

OS GRAUS DE VINCULAÇÃO NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

PUBLICS ADMINISTRATION ACTION DEGREES IN MEDS PUBLIC POLICIES

Mônia Aparecida de Araújo Paiva¹
Davi Augusto Santana de Lelis²

RESUMO

O presente trabalho busca a análise das políticas públicas de distribuição de medicamentos sob a teoria dos graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade e a possibilidade de controle jurisdicional de tais atos. Para tanto, foram analisadas as principais normas que disciplinam o direito à saúde e a assistência farmacêutica no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de pesquisa teórica, bem como foi apresentado o entendimento acerca da discricionariedade administrativa à luz de diversos autores, inclusive a mais moderna doutrina, para que, a partir do confronto dessas ideias, fosse possível estabelecer a legitimidade do controle jurisdicional sobre tais atos. Foi possível concluir que as políticas públicas do direito à saúde são elaboradas utilizando conceitos indeterminados, de forma que o administrador, no caso concreto, deve buscar o alcance das expressões. Conforme seja a conduta do administrador será ou não cabível o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Políticas públicas; Graus de vinculação; Atos administrativos; Controle jurisdicional.

ABSTRACT

This paper tries to explore public policies for dispensing medicines under the theory of degrees of linking to the legality of administrative acts and the possibility of judicial review of such acts. For this, the main rules governing the right to health and pharmaceutical care in the Brazilian legal system, through theoretical research were analyzed, and the understanding was presented about the administrative discretion in the face of several authors, including the most modern doctrine, so that, from the clash of these ideas, it was possible to establish the legitimacy of judicial control over such acts. It was concluded that public policies of the right to health are compiled using indeterminate concepts, so that the administrator, in this case,

¹ Acadêmica do 9º período do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa/MG. Correio eletrônico monia.paiva@ufv.br.

² Professor Assistente de Direito Administrativo da Universidade Federal de Viçosa/MG, advogado, especialista em direito público pela ANAMAGES-MG, mestre em extensão rural pela Universidade Federal de Viçosa, doutorando em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista da FAPEMIG. Correio eletrônico: davi.lelis@ufv.br

should seek the range of expressions. As is the conduct of the trustee shall be inapplicable or control of administrative acts by the judiciary.

Key words: Public policies; Degrees of linking; Administrative acts; Judicial control.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde está previsto nos artigos 6º, 196 a 200 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB. Trata-se de um Direito Humano Fundamental, a ser assegurado pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas que possibilitem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para que tais políticas sejam elaboradas e executadas, o legislador e o administrador público fazem uso da chamada *discricionariedade*, entendida como a margem de atuação que conferida aos agentes públicos para a conformação e aplicação da lei no caso concreto. Entretanto, devem, ao mesmo tempo, se ater às condições que garantam de fato o acesso dos indivíduos aos serviços de saúde, bem como observar as diretrizes estabelecidas pelas normas e princípios constitucionais. Assim, dentro dos parâmetros estabelecidos pela norma constitucional, deve o agente público optar por aquelas políticas públicas que mais atendam ao disposto na norma de forma genérica.

Acreditava-se que no exercício dessa competência, legislador e administrador estariam apenas vinculados à lei em sentido estrito, ou seja, somente poderiam fazer o que estivesse previsto na lei. “Fora da lei não há salvação”, diriam alguns. Entretanto, com a emergência da chamada teoria da juridicidade, que orienta toda a aplicação do direito público na atualidade, foi preciso uma releitura da margem de atuação desses agentes, que não se encontram mais atrelados somente à lei, mas ao ordenamento jurídico como um todo, passando, inclusive, pela observância aos princípios constitucionais.

Diante disso, a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos vem sendo revista e ampliada, ao mesmo tempo em que cresce a insatisfação com os outros Poderes do Estado, que por vezes vêm descumprindo seu papel constitucional, em diversos campos. No caso dos órgãos do Poder Executivo, não são raras as vezes em que se identificam omissões ou demora na elaboração de políticas públicas e na sua execução.

Assim, buscam-se identificar neste artigo a margem de atuação conferida pela Constituição Federal ao legislador e ao administrador na edição de leis, políticas públicas e atos administrativos referentes ao direito à saúde e o grau de vinculação desses agentes a estas normas, conforme a releitura feita pela doutrina sobre a discricionariedade administrativa, bem como a legitimidade do controle jurisdicional de tais atos.

Além dessa introdução e da conclusão este trabalho está dividido em mais três sessões: na segunda discute-se o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, partindo-se das normas de eficácia imediata da constituição até a regulamentação infraconstitucional. Na terceira sessão apresentação a evolução dos conceitos de vinculação e discricionariedade para um conceito de graus de vinculação à juridicidade. Na quarta sessão apresenta-se a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas de medicamento à luz das teorias aduzidas.

