

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS

ISABEL FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Cláudia Sofia Melo Figueiras; Isabel Fonseca; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-465-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Administração. 3. Gerência.

VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado em Braga – Portugal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com a Universidade do Minho, Escola de Direito e Centro de Estudos em Direito da União Europeia, no período de 07 a 08 de setembro de 2017, sob a temática INTERCONSTITUCIONALIDADE: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas.

O Grupo de Trabalho DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA 1 desenvolveu suas atividades na data de 08 de setembro de 2017, no Complexo Pedagógico 2, no Campus da Universidade do Minho, de 15h00min às 19h00min, e contou com a apresentação de treze artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema comparado Brasil-Portugal de processo administrativo, direitos e garantias afins, políticas e administração públicas, contrato administrativo e demais temáticas atinentes, bem como o Direito Administrativo Aplicado.

Os textos foram organizados em 04 (quatro) blocos temáticos, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

A - Processo Administrativo, Direitos e Garantias Afins

1 - O trabalho desenvolvido por Felipe de Almeida Campos e Sérgio Henriques Zandona Freitas, “ASPECTOS CRÍTICOS DA PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015”, aborda os escopos instrumentalistas metajurídicos e a falta de definição concreta sobre determinados institutos processuais administrativos, com destaque para o histórico constitucional e infraconstitucional do processo administrativo. A análise da constitucionalidade e os elementos estruturantes do processo administrativo, notadamente sua principiologia, pela compreensão processual democrática constitucional, discutindo-se também a aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil de 2015.

2 - Norma Sônia Novaes Campos e Hernani Martins Junior, em texto intitulado “PAD E OS MODELOS DE JUIZ”, investigam o processo administrativo disciplinar (PAD), com destaque para o procedimento regido pelos princípios processuais com vias a apurar eventuais delitos ou desvios de conduta de servidores no exercício da função pública. Questionam que, não raro, os princípios do direito processual são ignorados, argumentando que o resultado disto é a completa perversão do estado de direito. No texto são abordadas as principais falhas do PAD e paralelamente os modelos de juiz por Francois Ost, na busca de solução para o problema.

3 - O trabalho de Gabriela Schardosim Cardoso, intitulado “O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NO ATO ADMINISTRATIVO”, teve por objetivo realizar sucintas considerações a respeito do conceito de ato administrativo, expor a motivação do ato administrativo como princípio atinente, com o objetivo de demonstrar que a sua utilização decorre de institutos presentes na própria Constituição.

B - Políticas e Administração Pública

4 - Ricardo dos Santos Caçapietra e Ana Amelia Barros Miranda, em texto intitulado “A EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA SOB UMA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL: JURÍDICA, ECONÔMICA E DE GESTÃO PÚBLICA”, discutem o ciclo de políticas públicas, o princípio da eficiência e a gestão por resultados decorrente da reforma do Estado da década de 90, como ferramentas complementares à avaliação de uma política pública. Abordam ainda a eficiência das políticas públicas, sob o ponto de vista da análise econômica do direito, destacando os aspectos jurídicos e a importância da gestão por resultados, num cenário em que a demanda por serviços públicos e infraestrutura cresce bem acima da capacidade financeira do Estado em provê-los.

5 – O trabalho de Letícia Badini Martins Halfeld e Amanda Benevenuti Ladeira, intitulado “A RACIONALIDADE WEBERIANA APLICADA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA SINDICABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS”, analisa a ideia de racionalidade de Max Weber, com base principalmente na obra “Economia e Sociedade”, em busca de um possível paralelo com a razoabilidade, mormente na sua aplicação no direito público em sede de sindicabilidade do mérito administrativo. Na abordagem sugere que o Estado Racional weberiano, burocratizado, não deixa de existir completamente, mas deve se adequar ao Estado Democrático de Direito e suas consequentes bases principiológicas.

6 - Carolina de Moraes Pontes e Everton Silva Santos, em texto intitulado “A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DAS ENCHENTES: UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL SOB O PRISMA DA OMISSÃO”, abordam a responsabilidade civil do Estado em decorrência das enchentes e seus danos causados a população em face de sua omissão como administrador público. Detalham problemas ocasionados por fenômenos que guardam exclusão de responsabilidade em casos na esfera cível, em que a sociedade é afetada por meio dos impactos sentidos de forma ostensiva, cuja análise de responsabilidade é avaliada pelo prisma do Estado.

7 – O texto de Patricia Susana Baía da Costa Colaço Machado, intitulado “PORTUGAL E A NECESSIDADE DE UMA POLITICA REGIONAL ‘A INEVITÁVEL REFORMA DO PODER LOCAL’”, avança sobre o debate da política regional e a política de investimento estratégico dirigida a todas as regiões e cidades de Portugal, com o objetivo de aumentar o seu crescimento econômico. Analisa ainda, preceito legal que tem sido muito esquecido, a qualidade de vida das pessoas, com paradigma no moderno discurso político e no poder local regionalizado.

C - Contrato Administrativo e demais temáticas atinentes

8 – Na sequência, o trabalho de Carlos Araújo Leonetti e Felipe Cesar Lapa Boselli, intitulado “O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DA TUTELA AO MEIO AMBIENTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, objetivam o conceito de desenvolvimento nacional sustentável, sob o ponto de vista ecológico, no âmbito das contratações públicas, e sua aplicabilidade à luz do princípio constitucional da eficiência administrativa.

9 - No texto intitulado “O PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E SEUS LIMITES”, Isa Filipa António de Sousa, esclarece que o poder do parceiro público que, no âmbito da execução de um contrato celebrado com parceiros privados, suscita problema quanto ao «ius variandi», na perspectiva da igualdade inter partes e da estabilidade contratual. Alerta ainda para o poder de reconformação unilateral do conteúdo do contrato inicialmente celebrado, sem que haja negociação com o parceiro privado acerca das alterações ao clausulado, destacando o abuso com complexas implicações económico-financeiras, que obrigam à posterior celebração de acordos de reequilíbrio financeiro. Finalmente, alerta para o alcance e limites legais impostos a este poder, delimitando-o.

