder Legislativo, com duas grandes vertentes da ordem jurídica: o direito constitucional e o administrativo. Aquele, pois são

independentes”. – ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 205.

¹¹⁷ Ibidem, p. 241.

¹¹⁸ Ibidem, p. 241.

elaboradas no sentido de realizar os direitos dos cidadãos e com este, pois devem ser concretizadas pela Administração Pública.

Como representante do mundo político no direito, as políticas públicas podem atuar meramente, conforme bem explicado por BUCCI, por meio da famosa expressão cunhada por Lassale, como explicitação dos “*fatores reais de poder*”, ou podem também servir como importantes agentes de modificação da ordem social.

4.1.4. Políticas Públicas e Direitos Sociais

O sistema jurídico mundial, conforme já explicitado anteriormente, sofreu grandes transformações durante o século XX. O abandono do modelo de Estado liberal com a adoção de um Estado de bem estar social e, posteriormente, de um Estado social de Direito, cuja realização de prestações positivas é sua característica principal, criou a emergência de deliberações quanto à delimitação dos Direitos fundamentais a serem necessariamente implementados.

A categoria dos direitos sociais surge como importante ponto de enfoque nas discussões jurídicas, uma vez que se verificou a insuficiência na concessão meramente de direitos fundamentais de primeira geração, focados na liberdade e atuação negativa do Estado, sem, contudo, serem concedidas as condições à população para usufruir desses direitos individuais.

Os direitos sociais, portanto, se apresentam como esse meio utilizado para garantir os direitos de primeira geração, sendo as políticas públicas utilizadas como forma de realização desses direitos, como a saúde, educação, assistência social, entre outros.

Compreender a necessidade de implementação dessas políticas significa reconhecer a necessidade de uma ação intervencionista do Estado no domínio econômico. Essa realidade tem suscitado críticas no sentido de apontarem esse modelo como um excesso de concessão de direitos que não leva em conta a estrutura econômica mundial, completamente estranha ao universo jurídico, podendo resultar em gastos estranhos e catastróficos para a econômica nacional.

Nesse cenário surge a tese que aponta a construção de um Estado Social, e a consequente ação intervencionista do Estado, como uma perda à competitividade das econômicas nacionais.

Conforme explicado por Maria Paula Dallari Bucci¹¹⁹ a análise dos modelos jurídicos não pode ser realizada sem a avaliação das circunstâncias sociais, políticas e históricas que criam a peculiaridade do país em discussão. Assim, no que tange a intervenção do Estado na economia:

Deve-se, desde logo, relativizar a tradução dessa situação para os países periféricos na economia mundial, tendo em vista que neles não é o Estado social, mas a falta dele uma das responsáveis pela pequena competitividade. Hoje, quando o fator domínio tecnológico é um importante diferencial na concorrência entre empresas e Estados, a extensão do direito à educação (para citar apenas um) é uma das variáveis a definir a posição relativa de um Estado no cenário mundial, em termo de desenvolvimento¹²⁰.

A autora complementa indicando que “*outros direitos sociais, como a saúde, a assistência social e hoje, o meio ambiente, direito de terceira geração, são referenciais que permite aferir a posição relativa de um país no cenário mundial, no que diz respeito ao desenvolvimento humano*”¹²¹, não havendo dúvidas que um IDH baixo está intrinsecamente relacionado a baixa capacidade de competição econômica.

No que diz respeito ao Brasil e a sua realidade econômica que o insere na categoria de país semi-periférico, não é possível a transposição de uma concepção central da intervenção do Estado na lógica econômica que aponta a ação positiva como risco à competitividade.

Porém, a mera recepção da intervenção como essencial também é passível de realização de críticas, uma vez que a uma atuação muito intensa pode impedir o natural desenvolvimento econômico do país.

Assim, adotar a necessidade de concretização de direitos sociais, cuja concretização deve ser realizada pelo Estado por meio de ações positivas e custosas para

¹¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. 1ª Ed: Saraiva, 2006, p. 4.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Ibidem.

a economia exige a elaboração de uma concepção de políticas públicas que levem em conta a lógica em que se insere o país em questão.