2 O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Normas constitucionais referentes ao direito à saúde

A atual previsão constitucional do direito à saúde teve origem nas discussões ocorridas na VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986. Naquele momento, ficou evidente que a reforma⁵ no sistema não se restringia apenas aos aspectos administrativo e financeiro, sendo necessária uma transformação mais profunda, com a ampliação do próprio conceito de saúde e das suas formas de proteção. Ressaltou-se também a necessidade de fortalecimento e expansão do sistema público de saúde, sendo sugerido, inclusive, a total destinação dos recursos públicos apenas para o setor público de saúde, suspendendo-se o financiamento da rede privada de saúde (BRASIL, 2013).

Percebe-se, assim, que a proposta do sistema de saúde privilegiava a chamada “medicina socializada” – na qual o financiamento é predominantemente público, advindo da arrecadação de impostos –, modelo originalmente adotado pelo sistema de saúde britânico, o *National Health Service – NHS*. No entanto, a implementação do projeto previsto no relatório da conferência deu-se “em um contexto em que a disputa ideológica favoreceu amplamente o projeto neoliberal, reorganizando as relações entre Estado e sociedade em bases distintas daquelas pressupostas pelos formuladores do SUS” (BORGES et al, 2012, p. 58).

Com o advento da CRFB, em 1988, dentre os direitos sociais consagrados no artigo 6º do texto constitucional, foi previsto o direito à saúde e, mais à frente, dentro do Título VIII,

⁵ A reforma no sistema de saúde brasileiro era almejada devido a diversos problemas, notadamente pelo fato de que o sistema até então existente era restrito apenas aos trabalhadores urbanos com carteira assinada, de forma que a maioria da população ficava excluída do direito à saúde (BARROSO, 2013).

que cuida “Da ordem social”, nos artigos 196 a 200, as diretrizes a serem observadas na criação e implementação do novo sistema público de saúde⁶.

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 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.

A norma insculpida no artigo 6º da Carta Magna, ao prever os direitos sociais, conforme mencionado, trata de direitos fundamentais, pelo que possui aplicabilidade imediata, conforme artigo 5º, §1º⁷. Por outro lado, a previsão do artigo 196, para a maioria da doutrina, apresenta uma norma de natureza programática.

Diante disso, observa-se que a própria previsão do direito à saúde na CRFB foi fruto da tentativa de buscar o equilíbrio entre as forças políticas participantes da Assembleia Constituinte, já que se previu, de um lado, uma norma instituidora de direitos humanos fundamentais, cuja aplicabilidade não está condicionada à atividade legislativa ou administrativa, e, de outro, as condições de efetividade do mesmo direito ficaram a cargo da implementação de políticas sociais e econômicas a serem elaboradas pelo Poder Público, já que a previsão foi feita por meio de uma norma programática, além de ter sido possibilitada a participação do mercado privado na execução das ações e serviços de saúde, com nítida influência de ideias liberais (SILVA, 1998). Dessa forma, como resolver o impasse que se apresenta já no texto constitucional acerca da eficácia das normas que regulam o direito à saúde?

É cediço as normas programáticas⁸ traçam “linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos” (SILVA, 1998, p. 137). Entretanto, não se limitam apenas a dirigir a atuação do Estado, mas, embora sejam de eficácia limitada⁹, possuem caráter

⁶ É importante salientar que a normatização do direito à saúde no ordenamento brasileiro não se esgota na previsão constitucional, há normatização infraconstitucional, como a Lei nº 8.080/1990 e seus decretos e portarias regulamentadores, que, no momento oportuno, serão objeto de análise no presente trabalho.

⁷ “Art, 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 2014a)

⁸ A classificação das normas constitucionais que será adotada no presente trabalho é apresentada pelo constitucionalista José Afonso da Silva, em sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, na qual defende o caráter vinculativo e imperativo das normas programáticas.

⁹ Silva (1998) entende que as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, quando se aplicam sozinhas; contida, quando atuam de pronto, mas podem ser reduzidas pelo legislador infraconstitucional; limitada, quando dependem da atuação do legislador infraconstitucional para terem eficácia.

imperativo e vinculativo, como toda e qualquer norma constitucional. Daí deriva de que tais normas origina um vínculo para o legislador derivado, que somente pode exercer sua competência dentro dos limites estabelecidos pela norma.

Questão controvertida é saber se as normas programáticas concedem vantagens concretas aos indivíduos, ou seja, se criam “situações subjetivas positivas ou de vantagem” (CRISAFULLI, 1952 *apud* SILVA, 1998, p. 174). Para o constitucionalista, que defende a juridicidade nas normas programáticas, estas regulam juridicamente certos interesses, que podem ser simples interesse, simples expectativa, interesse legítimo e direito subjetivo¹⁰. A partir da explanação do autor acerca do art. 205, que trata do direito à educação¹¹, é possível concluir que o art. 196, que discorre sobre o direito à saúde, tutela interesse legítimo, ou seja, “fundamenta sua invocação para embasar solução de dissídios em favor de seus beneficiários”, ou seja, pode servir de base para proteger o indivíduo contra a violação do direito nela previsto.