10 - Theresa Christine De Albuquerque Nobrega e Anna Dolores Barros de Oliveira Sá, em trabalho intitulado “REGULAÇÃO NA CONTRATUALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: FOMENTO À SEGURANÇA JURÍDICA E COMBATE A CORRUPÇÃO”, destacam os objetivos da Lei 13.019/2014 quanto a reordenação nas formas de combate à corrupção nos contratos públicos. Chamam a atenção para a notória mudança legislativa que articula órgãos de controle da Administração Pública, ampliando as perspectivas de transparência e controle social das políticas públicas, determinando o suprimento de um espaço necessário à promoção de uma política nacional de combate à corrupção, compliance e segurança jurídica.

D - Direito Administrativo Aplicado

11 - No texto de Marcos Fernandes de Souza, intitulado “A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO”, aborda a Lei 9.503/1997, identificando o Sistema Nacional de Trânsito como conjunto de órgãos, com a participação de todos os entes federativos, que têm por finalidade o planejamento, administração, normatização, policiamento, fiscalização e julgamento de infrações e aplicação de sanções administrativas na temática trânsito. Alerta para a estruturação própria e compartimentada do SNT entre órgãos da Federação e, valendo-se de corpo técnico para áreas do trânsito, com destaque para mecanismos institucionais que o asseguram desde as atividades atípicas (ao Poder Executivo) de normatizar, realizar julgamento e aplicar sanções, até as funções usuais realizadas pelo Executivo.

12 - Edimur Ferreira De Faria e Claudio Luiz Gonçalves de Souza, em trabalho intitulado “A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FACE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O ACESSO A MEDICAMENTOS CONTROLADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL”, ressaltam a questão do Poder Discricionário Administrativo frente à crescente judicialização da saúde na busca do atendimento do cidadão a medicamentos. O direito à saúde se afigura na Constituição como direito fundamental de todo o cidadão. Abordam ainda a sua natureza subjetiva, conquanto o que se tutela é o bem maior, ou seja, a vida. Alertam para a dicotomia do direito fundamental à saúde versus o alto custo dos medicamentos em face do interesse público lato sensu.

13 –No trabalho de Rodrigo Monteiro Da Silva, intitulado “A ALTERAÇÃO NA FORMA DE ESCOLHA DE MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS: UMA INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ARTIGO 75 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”, o autor, no contexto em que se permite a alteração do respectivo texto constitucional por meio de emendas oriundas da vontade direta do povo, a partir de uma

interpretação criativa e democrática do art. 75 da Constituição brasileira de 1988, se propõe a examinar a natureza dos Tribunais de Contas, com a demonstração da necessidade da adoção de critérios objetivos e isonômicos para a escolha de seus membros.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Administrativo e das políticas públicas no eixo Brasil-Portugal, além da necessidade de se evoluir na discussão sobre a atualização e perspectivas da Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho – DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA 1, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito Comparado Brasil-Portugal.

Braga-Portugal, setembro de 2017.

Professora Doutora Cláudia Sofia Melo Figueiras (UMINHO)

Professora Doutora Isabel Celeste Monteiro Fonseca (UMINHO)

Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FACE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O ACESSO A MEDICAMENTOS CONTROLADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

ADMINISTRATIVE DISCRETIONARY FACE TO HEALTH JUDICIALIZATION: ACCESS TO CONTROLLED MEDICINES AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Edimur Ferreira De Faria ¹
Claudio Luiz Gonçalves de Souza ²

Resumo

O direito à saúde se afigura na Constituição Federal Brasileira como direito fundamental de todo o cidadão. Mais do que isso, a Constituição de 1988 assegurou, de fato, a saúde como sendo um direito público de natureza subjetiva, conquanto o que se tutela é o bem maior, ou seja, a vida. Indigitados medicamentos são muito caros e carregam a dicotomia do direito fundamental à saúde versus o alto custo dos medicamentos em face do interesse público lato sensu. Objetiva-se discutir a questão do Poder Discricionário Administrativo frente à crescente judicialização da saúde na busca do atendimento do cidadão a medicamentos.

Palavras-chave: Poder discricionário, Judicialização da saúde, Direito à saúde, Medicamentos controlados, Importação

Abstract/Resumen/Résumé

The right to health appears in the Brazilian Federal Constitution as the fundamental right of every citizen. The Constitution of 1988 assured health as a public right of subjective nature, although what is guarded is the greater good, that is, life. Designated medicines are very expensive and carry the dichotomy of the fundamental right to health versus the high cost of medicines in the face of the public interest lato sensu. The objective is to discuss the issue of discretionary administrative power in the face of the increasing judicialization of health in the search of the citizen's care for medicines.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretionary power, Judicialization of health, Right to health, controlled medications, Importation

¹ Doutor em Direito Administrativo, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas e docente da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

² Mestre em Direito Empresarial, Doutorando em Direito Público na PUC Minas, advogado e professor dos Cursos de Direito, Administração de Empresas e Ciências PUC Minas.

1 INTRODUÇÃO

O tema concernente à discricionariedade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro vem sendo discutido à exaustão, bem como a possibilidade de seu controle pelo Judiciário. Com efeito, não se deve dissociar a discricionariedade administrativa da essência do ato administrativo.

