Direito à saúde, discricionariedade, finalidade e a (im)possibilidade de controle do mérito administrativo à luz do RE nº 684.612/RJ

Right to health, discretion, purpose, and the (im)possibility of controlling administrative merit in light of EA nº 684.612/RJ

Nicolaus Felipe Mendes Prota Torrens[1]

RESUMO

Este estudo tem por objeto a revisitação dos conceitos de finalidade, discricionariedade e mérito administrativo, a fim de analisar a possibilidade do controle judicial do mérito administrativo para garantia do direito à saúde, tendo como plano de fundo o julgamento do RE nº 684.612/RJ. Examina o tema à luz da teoria neoconstitucionalista da discricionariedade administrativa, em que a fonte é o Direito, globalmente considerado.

Palavras-chave: direito à saúde; discricionariedade; finalidade; mérito; controle judicial.

ABSTRACT

This study aims to revisit the concepts of purpose, discretion, and administrative merit, analyzing the possibility of judicial control for judicial control over administrative merit as a means of safeguarding the right to health. The analysis is contextualized by the judgment of RE No. 684.612/RJ. It examines the theme in light of the premises of neo-constitutionalist theory of administrative discretion, in which the source is the Law, globally considered.

Keywords: right to health; discretion; purpose; merit; judicial control

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao alçar o direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais e elencá-lo como dever do Estado, conferindo-lhe, assim, a mais alta importância e normatividade. Diante disso, a assistência à saúde deixa de ser mera norma programática e ganha contornos de direito subjetivo, de modo que o Poder Público passa a ter o dever de zelar pela garantia e implemento de políticas públicas que visem à redução do risco de doença e o acesso universal e igualitário a tratamento.

Não obstante, a constitucionalização do direito à saúde, se por um lado representou verdadeiro vetor de mudanças em nossa sociedade com a implementação do Sistema Único de Saúde e a melhoria de diversos indicativos, os constantes desafios na implementação de políticas públicas ocasionaram a busca pela tutela jurisdicional para que seus objetivos fossem concretizados em casos de omissão do Poder Público, o que deu origem ao fenômeno da judicialização da saúde, hoje tão debatido na doutrina e jurisprudência.

[1] Residente jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo, alocado na Secretaria Municipal da Fazenda - SF (2022-2025). Especialista em Direito Tributário pela FGV-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. E-mail: nicolaus.prota@gmail.com

Contudo, a discussão acerca da implementação de Políticas Públicas e o direito à saúde perpassa invariavelmente pela atuação dos gestores públicos e a discricionariedade do ato administrativo para a realização de determinadas políticas em vez de outras, construir um hospital ou uma Unidade Básica de Saúde? Promover a abertura de concursos públicos para a contratação de médicos ou realizar a contratação de uma Organização da Sociedade Civil para que essa realize a prestação dos serviços? São questionamentos que diariamente são enfrentados pelos gestores públicos no Brasil e que, embora sejam pautados (ou assim deveriam ser) em estudos técnicos, decorrem também da atuação humana do gestor, suas concepções e visão de mundo.

Cumpre ressaltar que, no âmbito do direito à saúde e dos direitos fundamentais, a discussão se torna ainda mais sensível dado o caráter de justiciabilidade dos direitos e o dever inafastável do Estado de respeitar o direito à vida e a dignidade humana.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a intervenção do Judiciário para a implementação de políticas públicas, em situações excepcionais, quando comprovada a inércia ou morosidade do ente público. Portanto, uma vez comprovada a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público, com o descumprimento de seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estaria autorizado a atuar de forma mais proativa, em especial se estiver em discussão direitos fundamentais.

Em recente decisão, a Corte paradigmaticamente julgou o RE nº 684.612/RJ[2], sob o regime de Repercussão Geral (Tema nº 698), no qual além de consolidar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, fixou parâmetros para permitir a efetiva atuação judicial.

Não obstante o voto do Ministro Barroso seja bastante elucidativo, em um cenário de conceitos jurídicos indeterminados, como é o implemento do direito à saúde e dada a relevância do tema e o efeito multiplicador das decisões da Suprema Corte, o presente trabalho propõe a revisitação dos conceitos de discricionariedade, mérito e finalidade administrativa, a fim de refletir acerca da possibilidade (ou impossibilidade) de controle do mérito administrativo diante de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, tendo como plano de fundo o caso analisado pelo STF.

Portanto, é inegável que ante o paradigma do neoconstitucionalismo[3] e a constitucionalização dos direitos sociais, em contraste a uma realidade social de tantas carências e desigualdades regionais, impõe-se, em alguma medida, a atuação do Poder Judiciário, resta, contudo, o questionamento quanto aos limites dessa intervenção e se seria válido ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

2. O Direito à saúde na Constituição Federal de 1988

A partir da análise do tratamento do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro, observa-se que, até o advento da Constituição Federal de 1988, embora o país já sofresse com conhecidos problemas de saúde pública, seu tratamento era tímido, enquanto as Constituições

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 684612/RJ**. Tema 698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Recorrente: Municipio do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.07.2023. Dje 07.08.2023 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf. Acesso em: 01 abr. 2024.

[3] Conforme apontado por Ricardo Marcondes Martins as principais características associadas ao neoconstitucionalismo são: a) a divisão entre regras e princípios; b) a aplicação do direito por ponderação; e c) e a vinculação necessária entre direito e moral. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Internacional de Direito Público - RIDP**, ano 2, n. 3, p. 9-37, jul./dez. 2017a)

de 1891 e 1824 não mencionam expressamente o direito à saúde, as demais apenas se referiam à saúde no que tange à competência dos entes federativos de legislar sobre defesa e proteção da saúde, além de estabelecer e executar planos de saúde.[4]

Aponta Patrícia Pizarro Werner[5] que a constitucionalização do direito à saúde no Brasil é fruto de um longo processo histórico que teve início ainda na Era Vargas com o surgimento das Conferências Nacionais de Saúde, cujas propostas vieram a ser posteriormente incorporadas na Assembleia Nacional Constituinte:

> O Brasil delineou um projeto minucioso para dar efetividade ao direito à saúde, sem precedentes até então, retrato da consolidação de diversas experiências históricas, da eficaz atuação social e do movimento sanitarista, reunidas em deliberações das Conferências de Saúde, que tiveram início na Era Vargas, quando foi realizada a 1ª Conferências Nacionais de Saúde (CNS), em 1941, tendo como ponto auge a 8ª CNS, em 1986, quando foi moldada uma proposta de forma legítima que veio a ser incorporada pela Assembleia Nacional Constituinte ao elaborar a Constituição de 1988.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao alçar o direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais, elencando-o no rol do artigo 6º, que abre o Capítulo II (‘Dos Direitos Sociais’) do Título II, destinado expressamente à disciplina dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Apontam Sueli Dallari e Vidal Serrano Jr[6] que a fundamentalidade do direito à saúde se estende a todos os dispositivos destinados ao tema, o que revela que os artigos. 196 a 200 da Constituição também fazem jus a tal identificação. Os autores apontam ainda que a inclusão da saúde como parte dos direitos fundamentais implica a existência, ao menos do ponto de vista dos princípios gerais, de um regramento comum a todos os demais direitos que integram a esta categoria jurídica. Desse modo, atribui-se a saúde os aspectos essenciais que caracterizam os direitos fundamentais em geral: a historicidade, universalidade, autogeneratividade.