Pelo exposto, como o Estado se colocou na posição de garantidor do direito à saúde, por meio da elaboração de políticas públicas eficazes, caso não cumpra seu papel, a norma do art. 196 poderá servir como fundamento para exigir que o Estado adote as providências cabíveis para a efetivação do texto constitucional.

Neste ponto, as lições de Canotilho são bastante claras, ao estabelecer que as prestações possuem duas faces: uma objetiva, que seria o objeto da pretensão dos particulares; e outra subjetiva, que seria o dever concretamente imposto ao legislador ou ao administrador. Como a pretensão em sua dimensão objetiva não pode ser exigida de imediato, pelo fato de a norma não conter um direito subjetivo, emerge da norma do art. 196 a dimensão subjetiva da prestação, qual seja, a possibilidade de exigir o cumprimento do dever nela previsto (CANOTILHO, ano *apud* SILVA, 1998).

Ademais, para o autor português, o reconhecimento de um direito subjetivo, que é feito por nossa Constituição no art. 6º, difere do mandamento constitucional que determina a

¹⁰ Em breve síntese, as normas de simples interesse não “conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação”; as normas que tutelam interesse legítimo “encontram-se no limiar da plena eficácia”, e as normas que produzem direito subjetivo “considerado este como a possibilidade de exigir ora uma abstenção, ora uma prestação, ora um agir que crie, modifique ou extinga relações jurídicas” (SILVA, 1998, p. 176-177). As normas de simples expectativas não são definidas pelo autor.

¹¹ Silva (1998) é claro ao dizer que os artigos 196 e 205 não tratam de normas programáticas, ao estatuir que, caso não sejam satisfeitas, não se trata de programaticidade, mas de verdadeiro desrespeito ao direito, de descumprimento da norma. Entretanto, mais à frente, inclui o artigo 205 entre os exemplos de normas programáticas. Assim, tendo em vista a grande semelhança entre as redações dos artigos, a contradição do autor e a posição majoritária da doutrina, foi possível concluir que o artigo 196 também trata de uma norma de natureza programática e tutela interesse legítimo.

criação de condições materiais necessárias para a efetivação desse direito. A conclusão do autor é elucidativa:

Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjetivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais à fruição desses direitos. (CANOTILHO, 1983 *apud* SILVA, 1998, p. 152)

Sob o ponto de vista legislativo, a Constituição estabeleceu que a competência para legislar sobre a proteção e a defesa da saúde é concorrente (art. 23), ou seja, cabe à União a elaboração de normas gerais, e aos Estados-membros e Municípios suplementar a legislação federal.

No que tange à competência administrativa, aqui incluída a criação e execução das políticas públicas, a Carta Magna atribui competência comum aos entes federativos, o que significa que os três entes são responsáveis pela elaboração das políticas públicas na área da saúde. A ideia de competência comum impõe a cooperação entre os entes, de forma que a prestação estatal seja organizada de forma que o interesse público seja mais bem observado.

Diante das disposições constitucionais, em síntese, é possível afirmar que o direito à saúde é um direito fundamental, de exigibilidade imediata, mas a sua efetivação depende da observância de uma norma programática, embora esta, é bom que se ressalte, possua aplicabilidade, no sentido de que pode tutelar interesse de qualquer indivíduo que se sinta prejudicado pela sua não observância, abrindo-se a este a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação nela imposta. Ademais, a competência para formulação das políticas que irão garantir o acesso da população aos meios que concretizem tal direito é comum entre os entes, de forma que a responsabilidade recai sobre as três esferas de governo.

Cumprido, portanto, analisar a atuação do legislador derivado e do administrador no que tange à efetivação das políticas públicas referentes ao direito à saúde, a fim de que seja possível concluir se a norma constitucional está sendo ou não cumprida.

2.2 Normas infraconstitucionais

Conforme apresentado, a CRFB previu que a saúde é “direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 2014a). Por outro lado, a este incumbe a formulação de políticas públicas capazes de garantir o acesso aos serviços de saúde. Para a elaboração de tais políticas o

legislador constituinte também estabeleceu algumas diretrizes, que constam no art. 198¹², quais sejam, a descentralização, o atendimento integral e a participação popular.

Seguindo a orientação constitucional, em 19 de setembro de 1990 foi publicada a Lei nº 8.080, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. Conhecida como a Lei Orgânica da Saúde, por ter instituído o sistema público de saúde brasileiro – o Sistema Único de Saúde¹³ (SUS) –, a legislação estrutura a prestação de serviços de saúde no país, fixando os princípios e diretrizes, dispondo “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências” (BRASIL, 2014c). Dessa forma, esta lei, de aplicação nacional, regula todas as ações e serviços de saúde, executados pelo Poder Público ou pelo setor privado.