Por essa razão, é que se traz à colação, o conceito exarado por Edimur Faria, em seu festejado livro “Curso de Direito Administrativo Positivo” que, por sua vez, assim se manifesta *in verbis*:

[...] ato administrativo é a declaração unilateral da Administração Pública, manifestada por agente competente, com vistas ao interesse público, criando, mantendo, modificando ou extinguindo relações jurídicas ou ainda impondo deveres ao administrado e a si própria, com força de imperatividade. (FARIA, 2015, p. 245)

Da mesma sorte, têm-se no escol de Celso Antônio Bandeira de Mello, por meio da obra “Curso de Direito Administrativo”, que o ato administrativo trata-se da:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, sujeitas a controle de legitimidade por órgão judicial. (BANDEIRA DE MELO, 2013, p. 253)

José dos Santos Carvalho Filho em seu livro “Manual de Direito Administrativo”, sustenta que o ato administrativo representa a:

[...] exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários que, sob regime de direito público, visa à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público. (CARVALHO FILHO, 1993, p. 36)

Ainda nessa direção é o entendimento de Hely Lopes Meirelles, na obra “Direito Administrativo Brasileiro”, que:

[...] o ato administrativo é 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 seus administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 2016, p.353)

Com efeito, os conceitos sobre o ato administrativo são relevantes na medida em que os mesmos guardam relação direta com o tema da discricionariedade administrativa que, por seu turno, há muito tempo vêm se discutindo sobre sua efetividade e, principalmente, sobre a possibilidade de controle pelo judiciário.

Malgrado todos os esforços dos juristas e estudiosos sobre a questão da discricionariedade administrativa, além de farta produção acadêmica a respeito, até o momento a doutrina e, nem mesmo os Tribunais, chegaram a um entendimento uníssono.

Destarte, a importância de não apenas pesquisar a discricionariedade administrativa, como também a intervenção do Judiciário nas decisões e/ou omissões do Estado, mormente quando o tema encontra-se diretamente relacionado com a garantia fundamental à saúde no que tange ao acesso a medicamentos controlados e de alto custo para a própria sociedade, torna-se não apenas necessário, mas compulsório referido estudo e análise.

Nesses termos, o artigo vêm tratar, de forma perfunctória, sobre os conceitos e definições da discricionariedade administrativa frente à crescente judicialização de temas relacionados ao direito fundamental à saúde, em especial quando se trata da necessidade imperiosa de obter acesso a medicamentos controlados, importados e, por consequência, de alto custo em sua aquisição.

Não se pode discorrer sobre o tema sem mencionar acerca dos conceitos jurídicos indeterminados e sua relação com a discricionariedade administrativa; bem como sobre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial que, por sua vez, tornam-se fundamentais para o estudo e compreensão do assunto trazido à análise.

Trata-se de tema polêmico que, por seu turno, já foi trazido à discussão em diversos foruns e que, por meio do presente artigo, além do aspecto da discricionariedade administrativa, pretende-se, da mesma sorte, mais uma vez, provocar a reflexão sobre o dilema de atendimento às necessidades do cidadão que precisa urgentemente de medicamento de custo elevado para o tratamento da sua saúde, em face da escassez de recursos do Estado para atender toda a sociedade; levando-se ainda em consideração, a sistemática intervenção do Judiciário para determinar a prestação da assistência em face da prioridade da tutela à vida, compelindo o Estado nos quatro planos de governo a fornecer medicamentos não constantes da lista do Sistema Único de Saúde- SUS ou tratamento fora do País, por se tratar de direito fundamental.

2 DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

Sabe-se que expressivo número de estudiosos, inclusive os encarregados da produção acadêmica vêm trazendo à baila a questão concernente à discricionariedade sem, contudo, chegar a um entendimento conclusivo e uniforme sobre sua existência no âmbito das três primordiais funções do Estado – Legislativa, Executiva e Judiciária –. Neste trabalho examinar-se-á apenas a discricionariedade administrativa.

No que tange à discricionariedade administrativa, cujo tratamento apresenta variações desde a clássica diferença entre os atos discricionários e os atos vinculados da Administração Pública; e até mesmo a também clássica Teoria Alemã dos conceitos jurídicos indeterminados e os limites da intervenção judicial, não se discute a sua existência. A discussão gira basicamente em torno da sua abrangência ou seus limites.

Ocorre que o assunto assume uma condição ainda mais complexa, na medida em que a discricionariedade do agente público passa a ser discutida nos pilares dos direitos sociais e, mormente, da sua implementação por meio de políticas públicas, sobretudo quando se trata de países emergentes que, por sua vez, apresentam insuficiência e deficiência estrutural, principalmente quando se trata dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nessa esteira é que se coloca à prova a questão da discricionariedade da administração pública nas tomadas de decisão sobre procedimentos médicos e, principalmente, fornecimento de medicamentos caros, controlados e importados em face do plano orçamentário do Estado que, por sua vez, deve atender a todos os cidadãos, como definido na Constituição Federal.

Ainda que digam e tentem sustentar o contrário, é evidente a carência de instrumentos e mecanismos adequados e suficientes para dar efetividade aos direitos que se encontram insculpidos na Constituição Federal.

A clássica distinção entre “atos discricionários” e os “atos vinculados” da administração pública, para a efetivação dos direitos contidos na Constituição Federal de 1988, já não se apresenta suficiente para identificar as hipóteses de arbitrariedade que autorizam a intervenção do poder judiciário.

Nas palavras de Paulo Roberto Dalla Valle e Maria Goretti Dal Bosco (2017), dúvida não há de que o modelo clássico de discricionariedade administrativa atribui larga margem de liberdade ao administrador. O exercício exarcebado desse poder discricionário resulta em prejuízo da sociedade ou de segmento dela, em sacrifício da cidadania, no momento que

passa a servir aos interesses mais diversos no âmbito do próprio interesse público em sua essência, ou seja, as demandas de natureza sociais do Estado Democrático de Direito.

O exercício inadequado do poder discricionário, que fica justificado por meio do mito do juízo da “oportunidade” e “conveniência” da administração pública e que permanece, supostamente impassível de controle pelo judiciário; mas principalmente nas ações ou omissões arbitrárias incorridas pelo agente público, acaba por prejudicar os interesses e necessidades mais prementes de toda a sociedade.

Sendo assim, no aspecto do ato ser decorrente da discricionariedade, não impede a intervenção do judiciário, especialmente com a finalidade de verificar se o agente público está agindo dentro dos limites de sua competência e da legislação pertinente.