Isso para não afastar em todo a necessidade de intervenção – que se faz plenamente presente em países que buscam seu desenvolvimento onde grande parte da população não possui condições de usufruir dos seus direitos básicos –, nem de realizar uma intervenção que traga riscos ao desenvolvimento econômico do país.

4.2. O Direito Fundamental à Saúde

Realizada a análise geral da atuação estatal no que se refere à prestação dos direitos sociais, indica-se o ponto central do presente trabalho: a análise crítica da implementação das políticas públicas de saúde no país e seu controle pelo Judiciário. Para tanto, mostra-se necessário, primeiramente, a conceituação da concepção do Direito à Saúde, seu surgimento na ordem jurídica brasileira.

4.2.2. Direito à Saúde: Dupla Dimensão

E primeiro lugar importa demonstrar que o direito à saúde possui mais de uma dimensão, a saber, uma negativa, sendo, portanto um direito de defesa e outra positiva, ou seja, um direito que impõe ao Estado ao Estado o dever de agir.

Segundo SARLET, em sua face negativa, ele protege a saúde de agressão de terceiros, sendo assim, “(...) o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde”¹²².

Essa vedação aparece no sentido não apenas de impedir ações concretas que prejudiquem a saúde do indivíduo, mas também, por força do princípio da proibição de

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, p. 8. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de setembro de 2016.

retrocesso, “*impede (...) que o legislado venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição*”¹²³.

Em sua dimensão positiva, impõe ao Estado a realização de políticas públicas para a realização desse Direito e abre o questionamento, que será abordado adiante, sobre a possibilidade do titular exigir do poder públicas as prestações que eventualmente não sejam realizadas.

4.2.3. Direito à Saúde no ordenamento jurídico brasileiro

O entendimento da Saúde como Direito Fundamental no Brasil ocorreu de forma lenta. Segundo Sueli Gandolfi Dallari, a saúde apareceu nas primeiras Cartas Constitucionais Brasileiras apenas enquanto justificativa do Estado, mas nunca como “*integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988*”¹²⁴.

A Saúde aparece pela primeira vez na Carta Constitucional Brasileira, em 1824, porém com uma preocupação mínima, citando-a apenas em único dispositivo que diz respeito ao trabalho¹²⁵.

No texto constitucional seguinte, a Constituição de 1891, não é possível encontrar qualquer referência à saúde. Porém, em 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em uma reviravolta, trata da saúde e dos direitos dos trabalhadores, impondo a adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes à promoção da Saúde.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado de políticas de governo: o caso da saúde pública*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 253.

¹²⁵ BRASIL. Constituição da República de 1824.. “Artigo 179, XXIV – Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 26 de setembro de 2016.

Seguindo essa lógica, os textos constitucionais seguintes deram continuidade ao processo de ampliação do Direito à saúde, culminando na promulgação da Carta Constitucional de 1988.

A Constituição vigente rompeu com a concepção de um Estado formalista e inaugurou um modelo de Estado que busca a igualdade material entre os cidadãos brasileiros. Segundo Felipe Derbli, ela “*posicionou o Estado como figura central na realização da justiça social, incumbido da promoção dos direitos sociais e na formulação de políticas públicas voltadas para a paulatina eliminação das desigualdades*”¹²⁶.

Nessa lógica se inseriu o Direito à saúde, assegurado em diversos artigos da Constituição, dentre os quais se dá destaque aos artigos 6º e 196, com as seguintes redações:

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.

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Incorporando aos direitos sociais e elevando a saúde ao patamar de direito fundamental, a Carta Magna de 1988 criou para o legislador a obrigação de concretizar esses direitos de forma a, de fato, gerar direitos subjetivos para os cidadãos por meio de um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução de riscos de doenças.

Aliás, conforme indicado por SARLET¹²⁷, o Direito à Saúde foi elevado não apenas a um patamar de fundamentalidade, mas de **dupla fundamentalidade**, sendo reconhecido como tal pela ordem jurídico-constitucional brasileira tanto sob a concepção formal, quanto a material. Nesse sentido, a fundamentalidade formal está ligada ao fato de que o referido direito é parte integrante da Constituição escrita, o que o situa no ápice

¹²⁶ DERBLI, FELIPE. *Direitos Sociais e Vedação do Retrocesso*. In: BARROSO, Luis Roberto. *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2007, p. 434.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, p. 3. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de setembro de 2016.

do ordenamento jurídico; estar submetido à um limite de reforma constitucional, por ser reconhecido como cláusula pétrea; e por ser diretamente aplicável, vinculando as entidades estatais e os particulares, conforme disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal¹²⁸.