Dentre as ações do Sistema Único de Saúde (SUS), está a formulação da Política Nacional de Medicamentos (PNM), instrumentalizada pela Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, aprovada pelo Ministério da Saúde, portanto, já no âmbito dos atos administrativos. A PNM “observa e fortalece os princípios e diretrizes constitucionais e legalmente estabelecidos, além das diretrizes básicas, as prioridades a serem conferidas na sua implementação” (BRASIL, 2014d), e as responsabilidades dos gestores do SUS em todas as esferas de governo. Por fim, a Lei nº 8.080/1990 foi regulamentada pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, o qual apresenta a organização, o planejamento e assistência à saúde.

Destarte, esse é o quadro normativo que será objeto de análise, ou seja, a partir do qual será verificado o grau de vinculação do administrador na concretização do acesso da população aos medicamentos de que necessita e, em última análise, na consecução do interesse público.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

¹² “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.” (BRASIL, 2014a)

¹³ Conforme o art. 4º, *caput* e §2º da lei, o SUS é formado pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, sendo que a iniciativa privada pode participar de forma complementar.

No Estado de Direito, a atuação dos agentes estatais está vinculada aos ditames legais. Pelo princípio da legalidade, no âmbito do direito público, em linhas gerais, o agente somente poderá agir quando a lei o permitir. Assim, a lei em sentido amplo cria o quadro normativo dentro do qual é lícito àquele que manifestará a vontade estatal exercer a sua competência.

Entretanto, a liberdade de atuação pode ser mais ou menos ampla, a depender da margem concedida pela norma. Esta liberdade de que dispõe o Estado é classicamente denominada de *discricionariedade*. Por outro lado, quando não há espaço para que se opte por uma ou outra conduta, diz-se que há *vinculação*.

A vinculação ocorre

quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o *único* possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja postura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu *objetivo* reconhecimento. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 9) (grifos no original)

Por outro lado, a discricionariedade “é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 46). O autor trata a discricionariedade como um poder da Administração, posição que é criticável, pois atualmente entende-se que os poderes da Administração são instrumentais em relação ao dever de perseguir o interesse público, sendo que este aspecto do dever deve prevalecer sobre o aspecto do poder (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

Para Bandeira de Mello (2011, p.432), a discricionariedade pode ser definida como

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

Ainda de acordo com a teoria clássica pode-se apontar Di Pietro (2012), que afirma haver discricionariedade quando: a) a lei expressamente confere esse poder ao administrador, b) a lei é insuficiente para permitir a atuação do administrador, c) lei prevê a competência mas não estabelece a conduta e; d) lei usa conceitos indeterminados. Em relação a política pública, o uso da discricionariedade deveria ser pautado pela reserva do possível, do mínimo existencial e da previsão constitucional. Não havendo para o Judiciário nenhuma possibilidade de interferência na zona discricionária do Executivo.

Em sentido semelhante, Morais (2004) entende que a discricionariedade administrativa pode ocorrer: a) por uma concepção negativa (formal), quando o administrador pode agir por ausência de previsão legal; b) por uma concepção positiva (material), quando o administrador pode agir por um critério valorativo em prol do interesse público; c) por uma concepção eclética, quando há valoração em prol do interesse público com margem de atuação legal. Historicamente haveria impossibilidade de controle do poder judiciário, mas este já é admitido nos ordenamentos legais.

Conforme se verifica, a noção clássica de discricionariedade traz em si a ideia de livre espaço de decisão, segundo critérios subjetivos do administrador, tais como os de conveniência e oportunidade. Ou seja, a norma delinea o contorno dentro do qual o administrador poderá exercer a sua competência, mas dentro dessa margem de escolha, a opção do administrador é livre, já que todas as alternativas previamente abertas pela norma são igualmente válidas perante o ordenamento. Essa é a posição da doutrina clássica.

Entretanto, o que se verifica no atual estágio de evolução do direito é que essa rígida separação entre vinculação e discricionariedade, segundo os critérios apresentados, não mais pode subsistir em nosso ordenamento. O direito administrativo vem ganhando novos contornos, deixando de ser um direito a favor do administrador para ser efetivamente um instrumento de proteção ao administrado.

Dentre essas transformações, emerge o chamado princípio da juridicidade administrativa, advindo da importância assumida pelos princípios constitucionais, aos quais está a Administração Pública vinculada, conforme se extrai das lições de Gustavo Binbenbojm (2014, p.38):

Toda a sistemática dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito. A *filtragem constitucional* do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. (grifos no original)

A juridicidade administrativa é, portanto, a vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, emergindo daí que toda a atividade administrativa deve estar atrelada não só à lei em sentido estrito, mas também aos princípios que estejam implícitos ou explícitos no ordenamento.