A propósito dessa situação, expõe Georges Abboud em sua obra “ Discricionariedade Administrativa e Judicial:o ato administrativo e a decisão judicial” , *in verbis*:

[...] portanto, a alegação de que o ato administrativo é discricionário não impede a plena revisão do judiciário, mesmo que os fundamentos do ato administrativo sejam questões técnicas de alta complexidade. Em todas essas hipóteses, a Administração tem o dever constitucional de fundamentar seu ato, com o intuito de demonstrar o porque ele consubstancia a solução mais adequada a ser implementada, sob pena de se descaracterizar o acesso à tutela jurisdicional efetiva e adequada, assegurada pelo inc. XXXV do art. 5º da CF. (ABBOUD, 2014, p. 154).

Pode-se inferir, realmente, que sob qualquer ângulo que se efetue a análise concernente à questão da discricionariedade administrativa, o tema se movimenta para dois vértices principiológicos, quais sejam: (i) o livre acesso ao Judiciário que tem o dever de controlar a correta aplicação do direito, bem como (ii) a indispensável e necessária autonomia da Administração Pública para exercer a função de optar, dentro das diretrizes legais, qual a melhor decisão a ser tomada pelo Poder Público diante da situação fática.

Destarte, no que tange à atuação do Estado, mormente em ações de ordem social, lícito é o exercício da discricionariedade, conquanto seja exercido com parcimônia e grafado com seriedade, com o fito de atender o caráter vinculante do direito fundamental em face da escorregia Administração Pública, combatendo as arbitrariedades por ação e/ou omissão; porém submetida à revisão do Judiciário, quando necessário.

3 “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS” E DISCRICIONARIEDADE

Insta evidenciar que, malgrado a indubitosa existência de conceitos jurídicos indeterminados em vários segmentos do Direito, é justamente no Direito Administrativo que os mesmos adquirem maior relevância na medida em que se relacionam com a discricionariedade.

Questionamentos poderiam ser levantados sobre o assunto, principalmente no sentido de se indagar se os conceitos jurídicos indeterminados contêm-se na discricionariedade. Da mesma sorte, poder-se-ia também perquirir se entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade haveria uma relação de natureza lógico-jurídica.

Para responder a essas questões, teria que, em primeiro lugar, analisar o modo de execução das funções do Estado, considerando de forma ampla ou restrita a atuação da Administração Pública em face dos direitos individuais dos cidadãos.

Nessa esteira, Edimur Faria, no livro “Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário”, discorrendo sobre a discricionariedade, aduz que:

A discricionariedade é legal, em oposição à arbitrariedade, que é ilegal. Significa que a lei, embora conceda ao administrador o poder para agir na ocorrência de casos concretos, estabelece-lhe parâmetros a serem observados. Esses parâmetros são previstos na própria lei em que se fundamenta o ato ou o comportamento, no sistema jurídico como um todo, nos princípios gerais do direito, na justiça, na ética, na moral, na probidade, na boa-fé, nos costumes e no direito natural e nos princípios jurídicos. (FARIA, 2016, p. 164)

Do mesmo modo, Edimur Faria, ao abordar sobre noção de conceitos jurídicos indeterminados, assim se pronuncia:

Em síntese, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados tem por finalidade precípua distinguir discricionariedade de conceitos fluidos para efeito da concreção da norma jurídica e de controle jurisdicional dos atos administrativos.

A importância do tema justifica reservar-lhe o presente Capítulo, no qual pretende-se estabelecer a distinção entre discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos fluidos, imprecisos, vagos ou abstratos. Pretende-se, com a distinção, demonstrar que o agente público, ao praticar ato diante de conceito jurídico indeterminado, terá de fazer inteligência da norma que se amolda ao caso concreto, e não valer-se da discricionariedade. A medida tem por finalidade reduzir o campo de atuação discricionária do agente administrativo. (FARIA, 2016, p. 181)

Dessa maneira, pode-se inferir que a discricionariedade seria uma liberdade relativa, que se apresenta ao administrador para que o mesmo possa eleger um caminho dentre no mínimo duas situações possíveis em face de um caso concreto, com fulcro em critérios de razoabilidade para que, dessa forma, possa cumprir o seu dever por meio de solução adequada e em correspondência com a lei.

Dessarte, para Mello (2013), antes de tudo, o poder discricionário se constitui em um “dever discricionário”, conquanto os poderes atribuídos à Administração Pública não passam de meros instrumentos que possibilitam cumprir seus deveres e obrigações.

4 DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A humanidade se destaca por ser gregária e, em razão disso, viver em sociedade. Trata-se de uma necessidade primária de manutenção e auto-preservação que, por seu lado, se vincula ao Estado que cumpre sua função de garantidor da ordem social, mas em contrapartida têm a obrigação de assistir aos cidadãos.

Nesse sentido, é que se manifestam os direitos fundamentais como garantia contra eventuais interferências ou comportamentos ilegítimos adotados pelo Estado, por meio da Administração Pública. Sendo assim, se o Estado vier a violar ou descumprir princípios insculpidos nos direitos fundamentais do cidadão, no escol de Mendes (2004), ele, cidadão, poderá nos limites de sua liberdade individual, exercer inúmeras pretensões juridicamente amparadas.

Desse modo, o Estado não apenas fica impedido de intervir na esfera da liberdade individual dos cidadãos, como também tem o dever de disponibilizar aos mesmos as condições e meios materiais necessários para o efetivo exercício das liberdades fundamentais.

Entrementes, a realidade prática vêm demonstrando que, apesar dos direitos sociais estarem devidamente positivados, em significativo número de situações, o Estado não têm atendido aos cidadãos plenamente; essa circunstância evidencia que somente a positivação dos direitos não é suficiente para a efetividade dos mesmos.

É cediço que muitos dos direitos fundamentais definidos e garantidos pela Constituição Federal dependem diretamente de prestações positivas que, por seu turno, refletem no dispêndio de recursos financeiros por parte do Estado que, invariavelmente, têm sido insuficientes para executar as políticas públicas na plenitude garantidas.