A fundamentalidade material, por outro lado, “*encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana*”¹²⁹.

4.2.4. Conceituação do Direito à Saúde

Analisado o contexto de positivação do Direito à Saúde no ordenamento jurídico brasileiro, é possível ainda a indagação quanto aos limites da conceituação desse direito. De forma mais clara, cabe o questionamento: “o que é Direito à Saúde?”.

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 1946 afirma que “*A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*”.

Apesar de a primeira vista parecer um conceito simples, ao tentar destrinchá-lo, percebe-se que é de difícil entendimento. Afinal, de que forma compreende-se a ideia de ‘completo bem estar mental’?

Não é difícil reconhecer que defender e implementar o Direito a Saúde significa atentar para um série de outras circunstâncias da vida social. Isso porque, de que adianta uma complexa rede hospital voltada à prevenção de doenças, se o destinatário é um trabalhador que vive, por exemplo, sob constante estresse quanto à estabilidade do seu trabalho, tendo que realizar enormes cargas horárias, não possuindo, por conta disso, tempo de lazer ou de convívio familiar?

Reconhece-se que o Direito à Saúde possui um núcleo principal que está relacionado à ausência de enfermidades e à manutenção de mínimo existencial interligado

¹²⁸ Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹²⁹ Ibidem, p. 3.

à concepção de dignidade da pessoa humana. Porém, o Direito à Saúde quando analisado de forma ampla, vai muito além da mera implementação de hospitais e concessão de medicamentos¹³⁰, se perfazendo como um direito complexo e com íntimas ligações com outros direitos fundamentais.

Ainda que reconhecida a complexidade de conceituação do Direito à Saúde, certo é que este se apresenta como meio de concretização do principal direito fundamental reconhecido pelo sistema jurídico brasileiro, e motivo para a existência do Estado, isto é, o direito *a vida*, conforme se verifica no artigo 5º da Carta Maior que o enuncia em primeiro lugar¹³¹. Além de ser um dos principais percussores de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, do qual irradiam todos os outros direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana¹³².

4.3. A Judicialização do Direito à Saúde

O problema do direito a saúde no Brasil não reside em problemas na codificação, pelo contrário, o tratamento jurídico brasileiro no que tange aos direitos sociais é considerado referência no mundo.

O que deve ser questionado quando se discute a ineficácia no resguardo desse direito, é a fraca implementação pelos poderes públicos, seja por meio de omissões na realização de políticas públicas, seja por meio do não estabelecimento de critérios e parâmetros para a concessão dos meios necessários para realização desse direito, como a percepção de medicamento e/ou tratamentos indispensáveis para o indivíduo.

¹³⁰ Nesse sentido Álvaro Luis de A. S. Ciarlini em sua obra “*Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*” citando o autor lusitano J. J. Gomes Canotilho no que tange aos Direitos Sociais de forma geral afirma: “Da mesma forma, o Mestre de Coimbra deixa claro que o delineamento de uma “garantia do mínimo existencial” deduz-se de um dever do Estado de defender a dignidade da pessoa humana, mas não se afirma, em verdade, como um autêntica concretização de direitos sociais”.

¹³¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

¹³² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Essas dificuldades geram um problema não apenas para o indivíduo que vê frustrada as suas pretensões, mas também para o próprio poder público que há anos precisa lidar com enorme quantidade de questões levadas ao judiciário no que tange ao direito à saúde.

Nesse sentido cabe indicar a análise realizada pelo professor e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, que diferencia os conceitos de *judicialização da política* e *ativismo judicial* – muitas vezes utilizados como sinônimos – e assim traçar o conceito que será utilizado neste trabalho.