Destarte, a rígida dicotomia entre vinculação e discricionariedade perde o sentido, pois o livre espaço que possuía o administrador, segundo a doutrina clássica, agora se encontra não

somente balizado pela norma legal, como também a própria escolha deve ser orientada pela obediência à juridicidade.

A discricionariedade, assim, deixa de ser um livre espaço de decisão, para ser um “espaço carecedor de legitimação”, ou seja, não um campo de escolhas segundo critérios de conveniência e oportunidade, mas “de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei” (BINENBOJM, 2014, p.39).

Diante disso, a divisão entre discricionariedade e vinculação cede lugar para que existam *diferentes graus de vinculação à juridicidade*. Por consequência, os atos administrativos passam a ser classificados de acordo com esse grau de vinculação, conforme uma *escala decrescente* conforme estejam mais ou menos vinculados à norma. Esta é a chamada teoria dos graus de vinculação à juridicidade (BINENBOJM, 2014).

Os atos administrativos vinculados por regras são os que possuem o mais alto grau de vinculação à juridicidade¹⁴. Por conterem a descrição do fato e a correspondente conduta a ser adotada, uma vez verificada esta correspondência, incumbe ao administrador agir conforme prescrito. O administrador, no entanto, poderá deixar de observar o comportamento descrito caso ele vá de encontro à finalidade da norma, conforme análise concreta¹⁵.

Em segundo lugar, há os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados¹⁶, que exigem do administrado certa valoração para que o seu alcance seja determinado. A investigação da vinculação do administrador, neste caso, passa pela delimitação de que existe uma zona de certeza positiva, uma zona de certeza negativa e uma zona de penumbra. A zona de certeza positiva é aquela na qual não há dúvida acerca da expressão utilizada na norma; na zona de certeza negativa estão uma série de situações que não estão contempladas no alcance

¹⁴ Regras, para Humberto Ávila, são normas imediatamente descritivas, cuja aplicação exige a avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. A avaliação da correspondência, lembra o autor, deve ser centrada na finalidade da norma ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes (ÁVILA, 2008).

¹⁵ Um exemplo extraído da doutrina ilustra esta possibilidade: “Este seria o caso, *e.g.*, de alguém que tenha ultrapassado um semáforo defeituoso, que ficava permanentemente com a luz vermelha acesa, após verificar que o semáforo da rua oposta encontrava-se também na posição ‘pare’. Na espécie, a conduta do motorista não violou a finalidade da regra (evitar colisões em cruzamentos), nem o princípio a ela imediatamente superior (segurança no trânsito, incolumidade física das pessoas)”. (BINENBOJM, 2014, p. 244)

¹⁶ A Doutrina pátria ainda diverge sobre os conceitos jurídicos indeterminados, “são noções vagas, fluidas ou imprecisas, que não possuem um único significado de caráter prévio e absoluto, mas, ao contrário, situam-se entre uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa conceitual” (CARVALHO, 2008, p. 408). Para Morais (2004), os conceitos indeterminados podem ser: a) vinculados, quando comportam apenas uma solução já prevista na lei; b) não vinculado discricionário, quando a relação com a norma aberta permite uma criatividade axiológica para a integração da norma; c) não vinculado e não discricionário, quando é um mero juízo de prospecção. Para Di Pietro (2012) no Brasil os conceitos jurídicos indeterminados tornam-se determinados mediante a interpretação do agente, em se tratando de conceitos técnicos a Administração Pública pode se tornar vinculada à terminação tecnocrata.

da norma. Por outro lado, na zona de penumbra a apreciação do administrador é maior, já que foram utilizadas expressões que criam uma margem de dúvida acerca de seu alcance.

Por fim, existem os atos vinculados diretamente por princípios, correspondentes ao que hoje conhecemos como atos discricionários. Nesse caso, à vista dos princípios que norteiam o ordenamento, o administrador optará pela conduta que melhor atende à finalidade da norma em aplicação. Essa espécie de ato possui o menor grau de vinculação.

4 DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEDICAMENTOS

Ante a nova concepção acerca da atuação da Administração Pública por meio de seus atos, admitindo-se a existência não mais de um livre espaço de apreciação, mas de uma atuação vinculada em maior ou menor grau à juridicidade, necessário que seja feita uma releitura da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos¹⁷.

A princípio, a possibilidade de controle é inversamente proporcional à vinculação do ato à juridicidade, ou seja, quanto maior o grau de vinculação menor o grau de controlabilidade (BINENBOJM, 2014).

Ademais, a teoria dos graus de vinculação à juridicidade defende que o controle não deve ser estático, mas estabelecido de acordo com critérios que levem em consideração não só a estrutura dos enunciados normativos, como também a distribuição de competências, a estrutura orgânica, dentre outros (KRELL, 2004 *apud* BINENBOJM, 2014).