Da análise da topografia constitucional do direito à saúde, em especial dos artigos 194 a 200 do texto constitucional, verifica-se ainda a formação de uma Ordem Constitucional da Saúde. Da mesma forma, instituiu o art. 194 ser a saúde integrante do sistema de seguridade social do País, ao lado dos arts. 196, de modo que os princípios elencados no art. 194 da Constituição Federal, relativos à seguridade social, aplicam-se indistintamente aos três direitos dispostos no mesmo artigo: à saúde, à previdência e à assistência social.[7]

A Constituição Federal não apenas elevou o direito a saúde a categoria de direito fundamental, mas o elencou como um dever. É o que decorre da dicção do art. 196, segundo o qual: “a saúde é direito de todos e dever do Estado...”, ressaltando-se seu caráter prestacional. Como aponta Canotilho, somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário

---

[4] CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, 2003, v. 4, n. 2, p. 15-31, 2 jul. 2003.

[5] WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à saúde. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Coordenação de tomo: NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

[6] DALLARI , Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 67.

[7] CORDEIRO, Hésio. Descentralização, universalidade e equidade nas reformas da saúde. **Ciênc. Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 6, n. 2, 2001. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/cR5fBb9MWJRFmvgn4DhrLgN/?lang=pt. Acesso em: 04 out. 2024.

que tal decorra expressamente do texto constitucional, é o que ocorre no caso do direito à saúde.[8]

Ainda, a segunda parte do caput, do art. 196 da Constituição Federal preconiza o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, refletindo neste ponto, não só a noção de igualdade constante do caput do art. 5º, como também a premissa republicana ao art. 19, III.[9] Acerca do tema o Min. Celso de Mello, no julgamento do RE nº 393.175 AgR/RS, que discutia o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoa carentes portadoras de transtornos psiquiátricos, destacou o caráter universal e igualitário da assistência farmacêutica e médico-hospitalar, dada a indissociabilidade com o direito à vida:

> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional

Sueli Dallari e Vidal Serrano[10] ressaltam ainda a relevância do princípio da integralidade, segundo o qual o dever do Estado não pode ser limitado, mitigado ou dividido, pois a saúde como bem coletivo e de desenvolvimento pressupõe uma abordagem assistencial completa, envolvendo todos os seus aspectos. Os autores entendem ainda que, embora a Constituição Federal não tenha feito referência expressa ao princípio da gratuidade, segundo o qual se proíbe toda e qualquer forma de cobrança do usuário por ações, serviços e equipamentos públicos de saúde, ao eleger a saúde como direito de todos e dever do Estado depreende-se tal comando. A despeito disso, considerando os escassos recursos públicos, entende-se adequado algum temperamento a tal entendimento, de modo que a efetiva necessidade deverá consistir em parâmetro a ser sopesado na avaliação da pleiteada gratuidade de atendimento e tratamento no âmbito do SUS, incidindo nessa ponderação, entre outros, os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Com efeito, diante das imensas carências de serviços públicos de saúde e limitados recursos públicos, impõe-se a discussão acerca dos critérios adotados para a alocação dos recursos públicos, especialmente diante da ponderação entre o direito à saúde, umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana, e os demais valores constitucionais e demandas públicas, bem como os limites para a intervenção do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas.

3. A judicialização do direito à saúde e o RE nº 684.612/RJ

Conforme aponta Luís Roberto Barroso[11], o fenômeno da judicialização compreende a decisão de questões de larga repercussão política ou social pelos órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

---

[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991., p. 130.
[9] DALLARI, NUNES JÚNIOR, *op. cit*., pág. 72.
[10] DALLARI, NUNES JÚNIOR, *op. cit*
[11] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

Segundo o autor, a primeira grande causa da judicialização no Brasil foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. A segunda causa teria sido a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, o que, no caso do direito à saúde pode ser verificado pelo especial e vasto tratamento dado ao tema na Constituição Federal.

A terceira e última causa da judicialização seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual combina o modelo europeu e o modelo americano. O modelo americano concentrado que permite que determinadas matérias sejam levadas ao Supremo Tribunal Federal diretamente, por meio de amplo rol de legitimados que combina entidades públicas e privadas – como as sociedades de classe de âmbito nacional, confederações e os partidos políticos. E o modelo americano, incidental e difuso que permite que qualquer juiz ou tribunal afaste lei caso a considere inconstitucional.

No âmbito do direito à saúde, o caráter fundamental do bem, o especial e abrangente tratamento conferido pela Constituição Federal e pela legislação e a dependência da saúde pública contribuem para o aprofundamento do fenômeno.

Nesse contexto, dada a enorme repercussão social do tema, o impacto orçamentário para os entes federativos, observa-se que a jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, vem estabelecendo parâmetros de interpretação baseados em critérios objetivos, com o objetivo de promover maior racionalização às soluções dessas demandas e mitigar os efeitos econômicos.

Em breve digressão, uma das primeiras manifestações da Corte a respeito do tema ocorreu com a STA nº 175/CE, de 18 de setembro de 2009, que após a promoção de audiências públicas, estabeleceu requisitos a serem observados nas decisões de deferimento da realização do direito à saúde pelo Estado, os quais podem ser assim sintetizados:[12]

> No julgamento do recurso, ao analisar diversas questões relacionadas ao direito à saúde e à judicialização, o relator buscou estabelecer parâmetros para análise das ações judiciais referentes ao fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo SUS. Em síntese, são eles: (i) quando o tratamento já for previsto nas políticas públicas existentes, cabe ao Judiciário garantir seu efetivo cumprimento; (ii) a administração pública não poderá ser condenada a fornecer fármaco que não possua registro na Anvisa; (iii) o fornecimento de um tratamento alternativo a algum oferecido pelo SUS só poderá ser exigido se for comprovada a ineficácia ou a inadequabilidade, para determinado paciente, do tratamento já oferecido; (iv) o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamento experimental, isto é, em fase de pesquisa e sem comprovação científica de sua eficácia; (v) a pretensão a tratamentos não mais considerados experimentais, mas que ainda não foram incorporados pelo SUS, deve ser avaliada cuidadosamente nas respectivas ações individuais e/ou coletivas (STA 175/CE).

Com relação especificamente ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, em 23/05/2019, o STF, no julgamento do RE nº 855.178 (Tema nº 793) definiu que os entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, competiria à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

[12] LOPES , Luciana de M. N.; COELHO , Tiago L.; DINIZ, Semíramis D.; ANDRADE , Eli L G.. Judicialização e jurisprudência: Utilização da STA 175/CE em acórdãos em saúde no Estado de Minas Gerais. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 185-201, mar/jun. 2019.

Ainda em 09/11/2020, no julgamento do RE nº 657.718/MG (Tema nº 500/STF)[13], a Corte definiu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais e a ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial, de modo que as demandas que visam o fornecimento de medicamentos sem registro no órgão devem ser necessariamente propostas em face da União.:

Posteriormente em 22/10/2021, a Corte analisou o dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária (Tema nº 1161), o qual foi admitido desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

Em recente decisão, a Corte julgou, após, de forma inédita, a homologação de acordo interfederativo entre União, Estados e Municípios, o RE nº 1.366.243 (Tema nº 1234), com o objetivo de definir a legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na ANVISA, mas não padronizados no SUS.

Em síntese, a Corte entendeu que tramitarão perante a Justiça Federal quando o valor do tratamento anual específico do fármaco ou do princípio ativo, for igual ou superior ao valor de 210 salários mínimos, de modo que as ações de fornecimento de medicamentos incorporados ou não incorporados, serão custeadas integralmente pela União, cabendo, em caso de haver condenação supletiva dos Estados e do Distrito Federal, o ressarcimento integral pela União.