Nesse aspecto, o que se presencia é verdadeira colidência entre o dever de intervenção do Estado para garantir às necessidades fundamentais de seus cidadãos e a sua insuficiência financeira.

Na visão de Canotilho (1991), a limitação ou escassez de recursos financeiros por parte do Estado representa barreira fática para a efetivação das prestações sociais e cumprimento dos direitos fundamentais. Desse modo, o autor enxerga que indigitada efetivação dos direitos em apreço deve ser realizada em conformidade com a “reserva do possível”. Isso significa que a efetividade dos direitos, mesmo os fundamentais, fica condicionada à existência e/ou disponibilidade de recursos financeiros previstos no orçamento público.

Nessa linha de entendimento doutrinário respaldado por segmentos do Judiciário, constata-se que, além da previsão constitucional dos direitos fundamentais, é indispensável a previsão de recursos financeiros disponíveis para a efetivação dos mesmos. A inexistência de previsão orçamentária de recursos financeiros para a prestação de determinada política pública, em princípio, inviabilizaria os magistrados de determinar ou garantir a execução dos direitos sociais não contemplados no orçamento do respectivo exercício.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais se manifestou sobre a não obrigatoriedade do Estado fornecer medicamentos, seja em face da “reserva do possível” ou pela “reserva em matéria orçamentária”, conforme se depreende da Ementa a seguir colacionada:

TJ-MG - Ap Cível/Reex Necessário AC 10242100017118001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 07/02/2014

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não está o Estado obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento ou insumo requerido pela parte, em especial quando não padronizado pelo SUS. Reexame necessário não conhecido. Recurso de apelação conhecido e provido. (BRASIL, 2014)

Insta mencionar que referida teoria da “reserva do possível”, em consonância com o que ensina Andréas Joachin Krell (2002), surgiu com base na jurisprudência constitucional da Alemanha que, por sua vez, define que a efetivação dos direitos às prestações sociais por parte do Estado ficam sujeitas à disponibilidade de recursos financeiros que o mesmo terá que arrecadar. Sendo assim, o entendimento e decisão sobre a disponibilidade ou não desses

recursos é de natureza discricionária, governamental e parlamentar, por meio da composição dos orçamentos públicos.

Não obstante, pode-se também inferir que a expressão “reserva do possível” possui como contrapartida o “mínimo existencial”. Consoante assevera Ana Paula de Barcellos:

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (BARCELLOS, 2002, p. 236).

A efetivação dos direitos fundamentais pressupõe a satisfação de várias necessidades elementares, tais como: alimentação, habitação, educação e saúde. Com efeito, esses aspectos são denominados de “mínimo social” na doutrina de John Rawls (1995), manifestando-se em elementos constitucionais essenciais.

Dessa maneira, o Estado além de respeitar e proteger a dignidade de seus cidadãos, com supedâneo em preceitos éticos e fundamentos constitucionais, tem por obrigação garantir a efetivação desses direitos.

É certo que todo cidadão é naturalmente sujeito de direitos e obrigações e, dessa forma, deve ser compreendido e tratado nos termos que define a lei. Destarte, ao abordar sobre a questão concernente ao “mínimo existencial”, está-se referindo aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal que dizem respeito ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso, a simples alegação da Administração que não pode atender pretensão de interessados, com fundamento na reserva do possível, não é suficiente. Ela deve demonstrar que por ocasião da elaboração do orçamento estimou despesas para dotar as atividades da Administração, levando em consideração as prioridades das políticas públicas, mas que as demandas em certas áreas foram muito além do estimado ou que as receitas gerais do Estado ficaram muito aquém do estimado. Sem essa demonstração, ao Judiciário é legítimo determinar a satisfação de direito fundamental, se o postulante demonstrar e comprovar a efetiva necessidade.

Mas como garantir o “mínimo existencial” se o Estado, como elemento nuclear para sustentação e efetividade dessas garantias, fica adstrito à “reserva do possível”, uma vez que possui recursos materiais limitados? Como fica a questão da saúde que, por sua vez, é um direito fundamental? Essas indagações serão respondidas no item seguinte.

5 DO DIREITO À SAÚDE

Quando se aborda o tema da discricionriedade da Administração Pública, conjugando-a com os direitos fundamentais constantes da Constituição Federal, o tema do direito à saúde vêm à tona.

Com efeito, a saúde como direito fundamental foi consagrada na Constituição Federal de 1988 em respeito aos princípios do constitucionalismo contemporâneo nacional e internacional, como proteção jurídica diferenciada. (art. 6º, *caput* da Constituição Federal de 1988)

Nessa linha de raciocínio, o Estado deve assumir e empreender o papel de principal provedor das principais necessidades sociais relevantes, adotando a posição mais firme nas lacunas deixadas pelo liberalismo, importantes para a participação livre da iniciativa privada, mas que por outro lado repercutem em falhas e atendimento precário aos cidadãos na condução da economia, sem a racional e equilibrada intervenção do Estado.

Como afirmado, a função estatal, nesse palco, é a de buscar o equilíbrio e suprir as lacunas onde forem percebidas as falhas na proteção dos direitos fundamentais, sem se eximir das suas responsabilidades.

Daí a resposta à primeira questão concernente à garantia do “mínimo existencial”, tendo por base a “reserva do possível”, uma vez que com recursos materiais limitados deve a Administração Pública, sem deixar de cumprir com o seu dever, agir com firmeza nas situações em que são verificados flagrantes erros na proteção dos direitos fundamentais.

Com efeito, indigitada atitude é imprescindível, especialmente, no que concerne à saúde que, na qualidade de direito social, encontra-se amparada pela fundamentalidade formal e material. Nesse sentido, são os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, que sobre o assunto assim se manifestam:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1 (sic) da Constituição, as normas definidoras de

direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e particulares. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p.3).

É justamente nesse sentido que, malgrado sejam consideradas normas programáticas por parte considerável da doutrina, a própria Constituição Federal considera os dispositivos reguladores de direitos sociais, inserido a questão da saúde, como sendo diretamente aplicáveis.