Historicamente, para a instituição das políticas públicas, os agentes incumbidos de tal mister lançaram mão da chamada discricionariedade. Aliás, o campo das políticas públicas é, por excelência, o que permite a concretização da liberdade de atuação conferida ao administrador (FERREIRA, 2014).

Diante da releitura da discricionariedade, *rectius*, dos graus de vinculação à juridicidade, e tendo em vista o fato de a política pública ser instituída pelo legislador e pelo administrador, é possível deduzir que estes não mais devem obedecer aos critérios que melhor lhes convier, em um juízo de valoração livre, mas que estão vinculados a toda uma estrutura de normas e princípios que deverão orientar suas escolhas.

¹⁷ É cediço que diversas são as formas de controle externo da Administração Pública, como o controle levado à efeito pelo Poder Legislativo e o controle popular. No entanto, será objeto de abordagem somente o controle realizado pelo Poder Judiciário.

No caso específico do direito à saúde, a análise dos graus de vinculação surge a partir da previsão por meio de norma programática, conforme já apresentado. Assim, para concretizar o mandamento constitucional, o legislador está adstrito primeiramente à Constituição como um todo e às diretrizes estabelecidas no tocante ao direito à saúde. Dessa forma, o art. 196 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantida por meio de políticas que visem ao acesso *universal e igualitário* às ações e serviços.

Destarte, neste ponto encontra-se a primeira amostra da vinculação de todas as medidas subsequentes, sejam elas legislativas ou administrativas. As ações em saúde, aqui incluídas aquelas que permitam o acesso a medicamentos à população, estão obrigadas a concretizar o acesso universal e igualitário aos serviços. Qualquer norma que venha a desrespeitar ou obstaculizar o acesso nos termos estabelecidos será inconstitucional, após análise segundo a proporcionalidade e a ponderação entre princípios e direitos fundamentais.

Prosseguindo na análise da legislação em assistência farmacêutica, a Lei nº 8.080/1.990, que estrutura o SUS, em seu art. 7º reforça os princípios da universalidade e da igualdade, constitucionalmente previstos. A lei foi além, estabelecendo em seu art. 2º que incumbe ao Estado prover as condições indispensáveis ao *pleno* exercício do direito à saúde.

A lei supramencionada foi regulamentada por inúmeras portarias, sendo a que mais interessa ao presente estudo é a Portaria nº 3.916/1.998, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos, que representa a base de toda a política pública de distribuição de medicamentos no país. Tal norma se encontra no âmbito de competência da Administração Pública, uma vez que tal ato foi editado pelo Ministério da Saúde; verifica-se que houve reforço na integralidade e universalidade da cobertura da assistência, ao prever que “o modelo de assistência farmacêutica será reorientado de modo a que não se restrinja à aquisição e à distribuição de medicamentos” (BRASIL, 2014d).

A portaria também apresenta diversos aspectos técnicos que devem ser levados em consideração no momento da elaboração e concretização da assistência farmacêutica, tais como critérios epidemiológicos, disponibilidade de recursos financeiros, custo benefício e custo efetividade da aquisição e distribuição dos produtos em relação à demanda populacional, etc.

É interessante ressaltar que o administrador estabeleceu critérios técnicos de forma a racionalizar a seleção e distribuição de medicamentos. Entretanto, não se pode perder de vista que a política pública de saúde como um todo deve obedecer tanto aos princípios constitucionalmente previstos para a área da saúde quanto os direitos fundamentais, servindo

estes como norte na atuação de todos os agentes estatais. Os critérios técnicos estabelecidos devem ser prestar a otimizar a garantia do acesso universal e igualitário, efetivando assim uma política pública de qualidade, não a restringir o acesso da população.

Assim, em que pese o caráter técnico da seleção dos medicamentos e execução da assistência farmacêutica, o que reduz o campo da análise jurisdicional, uma vez que o administrador é quem detém a experiência necessária e o contato direto com as demandas dos administrados, esse aspecto técnico-funcional não pode se sobrepor nem deixar de observar os ditames constitucionais e legais já estabelecidos.

No ano de 2011, foi editado pela chefe do Poder Executivo federal um decreto (Decreto nº 7.508), o qual talvez traga a norma que mais vincula o administrador e, por consequência, afastaria a possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário. Da leitura do art. 28, abaixo transcrito, é possível perceber que não restou alternativa ao agente público: diante do pleito de um indivíduo, desde que preenchidos os requisitos, a Administração Pública estaria obrigada a fornecer o medicamento pleiteado.