O voto condutor do Ministro Gilmar Mendes previu ainda a criação de plataforma nacional com o objetivo de centralizar as informações relativas às demandas administrativas e judiciais de acesso a fármacos, de modo a orientar os atores ligados ao sistema público e permitir o compartilhamento de informações com o Poder Judiciário. Tal plataforma permitiria ainda a identificação do ente responsável pelo custeio do medicamento e o monitoramento dos pacientes beneficiários de decisões judiciais.

A evolução da jurisprudência do STF demonstra a crescente preocupação da Corte em estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário se paute por critérios de racionalidade e eficiência, o que deve ser compatibilizado com a proteção do mínimo existencial do direito à saúde.

Superada essa digressão inicial, o presente artigo terá como plano de fundo a análise do RE nº 684.612/RJ[14], julgado sob o regime de Repercussão Geral (Tema nº 698), em 03/07/2023, o qual tinha como objetivo definir a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do

---

[13] I - O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; II - A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; III - É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; IV - As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 684612/RJ**. Tema 698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Recorrente: Municipio do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.07.2023. Dje 07.08.2023 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf. Acesso em: 01 abril 2024.

ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta.

A ação de origem trata-se de Ação Civil Pública na qual eram discutidas as más condições de hospital público administrado pelo Município do Rio de Janeiro, por meio da qual o Ministério Público pleiteou: (i) a abertura de concurso público para o provimento de cargos vagos na área da saúde, a fim de que fosse suprido déficit de pessoal apontado; (ii) que os servidores aprovados nesse concurso sejam lotados, especificamente, no Hospital Municipal Salgado Filho; e (iii) que fossem sanadas, pela Administração Municipal, todas as irregularidades apontadas com relação ao referido hospital pelo relatório elaborado pelo Conselho Regional de Medicina – CREMERJ.

Conforme apontado no voto do Relator, Ministro Lewandowski, trata-se de caso de patente gravidade, o que foi demonstrado por meio de inspeções realizadas no hospital:

> No caso em exame, diante do conteúdo dos relatórios das inspeções realizadas pelo Sindicato dos médicos do Rio de Janeiro - SINMED (fls. 162/189 do inquérito civil 635/02) e pelo CREMERJ (fls. 193/352), verifica-se que o Hospital Salgado Filho encontra-se sem condições de prestar serviço médico adequado. Dentre os problemas encontrados no nosocômio, pode-se mencionar a falta de manutenção dos aparelhos de raio X; falta do aparelho chamado 'arco em C'; falta de três neurocirurgiões; déficit de sete cirurgiões, além de um cirurgião infantil especializado, nos plantões; necessidade de implantação de UTI infantil e neo-natal, com pessoal especializado, ausência de urologista, o que deixa desativado o serviço de urologia, falta de tela de cirurgia para hérnia, na emergência é preciso a contratação de um cirurgião toráxico, bem como de cinco plantonistas em cirurgia vascular e alta taxa de mortalidade A gravidade e precariedade da situação das unidades hospitalares têm como principal causa a falta de investimento do Município no setor.

Embora o Município do Rio de Janeiro tenha restado vencido perante o Tribunal de Justiça, na Suprema Corte prevaleceu o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Extraordinário da Municipalidade. O Ministro apontou que, a despeito do acórdão recorrido ter reconhecido a omissão específica do Município do Rio de Janeiro no cumprimento de seu dever constitucional de garantir o direito à saúde, as providências determinadas pelo Tribunal, não se limitam a indicar a finalidade a ser atingida. Em lugar disso, interferem fortemente no mérito administrativo ao determinar, por exemplo, a contratação de pessoal via concurso público e a sua lotação em determinado hospital da rede municipal de saúde. A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte:

> 1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2**. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;** 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

O voto do Ministro Barroso, na esteira da jurisprudência do STF em racionalizar a intervenção judicial em políticas públicas, estabeleceu cinco parâmetros com o objetivo de permitir a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador.

Aponta o Ministro que, em *primeiro lugar*, para a intervenção do Poder Judiciário, deve ser demonstrada a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou

excessiva morosidade do Poder Público. Em *segundo lugar*, dever-se-ia observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes, dada a finitude e insuficiência dos recursos públicos.

Em *terceiro lugar*, o órgão julgador deveria determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada, pois, estabelecida a meta a ser cumprida, diversos seriam os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz.

Em *quarto lugar*, a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual, a fim de mitigar a ausência de expertise e capacidade institucional.

Em *quinto lugar*, é apontada a importância da participação de terceiros, sempre que possível, com a admissão de *amicus curie* e designação de audiências públicas, com a participação, além dos destinatários da decisão, de entidades da sociedade civil, o que contribui para a legitimidade democrática da decisão e facilita a tomada de decisão a partir de diversas perspectivas.

Com efeito, o julgamento do RE nº 684.612/RJ, ao fixar que caberia ao julgador apontar a finalidade a ser atingida na intervenção em políticas públicas voltadas a direitos fundamentais, representou marca na jurisprudência da Corte ao privilegiar o respeito a margem de discricionariedade do administrador em detrimento de medidas casuísticas.

É inegável, contudo, que diante do paradigma do neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos direitos sociais, em contraste a uma realidade social de tantas carências e desigualdades regionais, impõe-se, em alguma medida, a atuação do Poder Judiciário, resta o questionamento quanto aos limites dessa intervenção e se seria válido ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

Ricardo Marcondes Martins[15] pontua que, ao contrário do que ocorre na liberdade, na qual o agente poderia se basear meramente em seu livre-arbítrio, no âmbito da discricionariedade, o agente público, embora pautado por suas convicções subjetivas, deve escolher a alternativa, dentre as possíveis, aquela que melhor atenda à realização do interesse público, sob pena de invalidade do ato.

Tendo como plano de fundo o caso analisado, ante as diversas irregularidades apontadas no serviço de saúde municipal, não se parece válido, por exemplo, que o gestor optasse por realizar melhorias no serviço de educação municipal com a construção de novas creches. Ou ainda, mesmo que o gestor se empenhasse em solucionar as mazelas da saúde pública, caso fossem realizadas melhorias no hospital, mas fossem contratados profissionais em número insuficiente para atender a demanda diária de pacientes, igualmente não se estaria diante de um ato válido.

Em que pese o voto do Ministro Barroso seja bastante elucidativo, em um cenário de conceitos jurídicos indeterminados, como é o implemento do direito à saúde e dada a relevância do tema e o efeito multiplicador das decisões da Suprema Corte, o presente artigo revisitará os conceitos de discricionariedade, finalidade e mérito administrativa, a fim de refletir acerca da possibilidade (ou impossibilidade) de controle do mérito administrativo diante de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, tendo como plano de fundo o caso analisado pelo STF.

4. Discricionariedade, finalidade e mérito administrativo

[15] MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e poder judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1.