Judicializar significa meramente levar questões tradicionalmente políticas com grande repercussão na sociedade, não às instâncias políticas tradicionais, como o Congresso ou o Executivo, mas para as mãos de juízes – atores do cenário jurídico, político e social que não são democraticamente eleitos pela sociedade.

Ocorre que, segundo o eminente ministro, essas decisões são levadas à esfera judiciária por conta de um modelo constitucional adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e não por mero exercício deliberativo dos juízes e da sociedade. Na realidade, a estes caberá, obrigatoriamente, o dever de realizar essa decisão, sem alternativas.

Assim, “*se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria*”¹³³. Isto porque, se a norma existe, ela não pode ser tratada como um texto vazio. Ela dota o indivíduo de poderes de perseguir seu conteúdo e muitas vezes, para isso é necessário, por exemplo, a realização de atividades interpretativas que ultrapassam a mera subsunção tradicional jurídica “Se A, então B”, não podendo o indivíduo ver frustradas suas justas expectativas fundadas em direitos existentes e democraticamente construídos.

Nesse sentido, o processo de judicialização, nada mais é que o socorro dos indivíduos ao judiciário com vistas à realização de seus direitos que, embora não

¹³³ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO Ronaldo. *Constituição e Ativismo Judicial – Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. 1ª Ed: Editora Lumen Juris, 2011, p.279

consigam ser diretamente gozados, podem ser extraídos diretamente da norma, sem usurpar a competência do legislativo ou impor ao executivo atuação em desrespeito ao seu plano de ação.

Por outro lado, “*o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance*”¹³⁴ e interferindo verdadeiramente em outras esferas do poder.

Para BARROSO, esse cenário “normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”¹³⁵. Essa configuração leva o judiciário a realizar o papel de outras esferas de poder.

Segundo o constitucionalista, a postura ativista pode ser observada em diferentes condutas, entre elas:

- (i) A aplicação direta da Constituição a situação não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislado ordinário;
- (ii) A declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) A imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas;¹³⁶

Cabe salientar que essa atuação proeminente do judiciário não é exclusividade da realidade brasileira, mas uma realidade mundial desde o final da Segunda Guerra Mundial que trouxe enorme incredulidade à atuação do executivo, dada as atrocidades realizadas pelos regimes fascistas e os contra-ataques das potências rivais realizados também em desrespeito a vida e dignidade humana.

Foi nesse cenário de zelo pela vida humana e busca incessante pela segurança dos indivíduos e respeito aos seus direitos mais básicos, juntamente com a descrença nas

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Ibidem.

instâncias políticas tradicionais para protegê-los que a justiça constitucional teve grande avanço sobre a política dita majoritária.

No caso brasileiro, em especial, o alargamento da atuação do judiciário – além de consequência indireta da influência do sentimento constitucional que permeava a comunidade internacional –, ocorre após a redemocratização do país também como forma de descrença e proteção contra as arbitrariedades cometidas pelas outras esferas do poder durante o período da ditadura militar.

Além disso, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com a constitucionalização de uma enorme gama de direitos, dado o receio de transgressão aos mesmos como ocorreu no período anterior, também teve grande importância nesse processo. Isto porque, muitos direitos constitucionalizados em 1988 foram (e ainda são) considerados por grande parte da doutrina como normas meramente programática sem eficácia plena.

Esse fato levou (e tem levado) a sociedade a uma reação e uma busca a realização de seus direitos. Nesse âmbito se insere a busca pela efetividade do Direito à Saúde que divide a opinião dos juristas. Isto porque, não é aceitável a recusa do cumprimento de um direito tão básico e atrelado ao maior bem para o qual o Estado foi criado para proteger, a saber, a vida de seus cidadãos.

Porém, ao mesmo tempo, deve-se ter muito cuidado a adotar uma postura ativa e idealizadora do judiciário que invoca valores superiores a norma jurídica e impõe à administração a realização de políticas e implementação de direito sem amparo do legislador ordinário e, com vistas a realização do direito de um cidadão, não se atenta, colocando em risco os direitos de todo o resto da coletividade.

Isso porque, análise das decisões judiciais percebe-se uma característica inquietante, a saber, a utilização de valores superiores que não possuem um fundamento legal bem definido. Evocam-se máximas de difícil conceituação – como *interesse público* ou *mínimo existencial* – e apresentam-se os direitos sociais, em especial, o direito a saúde, como norma autoaplicável e superior a outras regras e princípios do ordenamento jurídico.