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;

II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;

III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e

IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS. (BRASIL, 2014b)

No entanto, se for feita uma análise segundo as diretrizes estabelecidas pela CRFB e demais leis que regulamentam o direito à saúde, pode-se apontar que o dispositivo está eivado de inconstitucionalidade. Ora, não é concebível que um sistema de saúde que almeja ser igualitário e universal restrinja o acesso aos medicamentos apenas a pacientes que estejam em tratamento pelo SUS. A própria Lei nº 8.080/1.990 afirma que a iniciativa privada participa de forma complementar ao SUS.

Assim, se um indivíduo, em tratamento com um médico particular, não vinculado a qualquer ação promovida ou financiada com recurso do SUS, com uma prescrição de um medicamento feita por este médico apresenta sua pretensão ao administrador, este deve negar o pedido, tendo em vista que tal indivíduo não está assistido pelos serviços do SUS? Embora haja defesa dessa ideia, o SUS não é um plano de saúde ao qual as pessoas optam por se filiar

ou não; é um sistema de saúde financiado por todos e ao qual todos devem ter acesso, sem distinção.

Afora o caso específico desse artigo, cuja inadequação deve ser resolvida em sede de controle de constitucionalidade, as demais normas em análise que norteiam a elaboração de toda a política pública de saúde trazem em seu bojo ora princípios, ora conceitos que ganham sentido diante de um caso concreto.

De acordo com a teoria dos graus de vinculação, os atos vinculados a princípios, sejam estes constitucionais ou infraconstitucionais, são os que admitem o controle jurisdicional mais amplo. Verifica-se, então, que as políticas públicas encontram-se em sintonia com as diretrizes estabelecidas constitucionalmente, salvo o artigo acima impugnado, uma vez que buscam garantir o acesso universal e igualitário, visando a concretização do direito à saúde da forma mais plena possível. Esta é a leitura das normas.

Realizando um confronto dessas normas com a teoria dos graus de vinculação, pode-se inferir que aquelas trazem em seu conteúdo conceitos vagos. O que representa a acesso *universal e igualitário* à saúde? O que seriam condições indispensáveis ao *pleno* exercício do direito à saúde? Entende-se que tais condições de acesso e de pleno exercício serão alcançadas mediante exercício interpretativo do aplicador, no caso, o administrador, tendo sempre em mente os princípios jurídicos, as finalidades e o contexto das normas a serem aplicadas.

Nota-se nessa acepção a possibilidade de controle que era reconhecida por Bandeira de Mello (2012) quando da causa, motivo, legalidade e motivação do ato¹⁸. E mais, caberia ao judiciário à missão de verificar se o administrador se manteve dentro do campo da legalidade, atual jurisdicionariade. Um passo adiante está Faria (2011), ao entender ser possível o controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário. Na doutrina pátria não se encontra dissidência quanto à possibilidade de controle da discricionariade (FARIA, 2011, p. 214), mas o controle sobre o mérito foi sistematizado de modo que o controle sobre os motivos, a proporcionalidade, a finalidade e capacidade importam em verdadeiro mérito do ato administrativo¹⁹.

¹⁸ Havendo vício em algum desses elementos há nulidade do ato administrativo. Desse modo pode-se dizer que para Bandeira de Mello (2012), é a nulidade do ato, que não perfaz um interesse público, que permite o controle judicial.

¹⁹ Em 1948, o acórdão proferido por Seabra Fagundes na apelação nº. 1422 em mandado de segurança do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte marcou, segundo Faria (2011, p.238), o primeiro controle de mérito de ato administrativo. Na ação a Empresa de Transporte Potiguar questionou ato praticado pelo Inspetor de Trânsito do Estado do Rio Grande do Norte que determinava horários de saída de ônibus na cidade de São José de Mipibu com destino a capital do estado que não atendiam aos interesses dos diversos moradores. Segundo o autor a segurança no caso só foi concedida porque o Tribunal exerceu controle sobre o mérito do ato

No caso de pleito de um medicamento de alta complexidade, por exemplo, que não está contemplado nas listas nacionais, estaduais ou municipais, qual deve ser a postura da administração, diante da indeterminação dos conceitos? A tendência é que seja negado, principalmente sob o argumento de que o medicamento não se encontra na lista oficial de medicamentos, mas, perante de todo o corpo de normas e princípios orientadores da administração em suas políticas de saúde, é possível que seja exercido um controle nesse caso, determinando que a administração cumpra com sua obrigação de proporcionar os meios para o pleno exercício do direito à saúde.

Desse modo, o juiz, ao ser provocado a se manifestar em uma demanda de medicamentos, pode analisar a possibilidade de controle a partir da análise das zonas de certezas positiva e negativa. Assim, a negativa de fornecimento de um medicamento certamente não se encontra abarcada pelo conceito de integralidade, termo insculpido nas diversas normas das políticas públicas. Por outro lado, o fornecimento atenderia à finalidade e alcance da norma que prevê a integralidade. Com base nesse primeiro exame, depreende-se que o controle jurisdicional será amplo, uma vez que é possível delimitar, sem qualquer dúvida, a correta utilização do termo.