4.1 Discricionariedade

A Constituição Federal elegeu o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, impondo-se o reconhecimento e a proteção de diferentes ideologias e visões de mundo, todas em patamar de igualdade e juridicamente válidas, fundamento este para a discricionariedade.[16]

Com efeito, os atos classificam-se tendo em vista os limites impostos ao exercício da competência, em: *atos decorrentes de exercício de competência vinculada e atos decorrentes do exercício de competência discricionária*, tema que embora seja objeto de inúmeros trabalhos ainda hoje é controverso na doutrina.[17]

Conforme a concepção legalista da discricionariedade, adotada de forma majoritária pela doutrina brasileira[18] esta é constituída pela atuação do Legislador, de modo que a lei confere ou não a possibilidade de escolha à Administração Pública, se esta é conferida, há discricionariedade, em caso negativo, vinculação. Por sua vez, segundo a concepção neoconstitucionalista, conforme as lições de Ricardo Marcondes Martins[19], embora o Legislador possa estabelecer no plano abstrato, razões *prima facie* que reduzam a possibilidade no plano concreto, a discricionariedade decorre da análise do Direito globalmente considerado e não da lei, de modo que é a ponderação à luz do caso concreto que indicará se há ou não duas ou mais soluções admitidas pelo Direito, o presente artigo adotará a segunda concepção.

Diante disso, ao exercer a competência legislativa, o legislador identifica os princípios constitucionais (valores) e, no âmbito da discricionariedade, elege aqueles que pretende concretizar. Após a escolha, respeitado o postulado da proporcionalidade, é realizada a ponderação entre o valor escolhido e os valores conflitantes e, no plano abstrato, é fixada a forma de concretização. Por outro lado, à Administração cabe realizar as ponderações no plano concreto, tendo em vista as ponderações realizadas pelo legislador – o peso dos referidos princípios formais, em atenção ao princípio da legalidade.[20]

Nas hipóteses de remissão expressa o Legislador atribui de forma evidente a decisão sobre o *momento*, o *meio* ou a *forma* de sua atuação, enquanto na remissão tácita este se vale de conceitos vagos fluídos ou indeterminados, - especialmente relevantes no contexto dos direitos fundamentais e do direito à saúde - deixando-se ao administrador o encargo de, diante do caso concreto, precisar seu significado e completar a norma.[21] Ressalta-se que mesmo os conceitos vagos, fluídos ou indeterminados, por definição, possuem uma *zona de certeza*

---

[16] Conforme apontado por Ricardo Marcondes Martins a partir das lições sintetizadas por Queiró (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria neoconstitucional da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**. São Paulo, n. 30. Ano 8, p. 71 – 113, jul./set. 2024.)

[17] Conforme aponta Ricardo Marcondes Martins: A teoria da discricionariedade já foi chamada tanto de quaestio diabolica como de cavalo de Troia do direito administrativo do Estado de Direito. A primeira assertiva decorre do fato de que os estudiosos usam a expressão em significados absolutamente distintos, sem esclarecer esse fato, o que gera uma lamentável confusão A segunda decorre do fato de que ela é comumente utilizada por agentes estatais para fundamentar arbitrariedades. (*Ibidem*).

[18] Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro, por exemplo, há discricionariedade quando o regulamento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, de tal modo que deixa certa "margem de liberdade" de decisão diante do caso concreto. Diante disso, a autoridade poderia optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas 2014, pág. 221)

[19] MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARCONDES MARTINS, Ricardo; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 140.

[20] *Ibidem*, pág. 140.

[21] *Ibidem*, pág. 140.

positiva, em que, certamente, o conceito está presente, uma *zona de certeza negativa*, em que, sem dúvida, o conceito está ausente, e uma *zona de incerteza.*[22]

Portanto, segundo a teoria neoconstitucionalista é a ponderação à luz do caso concreto que indicará se há ou não duas ou mais soluções admitidas pelo Direito, o que se dá por meio dos chamados princípios formais[23] da teoria de Robert Alexy, os quais não se referem, ao contrário dos materiais, a um valor específico, mas a uma decisão, a qual deve ser respeitada na maior medida possível, tendo em vista as circunstâncias fáticas ou jurídicas – assegurando-se ao agente estatal a busca pelo interesse público, segundo seus critérios subjetivos. Ressalta-se, apenas, que em razão da completude ou incompletude normativa os princípios formais não são equivalentes, de modo que quanto *maior* for a *completude normativa*, *maior* será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa; enquanto que quanto *menor* for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa.[24]

Com efeito, antes de adentrar no conceito de discricionariedade, cabe esclarecer as hipóteses de vinculação segundo a teoria neoconstitucionalista, as quais surgem por meio da ponderação dos princípios formais aplicáveis *in concreto*, conforme aponta Ricardo Marcondes Martins[25] Na primeira situação, o sistema jurídico pode exigir a aplicação de uma regra abstrata

---

[22] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. Brasil: Malheiros, 2010, p. 436.

[23] Há princípios formais – chamados de especiais – que apenas atribuem a outros um peso adicional no plano abstrato, e há princípios formais – chamados de fundamentais – que têm a missão de assegurar escolhas volitivas. Há inúmeros especiais, mas apenas cinco fundamentais: 1) o princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte originário (Pfco), restringido apenas pelos postulados normativos, entendidos como pressupostos epistemológicos de compreensão do Direito; 2) o princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte reformador (Pfcr), restringido pelos postulados e por todos os limites expressos e implícitos ao poder de reforma40; 3) o princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador (Pfl), restringido pelos postulados e todas as normas constitucionais; 4) o princípio formal que dá primazia às ponderações da Administração (Pfa), restringido pelos postulados e todas as normas constitucionais e legislativas; e 5) o princípio formal que dá primazia às ponderações dos particulares (Pfp), restringido pelos postulados e todas as normas constitucionais, legislativas e administrativas. Os quatro primeiros têm a missão de assegurar o respeito ao exercício da discricionariedade; o último, o respeito à liberdade. Há uma ordem decrescente de pesos, estabelecida pela lei doutrinária das competências normativas: Pfco > Pfcr > Pfl > Pfa > Pfp. (MARTINS, 2024, *op.cit.)*

[24] Esses princípios formais, importante notar, não são equivalentes. Aqui se revela uma das consequências da completude ou incompletude normativa: quanto maior for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa ("Pfl") e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa ("Pfa"); quanto menor for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa ("Pfa") e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa ("Pfl"). Trata-se da lei doutrinária da discricionariedade administrativa. Quanto maior o peso de "Pfl" e quanto menor o peso de "Pfa", maior a probabilidade de haver, no caso concreto, vinculação; quanto menor o peso de "Pfl" e maior o peso de "Pfa", maior a probabilidade de haver no caso concreto discricionariedade. Logo, a completude normativa gera um indício de vinculação e a incompletude um indício de discricionariedade. (*Ibid.)*

[25] 1) pode ocorrer a situação em que, considerando-se o princípio formal (Pfl), o sistema jurídico imponha a aplicação da regra abstrata (R1) ou, na ausência de regra, imponha a inação; em outras palavras, o princípio concretizado pela regra ou pela inação (P1), acrescido do princípio formal que lhe dá primazia (Pfl), tenha tal peso no caso concreto que não seja, nem de forma parcial, razoavelmente afastado por outro princípio, considerando- se, também, o princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (P1 + Pfl > P2 + Pfa). Nesse caso, a única solução jurídica correta é a aplicação da regra ou, na ausência desta, a inação;
2) pode ocorrer, porém, a situação em que, considerando o peso do princípio "P2", independentemente do peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (Pfa), o sistema imponha sua concretização, a despeito da existência de uma regra "R1", concretizadora do princípio "P1" (P2 > P1 + Pfl + Pfa), caso em que a única solução jurídica seja a concretização do princípio "P2" e o afastamento da regra. (*Ibid.)*

ou, se não houver regra aplicável, determinar a inação, em razão do princípio formal concretizado ter maior peso do que qualquer outro princípio concorrente, portanto, a única solução juridicamente correta é seguir a regra existente ou, na ausência dela, optar pela inação (P1 + Pfl > P2 + Pfa). Na segunda situação, o princípio "P2" pode ter um peso maior no caso concreto, independentemente do princípio formal que privilegia a ponderação administrativa (Pfa). Nesse caso, mesmo que exista uma regra "R1" baseada no princípio "P1", o sistema jurídico exige que o princípio "P2" prevaleça (P2 > P1 + Pfl + Pfa). Aqui, a única solução correta é aplicar o princípio "P2" e desconsiderar a regra "R1".