É um grave problema a ser tratado, tendo em vista que são valores reconhecidos por intérpretes da ordem jurídica, em última instância o judiciário, tendo em vista a ineficácia do legislativo na resolução de importantes questões.

Ocorre que o judiciário não é um poder eleito democraticamente, e sua interpretação dos institutos jurídicos, dos princípios e desses valores supralegais que permeiam a ordem jurídica brasileira, não é realizada com a participação social. Nesse sentido, afirma CIARLINI:

O risco assumido em tal dinâmica é a submissão desses valores ao domínio de seus intérpretes, sem que se tenha a possibilidade de operar-se, sobre esses, uma fundamentação racional subjetivamente mediada. Ou seja, tais postulados não ganhariam o foro das deliberações públicas, não entrariam, enfim, nos fluxos comunicativos da sociedade no sentido de possibilitar o arranjo deliberativo fundamentado em um mínimo de consenso acerca de suas diretrizes. O resultado, diante de tais balizas, seria evidente: o totalitarismo constitucional¹³⁷.

Vale ressaltar que ambas as posturas analisadas são prejudiciais: Tanto a de um judiciário demasiadamente ativo que usurpa a competência dos demais poderes, quanto uma postura de autocontenção que, a despeito de visualizar os problemas na implementação das políticas públicas e dos direitos sociais, se resguarda de interferir no mérito das decisões políticas, ainda que prejudiciais à sociedade, sob a mera indicação de perspectivas tradicionais e engessadas da doutrina, sobretudo no que tange aos limites de controle do ato administrativo.

4.4. Possibilidades e limites da atuação contramajoritária

As políticas públicas são materializadas pelo Poder Executivo, porém, como já demonstrado, existe uma insuficiência na realização dessas, seja por má alocação dos recursos ou por omissão desse poder. Por esse motivo, muitas demandas são levadas ao Judiciário que as atende visando não permitir que se perfaçam em promessas sem cumprimento.

¹³⁷ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. 1ª Ed: Saraiva, 2013, p. 66.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal corrobora com a necessidade de atendimento dessas demandas pelo Judiciário em diversas situações. Em uma delas, a Corte Constitucional em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário reconheceu o direito do usuário dos serviços de saúde exigir dos entes da federação solidariamente o fornecimento de medicamento¹³⁸. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento ao recorrido, paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Desse modo, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. Precedentes. II – Agravo regimental a que se nega provimento.”¹³⁹

Assim, o Judiciário estaria atuando e garantindo esses direitos em razão da omissão do Executivo, sem considerações a respeito de qualquer descumprimento ao Princípio da separação dos Poderes. Porém, questiona-se “*é possível o controle da políticas públicas pelo judiciário?*”, sobretudo tendo em vista que trata-se de decisões políticas e verdadeiros ato administrativos.

¹³⁸ Vale ressaltar que está suspenso no Supremo Tribunal Federal o julgamento conjunto do dos Recursos Extraordinários 566471 e 657718 que dizem respeito ao fornecimento de medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Em seu Voto o Ministro Marco Aurélio reconheceu a possibilidade de concessão dessas demandas desde que presentes os requisitos da “*adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso*” (disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>). Luis Roberto Barroso, por outro lado, se mostrou contrário a possibilidade de requerimento dos medicamentos judiciário ao afirmar que a atuação do Judiciário não poderia ser no sentido de inovar nas políticas públicas, mas “*Em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do SUS*” (disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>).

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Agravo Regimental no recurso Extraordinário*. Direito à Saúde. Fornecimento de Medicamento. Recurso Extraordinário nº 765198/DF. Agravante: União. Agravado: David Hego da Silva Viana. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, 3 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2364501>>. Acesso em: 29 de nov. de 2016.

Ora a discussão tem se arrastado por diversos autores. Ana Paula Barcelos em seu artigo “*Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*”, ao analisar a situação, admite sim um controle das políticas públicas, porém estabelece algumas exigências.