Nessa toada, deve-se compreender que todos são responsáveis pela adoção e implementação das normas: o Estado ao cumprir suas funções e obrigações administrativas e a sociedade ao exigir do Estado posição positiva no cumprimento das suas funções.

No entendimento de Sarlet e Figueiredo (2010), esses indigitados dispositivos devem ser interpretados como cláusulas pétreas e, dessa forma, superando o entendimento de que apenas os itens constantes do art. 60, § 4º da Constituição Federal, teriam esse *status*, conquanto nada mais justo do que considerar que os direitos sociais também têm essa característica, pelo menos para proteção de seu núcleo essencial.

Sob o ponto de vista do aspecto fundamental material da saúde para os cidadãos, torna-se indiscutível a sua essencialidade, pois sem a proteção da saúde, poder-se-ia inferir que o conteúdo dos demais direitos fundamentais perderiam inclusive seu objeto.

Por essa razão que, além de dever do Estado, o Judiciário também tem o dever de verificar se o primeiro está cumprindo sua obrigação de forma diligente, mormente pelo aspecto de ser objeto de amparo constitucional.

Nesse momento, é que a segunda questão é respondida, porquanto apesar de inegável ser a saúde um direito fundamental; deve a mesma ser tratada com equilíbrio e racionalidade por parte da Administração Pública e do Judiciário, para o bem da própria sociedade.

6 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Percebe-se que os inúmeros estudos sobre a judicialização da saúde no Brasil revelam deficiências no sistema de saúde do País, assim como no próprio Poder Judiciário para dar uma resposta correta e, principalmente, satisfatória para o cidadão.

A experiência prática vem demonstrando que expressiva maioria das demandas judiciais no âmbito da saúde aponta, sistematicamente, para pedidos, sejam individuais ou coletivos, de remédios, medicamentos e, em menor número, procedimento médico.

De maneira geral, referidas postulações judiciais se amparam em prescrições médicas, assim como na suposta urgência de obtenção do medicamento em questão e na necessidade “premente” de realizar determinado procedimento médico, fundamentais para a solução de problemas de saúde.

Com efeito, os pedidos de medicamentos ao Judiciário chegaram efetivamente a se banalizar, uma vez que não obtido o insumo na rede pública por não ser prioridade ou necessidade fundamental, recorre-se ao Judiciário.

Percebe-se que o Judiciário determina, de forma indiscriminada, o fornecimento por parte do Estado de medicamentos sem uma aferição mais detida acerca da necessidade real e efetiva dos mesmos, em prejuízo à sociedade.

Referida sistemática, levou inclusive o Supremo Tribunal Federal a manifestar-se de forma mais enfática ao se tratar de pedidos que não comprovem a grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública, principalmente à saúde e, podendo causar dano inverso aos demais cidadãos, senão vejam-se os seguintes julgados do STF que colacionamos:

STF - AG.REG. NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA SS 2944 PB (STF)

Data de publicação: 29/04/2010

Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição . Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Viagra (Citrato de Sildenafil). Tratamento de hipertensão pulmonar. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL,2010).

Idênticas decisões são proferidas pelo mesmo Tribunal: STF –AG.REG. na suspensão de segurança SS 2361 PE, em 29/04/2010; STF – AG.REG. na suspensão de tutela antecipada STA 278 AL, em 29/04/2010.

Note-se, portanto, que a escolha da via judicial muitas vezes ocorre pela “pressão” das pessoas interessadas, muitas vezes, sem ter a urgência e necessidade premente ou imprescindível, apenas com o objetivo de incorporar um medicamento ou determinar um procedimento do SUS – Sistema Único da Saúde em face da ausência ou da deficiência da prestação estatal na rede de serviços públicos, mas sem uma avaliação mais detida.

Nesses casos, infere-se que a judicialização da saúde apenas expressa os problemas de acesso à saúde de maneira mais genérica, ou seja, a resposta judicial, na maioria dos casos, se limita a determinar o cumprimento pelos gestores da saúde da prestação requerida ou ao

fornecimento do medicamento pelos solicitantes, apenas respaldados por uma prescrição médica de natureza individual.

Destarte, torna-se necessária a aferição com maior detenção sobre o que está sendo requerido, porquanto, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se cair em situações e circunstâncias em que não exista a efetiva comprovação de grave lesão à ordem, ou à economia, à segurança e, principalmente, à saúde, implicando dano inverso para toda a sociedade.

7 DOS MEDICAMENTOS CONTROLADOS E IMPORTADOS

Existem medicamentos que são muito caros e, não raras vezes, importados de indústrias farmacêuticas, distribuidores e/ou fornecedores estabelecidos em outros países.

Com efeito, muitos desses medicamentos também não estão devidamente registrados na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, circunstância que implica, necessariamente, em anuência prévia por parte do indigitado órgão da Administração Pública para a realização da importação.

Embora já estejam disponíveis para a população as orientações gerais de como acionar e solicitar à ANVISA a autorização de importação de medicamentos controlados sem registro no País, a questão ainda remete as pessoas interessadas ao Judiciário.

Tem-se que, consoante o que dispõem a legislação nacional, é possível a importação de produtos sem registro no País para uso pessoal. O problema é que muitas vezes o Sistema Público de Saúde não está preparado para tomar essas providências.

Normalmente, trata-se de medicamentos à base de substâncias de controle especial no Brasil que se encontram listadas no Anexo I da Portaria n. 344 da ANVISA, de 12 de maio de 1998, publicada no Diário Oficial da União do dia 31 de dezembro de 1998 (BRASIL), e suas atualizações, que aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

Trata-se de medicamentos com propriedades psicotrópicas, entorpecentes, teratogênicas e, até mesmo medicamentos, que são controlados internacionalmente. Por essa razão que a autorização da ANVISA torna-se imprescindível para que o medicamento seja comercializado no País.