Tendo como plano de fundo o direito à saúde, a fim de ilustrar as hipóteses de competência *vinculada* acima descritas, suponha que o legislador, ao identificar o mandamento constitucional de universalização da saúde pública (P1), edite lei que determine que os hospitais da rede da rede pública devam assegurar a realização de, ao menos, 5000 atendimentos de emergência em prontos socorros por dia e 2500 atendimentos de consultas com especialistas e procedimentos eletivos por mês. A despeito disso, o administrador com intenção de modernizar os hospitais, com fundamento no princípio da atualidade (P2), pretende realizar a reforma das instalações dos quartos dos hospitais, a fim de assegurar maior conforto aos pacientes, o que, em razão dos limitados recursos públicos, obrigaria a rede de saúde a reduzir pela metade a demanda de pacientes atendidos.

Em que pese a relevância da garantia de instalações confortáveis e modernas na rede pública, ao realizar a ponderação entre os princípios envolvidos, a universalização da saúde (P1), com o atendimento de patamar *mínimo* de pacientes *versus* a busca da atualidade do serviço prestado (P2), o princípio concretizado pela regra (P1), acrescido do princípio formal que lhe dá primazia (Pfl), tem tal peso no caso concreto que não se mostra razoável afastá-lo por outro princípio, considerando-se, também, o princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (P1 + Pfl > P2 + Pfa). Trata-se, portanto, de hipótese de competência vinculada de modo que a única solução jurídica correta é a aplicação da regra ou, na sua ausência, a não aplicação.

Ainda tendo em vista a norma acima, a qual determina o atendimento mínimo de determinada quantidade de pacientes (P1 + Pfl), suponha a hipótese de eclosão de epidemia de dengue, no Município ou Estado, que acarretasse a sobrecarga do sistema de saúde de tal maneira que a demanda por atendimentos emergenciais aumentasse em cinco vezes, com a consequente suspensão temporária de todas as consultas com especialistas e procedimentos eletivos, com fundamento no princípio da proteção da saúde (P2). Nesse caso, mesmo na falta de previsão legislativa, à luz da ponderação no caso concreto, a Administração deve manter a suspensão dos atendimentos não emergenciais para assegurar o atendimento de casos urgentes, dada a situação excepcional provocada pela epidemia, portanto, à luz do caso concreto, P2 é mais pesado do que P1 + Pfl (P2 > P1 + Pfl). Trata-se de hipótese de competência vinculada, pois a única solução jurídica correta é a concretização do princípio “P2” e o afastamento da regra.

Por sua vez, a discricionariedade ocorre quando duas ou mais alternativas forem igualmente ótimas do ponto de vista objetivo, de modo que somente critérios subjetivos possam definir uma como melhor do que a outra.[26] É dizer, não há uma valoração objetiva sobre o maior peso do princípio formal que dá primazia à regra abstrata e do princípio por ela concretizado, em relação a um princípio oposto, nem sobre o maior peso deste, a Administração pode concluir tanto pelo afastamento da regra e concretização do princípio oposto, quanto pela aplicação da regra e afastamento do princípio oposto.

Para exemplificar, tendo em vista a norma acima estudada, a qual visa assegurar o atendimento de quantitativos mínimos, no que tange a supressão do déficit de profissionais de

[26] *Ibid.*

saúde, a Administração pode, a princípio, atendê-lo por meio da abertura de concursos públicos, remanejamento de servidores já contratados ou ainda por meio da delegação dos serviços a entidades do terceiro setor para que estas façam a contratação e gestão profissionais.

Portanto, a par de eventuais divergências quanto às vantagens ou desvantagens na prestação de serviços públicos por servidores efetivos, ou por meio da delegação a entidades do terceiro setor, ou ainda por meio de outras formas de vínculo com a Administração, do ponto de vista objetivo, desde que sejam atendidos os quantitativos mínimos previstos na norma, há diversas soluções igualmente admitidas pelo Direito. É dizer, na competência discricionária cabe ao administrador, por meio de ato volitivo, com fundamento em critérios subjetivos, como, por exemplo, suas convicções e visões de mundo, escolher a melhor forma de atender o interesse público.

4.2 Finalidade

A finalidade pode ser compreendida como o bem jurídico objetivado pelo ato. É o resultado previsto legalmente como o correspondente a tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados. Trata-se, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[27], de pressuposto (teleológico) de validade do ato administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[28] afirma que a finalidade pode ser entendida em um sentido amplo e outro estrito. Em sentido amplo, todo ato administrativo tem por finalidade a realização do interesse público, ao passo que no sentido estrito, é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei.

Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello[29], que determinado ato jurídico deve ser utilizado exclusivamente para alcançar a finalidade que lhe é atribuída pela legislação, de modo que não se admite o uso de um ato para proteger ou satisfazer um bem jurídico que, segundo a norma, deveria ser tutelado por meio de outro tipo de ato legalmente estabelecido.

Com efeito, segundo a teoria do desvio de poder, este dá quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado, o que acarreta a sua invalidade. Afirma o autor que se trata de mau uso da competência para a prática de atos administrativos, por meio da edição de ato que visa finalidade que não pode ser perseguida pela Administração Pública, ou, ainda que se trate de finalidade compatível, não pode ser atingida pelo ato utilizado. O desvio de poder se manifesta de dois modos: *a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público, ou b) quando o agente busca uma finalidade — ainda que de interesse público — alheia à "categoria" do ato que utilizou.*[30]

Ricardo Marcondes Martins[31], por sua vez, esclarece que, segundo a teoria neoconstitucionalista, o desvio de poder, o qual pode ocorrer no exercício de competência vinculada ou discricionária, se dá quando a Administração, ao realizar a ponderação entre os princípios envolvidos no caso concreto, concretiza o princípio menos pesado no caso concreto (vício de finalidade) ou quando não adota o meio de concretização exigido ou facultado pelo Direito (vício de contentorização), ambas espécies do vício de desvio de poder.

Retomando a situação hipotética na qual, embora a norma determine que os hospitais da rede pública devam atender quantitativos mínimos de pacientes, o administrador com intenção de modernizar os hospitais, com fundamento no princípio da atualidade, realiza a reforma das instalações dos quartos dos hospitais, a fim de assegurar maior conforto aos pacientes, o que acarreta a redução pela metade na demanda de pacientes atendidos, portanto, buscando-se finalidade alheia. Embora o ato do administrador em sentido amplo busque atingir

---

[27] BANDEIRA DE MELLO, 2010, *op. cit*., p. 405.
[28] DI PIETRO, *op.cit.*, p. 218.
[29] *Ibid.*, p.405
[30] *Ibid.*, p. 407
[31] MARTINS, 2024, *op. cit*.

o interesse público e promover a melhora da saúde pública, ao divergir da finalidade estrita da norma – assegurar atendimento mínimo na rede de saúde –, incorreu em invalidade por vício de desvio de poder, uma vez que concretizou o princípio menos pesado no caso concreto (atualidade das instalações) em detrimento do princípio mais pesado (universalização do atendimento).