Em síntese, diante dos conceitos indeterminados contidos nas normas que orientam a assistência farmacêutica, a análise deve ser feita com base na investigação se tais conceitos estão situados em uma zona de certeza positiva ou em uma zona de certeza negativa, ou, ainda, se se encontram em uma zona de penumbra, quando não for possível a afirmação de que estão compreendidos pelos conceitos apresentados. Neste último caso, a possibilidade de controle pelo juiz será reduzida, mas não eliminada, tendo em vista que o controle ainda pode ser efetivado por meio dos princípios.

5 CONCLUSÃO

Após a exposição sistemática do tema, foi possível constatar que, nos termos da CRFB, o Estado se colocou na posição de garantidor do direito à saúde, e, caso não cumpra seu papel, a norma do art. 196 serve de fundamento para exigir que o estado adote

providências para a efetivação do texto constitucional, já que desse dispositivo emerge a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação estatal dele imposta.

Ressaltou-se também que, de acordo com o princípio da legalidade, a atuação administrativa e legislativa, responsável por elaborar e efetivar as políticas públicas de saúde, deve ser exercida dentro dos ditames legais. Dentro dos contornos estabelecidos pela lei, é lícito ao agente público exercer sua competência, escolhendo a melhor conduta de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Essa liberdade de atuação é chamada pela doutrina clássica de *discricionariedade*.

Entretanto, como visto, o direito administrativo vem ganhando novos contornos, principalmente a partir do desenvolvimento da teoria dos princípios, vinculando o administrador à juridicidade. A partir de então, a rígida dicotomia entre vinculação e discricionariedade perde o sentido, pois o livre espaço que possuía o administrador, segundo a doutrina clássica, agora se encontra não somente balizado pela norma legal, como também a própria escolha deve ser orientada pela obediência à juridicidade. A divisão entre vinculação e discricionariedade dá lugar à constatação de que existem *diferentes graus de vinculação à juridicidade*, ou seja, pode haver a vinculação a regras, a conceitos jurídicos indeterminados ou a princípios.

No que tange ao direito à saúde, foi visto que as normas analisadas se apresentam para o aplicador por meio de conceitos indeterminados, cujo sentido será desvendado após confronto com a realidade fática. Dessa forma, cabe ao elaborador e executor das políticas públicas observar tais conceitos, revelando e concretizando seu sentido no momento do exercício de sua competência, tendo sempre em mira os princípios orientadores da atuação estatal.

Conforme visto, caso seja provocado, o juiz deve analisar o comportamento do administrador verificando se a escolha por este feita encontra-se no campo de certeza positiva do conceito indeterminado, ou seja, a escolha é alcançada pelo sentido da norma. Neste caso, não há que falar em controle, pois a finalidade da norma foi observada. Caso contrário, a conduta esteja situada na zona de certeza negativa, já que é flagrante que a aplicação do conceito jamais daria ensejo àquele comportamento em análise, o controle do ato pelo Poder Judiciário será plenamente cabível, tendo em vista a não observância do enunciado normativo. Por fim, caso a conduta se encontre na zona de penumbra, sobre a qual paira dúvida se a conduta se ajusta à hipótese normativa, o controle jurisdicional ainda assim não estará afastado; poderá ser exercido limitado à averiguação de o fato estar ou não em conformidade com os princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Acredita-se que a partir dessa análise ponderada possa se efetivar um controle jurisdicional legítimo, capaz de garantir a todos, de fato, pleno direito à saúde, sem que isso acarrete em desequilíbrio entre os Poderes estatais.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <[http://www.marceloabelha.com.br/aluno/Artigo%20sobre%20controle%20judicial%20de%20políticas%20publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%20-%20Luís%20Roberto%20Barroso%20\(Da%20falta%20de%20efetividade%20a%20judicializacao%20efetiva\).pdf](http://www.marceloabelha.com.br/aluno/Artigo%20sobre%20controle%20judicial%20de%20políticas%20publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%20-%20Luís%20Roberto%20Barroso%20(Da%20falta%20de%20efetividade%20a%20judicializacao%20efetiva).pdf)>. Acesso em: 21 out. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BORGES et al. *Anatomia da privatização neoliberal do SUS: o papel das organizações sociais*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

BRASIL. 8ª Conferência Nacional de Saúde. 1986. *Relatório Final*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: em 26 jan. 2014a.

_____. *Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 26 jan. 2014b.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1.990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014c.

_____. *Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1.998*. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 17 jan. 2014d.

CARVALHO, Raquel de Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

MORAIS, Germana de Oliveira, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

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

FERREIRA, Ruan Espíndola. Políticas públicas e limites ao poder discricionário: análise da STA-AgR 175. *Publica Direito*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fe7ecc4de28b2c83>>. Acesso em 21 jan. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.