Para conseguir o medicamento importado, controlado e, algumas vezes, sem registro na ANVISA, o interessado tem que ter seu pedido lastreado não apenas por prescrição

médica, como também é primordial que apresente laudo médico que indique a necessidade e benefício do medicamento para o paciente,

Isso porquanto medicamentos sem registro no País não possuem dados de eficácia e segurança registrados na ANVISA; cabendo, portanto, ao profissional médico a responsabilidade pela indicação do medicamento.

Entretantes, ainda que existam procedimentos a serem observados, mesmo assim, na primeira negativa ou obstáculo, muitas vezes sem avaliação técnica de natureza precisa para aferir sobre a necessidade ou não daquele medicamento, impera a judicialização da saúde, também para medicamentos controlados. Veja-se nas ementas das decisões do STJ e do TJ-DF trazidas à colação a título de exemplos:

STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA RMS 35434 PR 2011/0192002-0 (STJ)

Data de publicação: 09/02/2012

Ementa: ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE **MEDICAMENTO IMPORTADO** SEM REGISTRO NA ANVISA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual se objetiva o fornecimento à impetrante de **medicamento importado** sem registro na Anvisa (substância química: Tetrabenazina; nomes comerciais: Nitoman, Xenazine ou Revocon). 2. O Tribunal de Justiça do Paraná, ao denegar a segurança, por maioria, externou o entendimento de que, "não sendo o medicamento postulado registrado na Anvisa, não é possível ao Estado do Paraná fornecer o referido **medicamento** a senhora impetrante. Nestas condições, voto para ser extinto o mandado de segurança sem julgamento do mérito porque ausente direito líquido e certo a ser tutelado" (fl. 139). 3. Não se observam a liquidez e a certeza do direito invocado pela impetrante nem a prática de ato ilegal ou de abuso de poder. 4. O fato de o **medicamento** pretendido não ter registro na Anvisa e, portanto, não poder ser comercializado no território nacional, denota que o alegado direito não é líquido nem certo para fins de impetração de mandado de segurança, porquanto o seu exercício depende de eventual autorização da Anvisa para que o medicamento seja **importado** e distribuído pelo Estado. 5. A entrada de **medicamentos** no território nacional, sem o devido registro na Anvisa, configura o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal; fato que não pode ser desprezado pelo administrador público responsável pelo fornecimento do **medicamento em** questão, razão pela qual não há falar que o seu não fornecimento caracteriza ato ilegal ou de abuso de poder. 6. Recurso ordinário não provido. (BRASIL, 2012).

TJ-DF - Apelação Cível APC 20150110146100 (TJ-DF)

Data de publicação: 10/03/2016

Ementa: CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÕES. AÇÃO COMINATÓRIA C/C DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA. OZURDEX. **MEDICAMENTO IMPORTADO**. URGÊNCIA. RISCO DE CEGUEIRA. DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. RECURSOS IMPROVIDOS. 1. Trata-se de apelações contra sentença que julgou procedentes os pedidos formulados em ação cominatória, para condenar a ré a suportar o ônus financeiro do tratamento médico da autora, com a aplicação da medicação Ozurdex, e a pagar indenização por danos morais, no **importe** de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 2. A relação jurídica havida entre as partes está sujeita às diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, bem como à disciplina da Lei nº 9.656/98, que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde. 2.1.

Súmula 469, do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.” 3. Mostra-se abusiva a recusa da ré em cobrir os custos do **medicamento** Ozurdex sob a alegação de se tratar de “**medicamento importado**”, haja vista ser o único protocolo de tratamento viável para recuperação da saúde ocular da autora. 3.1. Além de se tratar de **medicamento** com registro na ANVISA, o que deve preponderar é o fato de que há previsão de cobertura para tratamento oftalmológico e não a forma como será realizado o tratamento da patologia. Cabe ao profissional da saúde, e não à seguradora, a escolha do tratamento. Assim, os planos de saúde podem estabelecer quais doenças serão cobertas, mas não podem limitar o tipo de tratamento a ser prescrito ao paciente. 3.2. Precedente do STJ: “3. Está consolidado nesta Corte o entendimento segundo o qual é abusiva a cláusula contratual que exclua da cobertura do plano de saúde algum tipo de procedimento ou **medicamento** necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo referido plano. Precedentes.” (AgRg no AREsp 190.576/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 12/03/2013). 4. Precedente da Corte: “3. Conquanto se trate de **medicamento importado**. (BRASIL, 2016)

TJ-DF - Apelação Cível APC 20130110569915 (TJ-DF)

Data de publicação: 16/03/2016

Ementa: CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. RELAÇÃO DE CONSUMO. FORNECIMENTO DE **MEDICAMENTO IMPORTADO**. INDICAÇÃO MÉDICA. TRATAMENTO CONTRA CÂNCER. ESTADO DE SAÚDE GRAVE. NEGATIVA DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM ARBITRADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. 1. Estando a doença que acomete o autor (neoplasia) prevista no contrato celebrado entre as partes, não há motivo para a exclusão da cobertura securitária dos **medicamentos** utilizados, ainda que **importados**, uma vez que recomendados pelo profissional de saúde que acompanha o paciente, não competindo ao plano de saúde a escolha do procedimento ou **medicamentos** a eles necessários. 2. Consoante jurisprudência pacífica do e. STJ, “a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato” (REsp 183.719/SP, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 13.10.2008). 3. Demonstrada a irregularidade na desautorização do procedimento vindicado, resta evidente a prática de ato ilícito por parte do plano de saúde, causadora de transtornos ao segurado, que ultrapassam em muito os meros aborrecimentos ou dissabores cotidianos, ensejando sua reparação a título de danos morais. 4. Impõe-se a manutenção da verba honorária quando fixada em valor compatível com o tempo de tramitação da causa, o trabalho desenvolvido pelo causídico do autor e a pequena complexidade do litígio. 5. Recursos de apelação não providos. Sentença mantida. (BRASIL, 2016)

Conforme se depreende no teor das ementas anteriormente mencionadas, o Judiciário acaba por intervir e determinar que sejam fornecidos os medicamentos, mas muitas vezes sem uma devida avaliação técnica sobre a necessidade premente do medicamento pretendido pelo postulante.