Por sua vez, no que tange ao RE nº 684.612/RJ, julgado pelo STF, afirma o Min. Barroso[32] em seu voto, que caberia ao órgão julgador "*determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada"*, em que pese a lucidez do voto, entende-se adequada a sua interpretação segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello[33], o qual assevera que a finalidade é o pressuposto (teleológico) de validade do ato administrativo, previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, de modo que a finalidade ampla é o atendimento do interesse público e a finalidade em sentido estrito é o resultado específico que cada ato deve produzir, previsto legalmente.

Diante disso, não cabe propriamente ao Poder Judiciário determinar a finalidade do ato administrativo, mas apontar a finalidade prevista na norma ou no Direito globalmente considerado. Com efeito, na competência discricionária incumbe ao julgador condenar o agente à edição do ato, sob pena de imposição de multa (astreinte), ou ainda, diante da persistência da omissão estatal, determinar a troca do agente administrativo[34], com o objetivo de que, a partir da ponderação dos valores envolvidos, estabelecer os contornos para o atendimento da finalidade do ato – tendo como pressuposto inafastável a garantia do mínimo existencial–, pois, do contrário, não estaremos diante de escolhas válidas, mas arbitrárias.

4.3 Mérito

Segundo Seabra Fagundes[35], a discricionariedade administrativa expressa-se pelo mérito do administrativo, o qual estaria no "sentido político do ato administrativo", em relação às normas da "boa administração". Ou, ainda, o "sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados", expresso sempre por um juízo comparativo. Para o autor, o mérito compreende os aspectos referentes à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc., resumidos no binômio: *oportunidade e conveniência.* Entende o autor que o mérito envolve *"interesses"* e não direitos, de modo que o mérito é exclusivo do Poder Executivo porque seus elementos são decorrentes de critérios políticos e técnicos, e não "estritamente jurídicos", o que impediria o controle judicial do mérito administrativo, pois este restringir-se-ia à legalidade que representa o limite de controle quanto à extensão.

Em sentido semelhante, sob influência da doutrina de Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles[36] entende que o mérito compreende a valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

---

[32] Em terceiro lugar, entendo que cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada. Estabelecida a meta a ser cumprida, diversos são os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz. Trata-se de um modelo "fraco" de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 684612 /RJ**. Tema 698).

[33] BANDEIRA DE MELLO, 2010, *op. cit.*, p. 405.

[34] Cf. MARTINS, 2024, *op. cit.*

[35] FAGUNDES, M. S. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 23, p. 1–16, 1951. Disponível em https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11830. Acesso em: 5 nov. 2024.

[36] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 136.

Maria Sylvia Zanella de Pietro[37] também associa o mérito à conveniência e oportunidade, como aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública, do que decorre a afirmação de que o Judiciário não pode examinar o mérito dos atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello[38], por seu turno, confere especial relevância ao caso concreto ao associar o mérito como o "campo de liberdade" que efetivamente remanesça no caso concreto para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis para o atendimento da finalidade.

Com efeito, nota-se que, a despeito da relativa divergência quanto a extensão do mérito do ato administrativo, a doutrina concentra sua definição no processo de valoração, por meio de ato volitivo, realizado pelo administrador, por meio de critérios - não estritamente jurídicos, como, por exemplo, suas convicções pessoais - de *conveniência e oportunidade*[39] entre duas ou mais soluções válidas para o atendimento da finalidade do ato, o que acarreta o tradicional entendimento quanto à impossibilidade de seu controle judicial, o qual se entende o mais adequado, dado que o magistrado deve respeitar o juízo de valor realizado pelo administrador, sob pena de violação à separação de poderes.

A respeito da impossibilidade de controle do mérito pelo Poder Judiciário, Maria Sylvia Zanella de Pietro[40] afirma que o que se controla não é propriamente o mérito, mas a legalidade da decisão administrativa. Deve o Poder Judiciário verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa ultrapassou ou não os limites da discricionariedade. Segundo a autora as decisões que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato – ressalta-se, contudo, que segundo a teoria neoconstitucionalista, o juízo de compatibilidade do ato administrativo deve ser realizado, na verdade, com todo o Direito globalmente considerado e não somente com a lei.

Portanto, se a autoridade administrativa escolheu, sem dolo ou erro, uma das alternativas objetivamente ótimas segundo o Direito, não cabe ao Poder Judiciário substituir o juízo de valor realizado pelo administrador com base em suas convicções e visões de mundo. Conforme aponta Ricardo Marcondes Martins[41], o controle de mérito, na verdade, decorre da hipótese na qual o próprio sistema normativo atribui a uma autoridade a prerrogativa de controlar o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo administrador, ao passo que o controle de legitimidade (ou controle de juridicidade), compreende o juízo de compatibilidade entre ato possui algum vício, ou melhor, se contraria o Direito de alguma forma.

5. O controle da discricionariedade administrativa e a garantia do direito à saúde

Uma das consequências da eleição do direito à saúde ao rol dos direitos fundamentais pela Constituição Federal é que a sua interpretação deve se pautar pelo princípio da *máxima*

[37] DI PIETRO, *op. cit*., p. 225.
[38] Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.
[39] Trata-se de um juízo sobre a conveniência – se é o caso de editar o ato com um ou outro conteúdo – ou de um juízo de oportunidade – se é o caso de editar o ato em um ou outro momento ou não o editar. (MARTINS, 2024, *op. cit.*)
[40] DI PIETRO, *op.cit*., p. 228.
[41] MARTINS, 2024, *op. cit*.

*efetividad*e.[42] Este princípio exige que as normas constitucionais sejam interpretadas e aplicadas de forma a alcançar a maior eficácia possível, promovendo a realização concreta dos direitos enunciados no texto constitucional. No caso do direito à saúde, tal princípio impõe ao Estado o dever de adotar medidas normativas, administrativas e políticas que assegurem o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.

Assim, a máxima efetividade não apenas reforça a força normativa da Constituição, mas também orienta a superação de eventuais limitações estruturais ou institucionais que comprometam a sua concretização. É dizer, o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental acarreta a conclusão de que as normas constitucionais que acerca deste tratam não são simples recomendações programáticas, mas normas dotadas de eficácia que devem ser cumpridas na maior medida possível ou, ao menos, quanto ao seu *núcleo essencial* – o que implica, necessariamente, no controle pelo Poder Judiciário, caso provocado, para assegurar o cumprimento de tais normas.

Jorge Miranda[43] afirma que: *"o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser..."*.Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo[44] apontam que o mínimo existencial tem sido identificado como integrante do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. No mesmo sentido destaca Carolina Zancaner Zockun:[45] *"a cláusula da reserva do possível somente pode ser invocada quando se estiver diante de situação em que não se discutem direitos do cidadão relacionados com o mínimo existencial"*, – portanto, diante de demandas nas quais se pleiteiem prestações correspondentes ao mínimo existencial deve ser afastada a invocação da teoria da *reserva do possível* para justificar a inércia estatal.

Isso não significa, contudo, ignorar as limitações orçamentárias e fáticas de se prover os serviços de saúde, cuja adequada gestão dos recursos públicos é indispensável, inclusive, para a própria subsistência dos próprios serviços públicos. Para tanto até mesmo o mínimo existencial está sujeito à demonstração e discussão com base em elementos probatórios, notadamente no que diz com as necessidades de cada um em cada caso, assim como em relação às alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis de tratamento, tendo como parâmetro a efetiva necessidade.[46] Assim, o dever de universalidade dos serviços de saúde, o qual tem fundamento no princípio da igualdade, deverá ser compreendido na sua perspectiva substancial, inclusive quanto à avaliação da pleiteada gratuidade de atendimento e tratamento no âmbito do SUS, incidindo nessa ponderação, entre outros, os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, o qual, especificamente no âmbito dos direitos da

---

[42] Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 227)

[43] MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. O regime dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 188, out. 2010. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 23-36.