Para a autora, em primeiro lugar seria necessário identificar um parâmetro para a realização desse controle. A primeira categoria de parâmetros seria a verificação dos objetivos constitucionais, e nesse sentido seria necessário apurar quais valores a Constituição atribui para a realização de Políticas Públicas, qual a receita gerada e se de fato esses recursos são investidos nessa área¹⁴⁰.

A segunda categoria, diz respeito a verificação do resultado final esperado pela atuação estatal. Assim, “*trata-se de identificar que bens mínimos devem ser afinal ofertados pelo Estado no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana*”¹⁴¹. Explicitando a informação, firma a autora que:

(...) é possível afirmar que o Estado brasileiro está obrigado a, prioritariamente, oferecer educação fundamental a toda a população, sem qualquer custo para o estudante (CF, art. 208, I 28). Os recursos públicos disponíveis, portanto, devem ser investidos em políticas capazes de produzir esse resultado até que ele seja efetivamente atingido. Enquanto essa meta concreta não houver sido alcançada, outras políticas públicas não prioritárias do ponto de vista constitucional terão de aguardar¹⁴².

Por fim, o último parâmetro envolveria o controle da definição das políticas públicas a serem implementadas. Ocorre que, os a Constituição indica sim quais os objetivos a serem realizados, porém é do Poder Público o poder de decidir como atingir esses fins. Questiona-se, portanto, como seria realizado esse controle. Ora,

(...) é possível conceber parâmetros de controle nesse particular para o fim de eliminar das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais. O objetivo dos parâmetros é assegurar a eficiência mínima à ações estatais e seu fundamento decorre da vinculação do Estado às metas

¹⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Pgs. 18-19. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf> Acesso em: 29 de Nov. de 2016.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

constitucionais e sobre as escolhas públicas em um Estado democrático e republicano¹⁴³.

Assim, ainda que recaia sobre o Poder Público a escolha das políticas públicas adequadas, não há dúvidas que este está vinculado a uma série de princípios e objetivos já delimitados anteriormente. Não pode um país que se pretende democrático e republicano ir contra ao desejo da população de ter seus direitos – que foram constitucionalmente reconhecidos – implementados.

As políticas públicas devem estar atreladas aos fins constitucionais, caso contrário se estaria entregando ao Poder Público prerrogativas supraconstitucionais que ao mesmo tempo em que defrauda a constituição, desperdiça recursos públicos que são escassos, conforme já afirmado no tópico em que analisou o princípio da reserva do possível.

Não há como conceber uma estrutura jurídica que entregue ao Executivo tamanho Poder e se escore em tradicionais análises de institutos jurídicos, como o posicionamento que afasta a análise de mérito dos atos pelo Judiciário ao invocar meramente a discricionariedade. Isso porque, ainda que exista discricionariedade nesse mérito ele é necessariamente atrelado aos demais elementos do ato, não sendo possível conceber uma decisão da Administração que contrarie a finalidade principal de todo o Estado, a saber, a concretização do interesse público.

Quanto ao descumprimento ao Princípio da Separação dos Poderes, afirma Sérgio Arenhart que “*considerar a ideia de separação dos poderes como impossível de rígida divisão de atribuições entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo é algo que não tem mais pertinência em nenhum país do mundo (ao incluído o Brasil)*”¹⁴⁴. Isso é verdade, uma vez que, aceitar essa tradicional noção seria obstaculizar os anseios sociais e impedir a realização dos direitos fundamentais.

¹⁴³ Ibidem. Pg. 24.

¹⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário*, p. 9. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em 8 de dezembro de 2014.

Assim, sustenta-se que é necessário sim um Judiciário que interfere na atividade dos demais poderes e os controla para que sua atuação ocorra em conformidade com o ordenamento jurídico e, em última análise, com a Constituição. E, além disso, a existência dessa interferência é plenamente reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao consagrar valores primordiais como a necessária busca pela concretização da dignidade da pessoa humana dos cidadãos brasileiros e a implementação de seus direitos básicos.