Na grande maioria das vezes o magistrado concede a tutela provisória ou medida liminar fundado no receio de ocorrência de problema advindo do não fornecimento do medicamento, porém sem a devida avaliação.

Com efeito, o certo é que nem todas as decisões são unânimes no sentido de determinar-se pelo judiciário a tutela, sem a aferição da real necessidade, consoante demonstrado na

ementa de uma decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir, a título de exemplo, qual seja:

TJ-RS - Agravo de Instrumento AI 70055585020 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 02/10/2013

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. FORNECIMENTO DE **MEDICAMENTO IMPORTADO**. SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. Em se tratando de **medicamento importado** que não possui registro junto à ANVISA, com custo elevadíssimo e cuja urgência no fornecimento não foi demonstrada, deve ser afastada a decisão liminar. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70055585020, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 26/09/2013)

Não que seja incorreta ou indevida a concessão da tutela ou da medida liminar para amparar a aquisição de medicamentos controlados e, muitas vezes com elevado custo de aquisição, sendo importados e dependentes de anuência prévia pelo órgão competente.

Todavia, a intervenção do judiciário deve ocorrer com fulcro em fundamentos técnicos que balizem a decisão em homenagem ao princípio fundamental do direito à saúde que, indubitavelmente, encontra-se amparado pela Constituição Federal.

O que não pode ocorrer é a banalização da judicialização da saúde, onde tutelas provisórias e medidas liminares são concedidas sem a devida aferição técnica da real necessidade de fornecimento do medicamento pelo Poder Público e da previsão orçamentária e financeira.

8 CONCLUSÃO

Ao finalizar o presente estudo, conclui-se que o direito à saúde encontra-se vinculado às ações e serviços que são prestados pelo Estado ao cidadão e, portanto, o ato administrativo deve ser pautado de discricionariedade por parte dos órgãos estatais competentes para aferir a necessidade efetiva de atender ou não ao procedimento médico requerido e/ou ao medicamento solicitado.

Dúvidas não sobejam que os serviços prestados pelo Estado também devem pautar-se pelo exercício do poder que, em um Estado Democrático de Direito emana do povo e, da mesma sorte, é regulamentado pelo ordenamento jurídico.

Todavia, esses serviços e fornecimento de medicamentos devem observar os critérios de análise do direito fundamental à saúde, sem causar danos reversos a toda sociedade, por meio de uma judicialização indiscriminada da saúde.

Conclui-se, dessa forma, que tanto o poder executivo, legislativo, como também o judiciário; cada qual dentro da sua esfera de atribuições, estão vinculados ao devido e efetivo cumprimento do direito à saúde.

Contudo, nota-se também que é inevitável e necessária a aplicabilidade dos direitos fundamentais, assim como o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais. Desse modo, caberá ao Estado o fiel cumprimento das normas constitucionais concernentes aos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde.

Por outro lado, também constitui grave inconstitucionalidade por parte do Estado, se por ação ou omissão, transgredir o cumprimento das imposições do texto constitucional; porém com a ressalva de que deve observar o interesse de toda a sociedade.

Por fim, o posicionamento do Poder Judiciário frente à garantia e efetividade ao acesso às ações e os serviços de saúde, bem como o fornecimento de medicamentos no sistema público torna-se realmente exigível e autoaplicável diante das normas constitucionais de direito à saúde.

Não obstante, torna-se necessário e fundamental que as decisões tomadas pelo poder jurisdicional estejam alicerçadas nas limitações e na discricionariedade da administração pública, considerando a cláusula da reserva do possível; o princípio da proporcionalidade; assim como a adoção da conduta que favoreça a harmonia dos três poderes da União em prol da sociedade de uma maneira geral.

É de conhecimento de todos que o reconhecimento e a promoção da dignidade humana é uma conquista construída ao longo da história, mas, da mesma sorte, trata-se de uma obra alicerçada na razão que, por sua vez, indica um dever ser.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.154

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 456.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.236.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: Nós, representantes do povo (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: <goo.gl/WxfQW6>. Acesso em: 5 mai. 2017.

BRASIL. Portaria n. 344 da ANVISA, de 12 de maio de 1998, aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1998. Disponível em: <<https://goo.gl/UrRK2Y>>. Acesso em: 26 mai 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 35.434 PR (2011/0192002-0) Relator: Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 fev. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/q4FGcG>> Acesso em: 26 mai.2017.

BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso: Agravo Regimental na Suspensão de Segurança. SS2944 PB. Rel: Min. Gilmar Mendes.Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 abr. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/u5gTxH>> Acesso em: 26 mai. 2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Recurso: Apelação Cível/ Reex. Necessário n. 1.0242.10.001711-8/001. Relator: Albergaria Costa. 3ª Câmara Cível. **Diário da Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 07 fev. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/14NTQI>> Acesso em: 26 mai. 2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Recurso: Apelação Cível n. APC 20130110569915. Relator: Cruz Macedo. 4ª Câmara Cível. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/KZhw02>> Acesso em: 26 mai. 2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Recurso: Apelação Cível n. APC 20150110146100 DF. Relator: João Egmont. 2ª Turma Cível. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 mar. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/wz7p6n>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Recurso: Agravo de Instrumento n. Nº 70055585020 (Nº CNJ: 0283129-55.2013.8.21.7000). Relator: Alzir Felipe Schmitz. 8ª Câmara Cível. **Diário da Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 02 out. 2013. Disponível em <<https://goo.gl/HYt5fw>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p.131.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 36

DAL BOSCO, Maria Goretti; VALLE, Paulo Roberto Dalla. **Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais**. Disponível em:< <https://goo.gl/vc80R6>>. Acesso em 02 de janeiro de 2017.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Ed. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p.259.

KRELL, Andréas Joachin. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42a.ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.353.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. México. Fundo de Cultura Econômica. 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações**. In Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.