[44] SARLET, Ingo Wolgang; FIGUEIREDO, Mariana F Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171– 213, 2007. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590. Acesso em: 15 nov. 2024.

[45] ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social, São Paulo, Malheiros, 2009 apud: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 203.

[46] SARLET; FIGUEIREDO, 2013, *op. cit.*

seguridade social, dentre os quais se inclui o direito à saúde, é materializado pelos princípios da seletividade e distributividade.[47]

Portanto, se, de um lado, a garantia do mínimo existencial representa patamar mínimo de atuação para a Administração, inclusive como vetor de controle para a discricionariedade do administrador[48], os princípios da seletividade e distributividade atuam como limitação ao princípio da universalidade da cobertura e atendimento, de modo que os serviços de saúde devem ser prestados na medida de sua essencialidade, partindo do mais essencial em direção ao menos essencial, oferecendo maior proteção social aos mais necessitados.

No que tange ao controle da discricionariedade, a qual, segundo a concepção neoconstitucionalista decorre da análise do Direito globalmente considerado e não somente da lei, cabe sempre ao Poder Judiciário, caso provocado, rever a ponderação realizada pela Administração à luz do caso concreto, verificando-se, em primeiro lugar, se havia, de fato, discricionariedade e se a autoridade escolheu, sem dolo ou erro, umas das alternativas objetivamente ótimas segundo o Direito.

Com efeito, Ricardo Marcondes Martins[49], acerca do controle da discricionariedade, distingue três situações distintas, as quais podem ser ilustradas por meio da norma antes idealizada. Na primeira, a Administração supõe equivocadamente haver discricionariedade, quando, na verdade, objetivamente, só uma alternativa é a melhor, de modo que há vinculação. Como adiantado, na situação hipotética na qual a Administração, com intenção de modernizar os hospitais, baseando-se no princípio da atualidade, realiza a reforma das instalações dos hospitais, reduzindo-se a demanda de pacientes atendidos em patamar inferior aos quantitativos mínimos previstos na norma há, na verdade, vinculação, pois somente uma alternativa é objetivamente melhor: a aplicação da regra que prevê os quantitativos mínimos. Portanto, o Poder Judiciário, caso provocado, substituirá a Administração e editará o ato correto.[50]

Outra situação apontada pelo autor na qual deve haver o controle de juridicidade é aquela na qual é possível escolher entre "A" e "B", alternativas igualmente ótimas, do ponto de vista objetivo, mas a autoridade escolhe "C", alternativa não admitida pelo princípio da boa administração.[51] Tendo em vista a norma acima estudada, a qual tem como objetivo assegurar o atendimento de quantitativos mínimos, no que tange a supressão do déficit de profissionais de saúde, a Administração pode, a princípio, atendê-lo por meio da abertura de concursos

---

[47] Conforme aponta João Ernesto Aragonés Vianna: o princípio da seletividade orienta a seleção dos benefícios e serviços que serão oferecidos pelo sistema. Está intimamente relacionado com a capacidade financeira, o que significa dizer que, tendo em vista o caixa da seguridade social, os benefícios e serviços serão prestados na medida de sua essencialidade, sempre partindo do mais essencial em direção ao menos essencial. Se admitirmos, por exemplo, que o benefício de auxílio-doença é mais essencial que o benefício de gratificação natalina – apenas para argumentar -, teremos que a seguridade social deve garantir antes o primeiro para depois garantir o segundo. Isso é seletividade. Na distributividade está uma das funções mais importantes do sistema, que é a redistribuição de renda. Distributividade, assim, é uma forma de realizar a justiça distributiva, oferecendo maior proteção social justamente à camada da sociedade mais necessitada (VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p 18)

[48] O mínimo essencial de todo e qualquer direito fundamental, sobretudo quando se apresentar como um direito à prestação do Estado, deve ser oferecido sob pena de haver um controle judicial para recompor a ordem jurídica e assegurar, ao menos pelo mínimo do valor anunciado na norma, algum sentido à máxima efetividade que deveria ter (PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 303)

[49] MARTINS, 2024, *op. cit.*

[50] No caso de vinculação, o Judiciário, no direito brasileiro, influenciado pela compreensão norte-americana da separação de poderes, quando provocado, substitui a Administração e edita o ato correto (sistema da substituição) (MARTINS, *Ibid*.).

[51] Conforme apontado por Ricardo Marcondes Martins o dever de boa administração compreende o dever de que diante de duas alternativas, a Administração é obrigada a escolher a melhor alternativa para o interesse público (MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público - RIDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan./jun. 2017).

públicos, remanejamento de servidores já contratados ou ainda por meio da delegação dos serviços a entidades do terceiro setor. Contudo, suponha que o administrador, tendo em vista a inexistência de outras entidades que atendam os quantitativos mínimos, por erro, realize a prorrogação do contrato com Organização Social, cujo administrador responsável tenha sido condenado em razão da prática de atos de improbidade administrativa. Nessa situação, embora a Administração pudesse, princípio, atender o déficit de profissionais de saúde por meio de diversas soluções, consoante o princípio da boa administração, no caso concreto, há somente duas soluções ótima sob o ponto de vista do Direito: a abertura de concurso público ou remanejamento de servidores, se existentes em número suficiente, sob pena de invalidade do ato administrativo por desvio de poder.

Assim, embora as razões que motivaram o agente para realizar a escolha discricionária não sejam jurídicas, estas, ao fundamentarem sua escolha, adquirem "relevância jurídica", de modo que cabe ao agente explicitar na motivação do ato administrativo os motivos subjetivos que levaram a escolha de determinada solução para fins de controle da discricionariedade junto aos órgãos de controle e ao Poder Judiciário.

Por fim, a terceira situação decorre da hipótese na qual é possível que o Direito admita escolher entre "A" e "B", mas o agente escolhe com móvel espúrio, de modo que se presume ter optado pela alternativa errada. Ainda na situação hipotética imaginada, suponha que o agente responsável por escolher a melhor solução para suprir o déficit de profissionais de saúde escolhe contratar organização social, cuja gestão é realizada por familiar ou amigo, com a intenção de favorecer estes financeiramente, de modo que, em razão da má-fé do agente se faz presumir de modo absoluto o vício de desvio de poder.[52]

Por sua vez, se de fato existia discricionariedade e a autoridade administrativa escolheu sem dolo ou erro, uma das alternativas ótimas segundo o Direito, o mérito do ato – a valoração, por meio de critérios não jurídicos, de *conveniência e oportunidade* entre duas ou mais soluções válidas para o atendimento da finalidade– é intangível, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário substituir a vontade da autoridade administrativa, suas convicções e visões de mundo, sob pena de violação à separação dos poderes.