CONCLUSÃO

As políticas públicas são um conjunto de metas do Estado e ao mesmo tempo são meios para a realização de dessas metas de forma a realizar os objetivos relevantes socialmente e determinados politicamente. Sua relevância apareceu, principalmente, na virada do século XX com as transformações econômicas e sociais que mudaram a forma que o Estado se relaciona com seus cidadãos. Esta passou a se tornar mais consensual e intermediária ao modelo do Estado Liberal e do Estado Intervencionista, o chamado Estado Gestor.

Nesse sentido, diversas discussões foram suscitadas em relação a esse instituto e a principal dela diz respeito à possibilidade de seu controle por órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista ser seu titular o Executivo. Essa discussão tornou-se mais intensa no que se refere à realização de políticas públicas de Saúde, tendo em vista que estas buscam resguardar direito essencial e indisponível do ser humano.

A atuação do Judiciário é muito criticada no que tange a realização de Direitos Sociais, como moradia, lazer, educação. Porém, no que tange ao Direito à Saúde aparece o problema de esta estar atrelado não apenas a dignidade da pessoa humana e um núcleo mínimo de existência do ser humano, como também ao principal direito que o Estado busca resguardar, a integridade física e a vida dos seus membros.

Visando a resolução dessa controvérsia, a análise do ato administrativo mostrou-se pertinente, tendo em vista que as políticas públicas são nada mais que um conjunto desses atos. Nesse sentido, é possível a afirmação de que não seria possível o controle

delas, tendo em vista serem atos de caráter eminentemente discricionários e, portanto, não passíveis de controle pelo Judiciário, pois estão diante de verdadeiro juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

Ora, em primeiro lugar rebate-se a concepção tradicional de ato administrativo discricionário, pois tendo em vista que todo ato terá o seu elemento finalidade¹⁴⁵ vinculado à concepção de *interesse público*, não há como se falar em juízo livre da Administração. Isso porque, o conteúdo e o motivo do ato sempre estarão, necessariamente, vinculados a essa finalidade e afirmar que o Judiciário não pode adentrar a esses elementos, quando o interesse público deve ser sempre visualizado, é realizar uma retórica vazia que, em última análise, afirmaria ser possível analisar apenas a finalidade em apartado dos elementos vinculados ou atrelar a finalidade ao bel prazer do administrador.

Vale ressaltar que essa problemática nem ao menos deveria existir, uma vez que, conforme analisado anteriormente no capítulo quatro, segundo o professor Florivaldo Dutra de Araújo¹⁴⁶, pela análise do ordenamento jurídico, todo ato deveria, necessariamente, ser motivado. Em primeiro lugar porque o princípio da legalidade, ao considerar que os atos administrativos devem estar sempre alicerçados na lei e visarem o cumprimento da mesma, impõe que todo ato deve trazer a demonstração de sua conformidade com a ordem jurídica.

Além disso, o ordenamento jurídico impõe que o Administrador atue de forma proba, leal e honesta, ou seja, em conformidade com o Princípio da moralidade. A verificação disso só é possível com a motivação, pois ela constitui de meios aptos a denunciar as práticas imorais da Administração, sendo capaz de demonstrar a não correspondência entre os meios e os fins no exercício da função administrativa.

A motivação também se mostra obrigatória em um país que se pretende democrático e representativo, pois explica à sociedade os motivos de sua decisão. Ela

¹⁴⁵ Além dos elementos competência e forma.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 103.

também impõe ao agente público um maior cuidado no exame deste e evita precipitações na sua atuação, consagrando o que se convencionou chamar de princípio da eficiência.

Sua obrigatoriedade aparece também ao se analisar os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, isso porque eles impõem que a atuação do Administrador não seja plenamente livre, mas dentro de um parâmetro de controle. Caso ela não seja realizada estaria entregando a este – a quem ainda que imbuído da função pública, não deixa de ser um indivíduo passível de desvios –, demasiado poder sobre os interesses de toda a coletividade e sem meios para controlá-lo.

Por fim, ela se apresenta também como importante recurso interpretativo, pois delimita a vontade do agente público e permite que a máquina estatal realize determinado ato da melhor maneira possível.

Assim, adotando-se essa concepção que aponta a motivação como obrigatória no ato administrativo, esta se torna plenamente controlável pelo Judiciário por força da Teoria dos Motivos Determinantes que se funda na consideração de que atos administrativos que tem sua prática motivada ficam vinculados aos motivos expostos. Essa concepção ao ser adotada apresenta-se como de grande valor a construção de uma sociedade democrática.

Ocorre que, atualmente nem todo ato possui a obrigatoriedade de motivação pela administração e ainda assim são levados ao Judiciário e são analisados. Ora, essa análise apresenta-se como perfeitamente possível e legítima a despeito da não constituição democrática desse poder.

Isso porque não permitir o controle das Políticas Públicas pelo Judiciário, seria permitir que o Executivo realizasse sua atividade da forma que melhor considerasse utilizando sobre ele o véu da discricionariedade e da autonomia de atuação. Porém, o que se verifica é, na realidade, que a sua atuação estará sempre vinculada a um complexo de valores consagrados pelo ordenamento jurídico, sobretudo pela Carta Constitucional.

Assim, não é possível impedir a atuação do Judiciário com a mera evocação da concepção tradicional de Separação dos Poderes, pois isso seria obstaculizar os anseios

sociais de verem seus direitos fundamentais realizados. Um Estado que obstaculiza a realização dos direitos fundamentais de seus membros não tem razão de ser, uma vez que sua própria existência está condicionada a proteção dos indivíduos.

Nesse sentido, no que tange ao controle das políticas públicas de saúde pelo Judiciário, verifica-se ser a situação plenamente possível, devendo este se ater a verificar-se da realização do interesse público da sociedade. Assim, a interferência no poder Executivo deverá ocorrer na medida em que este desrespeitar ou se omitir no que tange a realização dos Direitos Fundamentais e na concretização de um mínimo existencial para a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e evolução do Direito Administrativo brasileiro*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em 8 de dezembro de 2014.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1º de novembro de 2016.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. Pg. 258 apud TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Pgs. 18-19. Disponível em: <

http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>
Acesso em: 29 de Nov. de 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*, p. 10-11. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 15 de novembro de 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO Ronaldo. *Constituição e Ativismo Judicial – Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. 1ª Ed: Editora Lumen Juris, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes, Separação de Poderes e Processo Democrático*. In: BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e Pareceres*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo*. In: BIJEJBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e Pareceres*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em: 8 de dezembro de 2016.

BRASIL. Constituição de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 26 de setembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 8 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Constitucional. *Recurso Especial*. Escassez de recursos como o resultado de uma decisão política – prioridade dos direitos fundamentais – conteúdo do mínimo existencial. Recurso Especial nº 1185474/SC. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Min. Relator Humberto Martins. Santa Catarina, Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399#>> . Acesso em: 7 de dez. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Agravo Regimental no recurso Extraordinário*. Direito à vida e à saúde. Recurso Extraordinário nº 393175/RS. Recorrente: Luiz Marcelo Dias e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 1º de Fevereiro de 2006. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>> . Acesso em: 1 de nov. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Agravo Regimental no recurso Extraordinário*. Direito à Saúde. Fornecimento de Medicamento. Recurso Extraordinário nº 765198/DF. Agravante: União. Agravado: David Hego da Silva Viana. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, 3 de junho de 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2364501>> . Acesso em: 29 de nov. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Suspensão Antecipada nº/2007 OLHAR NA INTERNET. Min. Relatora Ellen Gracie.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª Ed: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. 1ª Ed: Saraiva, 2006.

CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. 1ª Ed: Saraiva, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado de políticas de governo: o caso da saúde pública*. In: BUCCI, Maria Paula Dallaril. *Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DERBLI, FELIPE. *Direitos Sociais e Vedação do Retrocesso*. In: BARROSO, Luis Roberto. *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

FREY, Klaus. *Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> . Acesso em: 19 de set. 2016.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

LEITE, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 4ª Edição revista, ampliada e atualizada. Bahia: Editora JusPodium, 2015.

LUNARDI, Soraya. *Direitos Fundamentais Sociais*. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de setembro de 2016.

SCHOLLER, Heinrich. *Die Störung des Urlaubsgenusses eines empfindsamen Menschen durch einen Behinderten*, in: JZ 1980, pg. 672 s. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Celine. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em: 19 de set. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito do Mínimo Existencial*. 1ª Edição Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.