Isso porque, no âmbito da discricionariedade, embora existam diversas soluções jurídicas possíveis, em função da *intangibilidade da psique do agente*, para o sistema jurídico, existe somente uma decisão correta, aquela que, de acordo com as suas convicções subjetivas, após a ponderação entre os princípios envolvidos no caso concreto, é a mais adequada para promover o interesse público.[53] Nesse sentido, não se entende apropriado o entendimento tradicional a respeito da teoria dos vícios de mérito[54], uma vez que, a conveniência ou não da decisão, não acarreta a sua invalidade, de modo que o "vício de mérito" decorre da constatação de que o ato administrativo não é a melhor alternativa para a busca do interesse público, em

---

[52] Já que o agente escolheu com móvel espúrio, presume-se, sem admitir prova em contrário, que ele optou por uma alternativa diversa da que considera a melhor forma de realizar o interesse público (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional, 2. ed. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. apud MARTINS, 2024, *op. cit.)*

[53] MARTINS, 2014, *op. cit.*

[54] Enquanto isso os vícios de mérito se situam no plano da opção entre critérios deixados pela lei à sabedoria e prudência do administrador. Não se constatam com a segurança de um confronto entre textos de graduação jurídica diferente. Dizem com a justiça, a - utilidade, a equidade, a vantagem, etc., de soluções diversas a considerar. Exigem, na sua apreciação, o mesmo critério impreciso de oportunidade e conveniência, que lhes preside à prática. Ocorrem quando o agente procede no uso de competência discricionária (Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, 1939, voI. I, págs. 335-336; Antonio Amorth, Il Merito del/'Atto Amministrativo, 1939, págs. 12, 18, 25, 41, 100 e 101 apud FAGUNDES, Miguel Seabra. Concorrência pública - classificação dos concorrentes - ato administrativo - vício de ilegalidade e vício de mérito - mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**, v. 22, p. 369–376, 1950. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11813. Acesso em: 20 dez. 2024.

função de dolo ou erro da referida autoridade, portanto, trata-se, na verdade, de vício de legitimidade.[55]

Vale dizer, contudo, que a intangibilidade do mérito administrativo não se confunde com a impossibilidade de controle judicial da discricionariedade, portanto, caso provocado, impõe-se ao Poder Judiciário rever a ponderação realizada pela Administração, cotejando-se a *reserva do possível* com o *mínimo essencial dos direitos fundamentais*, de modo a conferir-lhes a máxima efetividade possível.[56]

Como visto, no caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 684.612/RJ o déficit de profissionais de saúde poderia ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), de modo que, havia, a princípio, diversas soluções objetivamente ótimas segundo o Direito. Assim, se de fato, havia discricionariedade e se a autoridade escolheu, sem dolo ou erro, umas das alternativas objetivamente ótimas segundo o Direito não caberia ao julgador apontar a melhor forma de sanar o déficit de pessoal segundo suas próprias convicções, se, por meio, de concurso público em vez parcerias com o Terceiro Setor, mas tão somente, a partir da ponderação entre os princípios formais envolvidos no caso concreto, estabelecer os contornos para o atendimento da finalidade do ato – tendo como pressuposto inafastável a garantia do *mínimo existencial*.

6. Conclusões

1. A Constituição Federal de 1988 alçou o direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais e elencou-o como dever do Estado, de modo que a assistência à saúde deixa de ser mera norma programática e ganha contornos de direito subjetivo. Com efeito, a constitucionalização dos direitos sociais, em conjunto com o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina os sistemas difuso e concentrado, aliado à insuficiência dos serviços públicos, contribuiu para o fenômeno da judicialização do direito à saúde.

2. O Supremo tribunal Federal, no julgamento do RE nº 684.612/RJ, reconheceu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, no caso ausência ou deficiência grave do serviço. Em contrapartida, a evolução da jurisprudência da Corte demonstra a crescente preocupação em estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário se paute por critérios de racionalidade e eficiência, o que deve ser compatibilizado com a proteção do mínimo existencial do direito à saúde.

3. Segundo a teoria neoconstitucionalista, a discricionariedade decorre da análise do Direito globalmente considerado e não da lei, de modo que é a ponderação à luz do caso concreto e dos princípios formais envolvidos que indicará se há ou não duas ou mais soluções admitidas pelo Direito.

4. A finalidade pode ser compreendida como o bem jurídico objetivado pelo ato. É o resultado previsto legalmente como o correspondente a tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados.

5. O mérito administrativo, por sua vez, é resultado do processo de valoração, por meio de ato volitivo, realizado pelo administrador, por meio de critérios não estritamente jurídicos, suas convicções subjetivas – de *conveniência e oportunidade*– entre duas ou mais soluções válidas para o atendimento da finalidade do ato.

6. Portanto, se, de um lado, a garantia do *mínimo existencial* representa patamar mínimo inafastável para a atuação para a Administração, inclusive, como vetor interpretativo para a discricionariedade do administrador, os princípios da seletividade e distributividade atuam como limitação ao princípio da universalidade, de modo que os serviços de saúde devem ser

[55] MARTINS, 2017a, *op. cit.*
[56] PIRES, *op. cit.*, p. 304.

prestados na medida de sua essencialidade, partindo do mais essencial em direção ao menos essencial, oferecendo maior proteção social aos mais necessitados.

7. No que tange ao controle da discricionariedade, cabe ao Poder Judiciário, caso provocado, rever a ponderação realizada pela Administração à luz do caso concreto e dos princípios formais envolvidos, verificando-se se havia, de fato, discricionariedade e se a autoridade escolheu, sem dolo ou erro, umas das alternativas objetivamente ótimas segundo o Direito.

8. Por sua vez, se de fato existia discricionariedade e a autoridade administrativa escolheu sem dolo ou erro, uma das alternativas ótimas segundo o Direito, o mérito do ato administrativo é intangível, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário substituir a vontade da autoridade, suas convicções e visões de mundo, sob pena de violação à separação dos poderes, mas tão somente apontar os contornos para o atendimento da finalidade do ato, tendo como pressuposto a garantia do *mínimo existencial*.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2. ed., 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 684612 / RJ.** Tema 698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam ao direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 03 jul. 2023. DJe 07 ago. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf. Acesso em: 1 abr. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 130.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 227.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, 2003, v. 4, n. 2, p. 15-31, 2 jul. 2003.

CORDEIRO, Hésio. Descentralização, universalidade e equidade nas reformas da saúde. **Ciênc. Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 6, n. 2, 2001. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/cR5fBb9MWJRFmvgn4DhrLgN/?lang=pt . Acesso em: 04 out. 2024.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário.** São Paulo: Verbatim, 2010. p. 64-76.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo, Atlas 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 23, p. 1–16, 1951. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11830. Acesso em: 5 11. 2024.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Concorrência pública - classificação dos concorrentes - ato administrativo - vício de ilegalidade e vício de mérito - mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**, v. 22, p. 369–376, 1950. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11813. Acesso em: 20 dez. 2024.

LOPES, Luciana de M. N.; COELHO , Tiago L.; DINIZ, Semíramis D.; ANDRADE , Eli L G.. Judicialização e jurisprudência: Utilização da STA 175/CE em acórdãos em saúde no Estado de Minas Gerais. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 185-201, mar/jun. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo. In*: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe**. Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Internacional de Direito Público - RIDP**, ano 2, n. 3, p. 9-37, jul./dez. 2017a.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público - RIDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan./jun. 2017b.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e poder judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria neoconstitucional da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, São Paulo, n. 30, Ano 8, p. 71 – 113, jul./set. 2024..

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**.São Paulo: Malheiros, 1998, p. 136.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. O regime dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 188, p. 23-36, out. 2010. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, O Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico-Constitucional: Uma Visão Geral Sobre o Sistema (Público e Privado) de Saúde no Brasil, **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Portugal, nº 2, nº 4, p. 73-138, 2013.

SARLET, Ingo Wolgang; FIGUEIREDO, Mariana F Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171–213, 2007. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590. Acesso em: 15 nov. 2024.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p 18.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à saúde. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Coordenação de tomo: NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.