ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A CONCILIAÇÃO NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO: A EXPERIÊNCIA DO CIRADS NO RIO GRANDE DO NORTE

THE CONCILIATION IN BRAZILLIAN PUBLIC LAW: THE CIRADS EXPERIENCE IN RIO GRANDE DO NORTE

Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva*

RESUMO: O Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS) tem funcionado no Estado do Rio Grande do Norte como órgão administrativo de negociação em matéria de dispensação extraordinária de medicamentos e tratamentos. Trata-se, na verdade, de alternativa à acumulação de demandas dessa natureza no Poder Judiciário, o que, além das dificuldades inerentes à quantidade de processos, causa problemas de ordem administrativa e orçamentária ao Poder Público. O escopo do trabalho é tipificar a natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo órgão como conciliação administrativa, bem como delimitar os requisitos e efeitos de tal atividade. Visa também o presente trabalho definir a realização da conciliação administrativa como calcada no princípio constitucional da juridicidade da Administração. Do mesmo modo, visa analisar a atividade de conciliação administrativa no Direito Comparado, em especial no Direito Comunitário europeu, com o fim de encontrar bases teóricas para o desenvolvimento futuro de iniciativas análogas no Direito brasileiro.
Palavras-chave: CIRADS. Juridicidade. Conciliação administrativa.

ABSTRACT: The Interinstitutional Committee of Administrative Resolution of Claims of Health (CIRADS) has worked in the State of Rio Grande do Norte as the negotiation administrative organ in matters of extraordinary dispensation of medicinal drugs and treatments. It is actually an alternative to the accumulation of such demands in Judiciary, which in addition to the difficulties inherent in many processes, causes administrative and budget problems to the Government. The scope of this work is to typify the legal nature of the activity developed by the administrative organ as conciliation, as well as defining the requirements and effects of such activity. This work also aims to define the performance of administrative conciliation as grounded in constitutional principle of legality (*juridicidade*) of the Administration. Similarly, aims to analyze the administrative activity of conciliation in comparative law, particularly in European Community law in order to find a theoretical basis for the future development of similar initiatives in Brazilian law.
Keywords: CIRADS. Legality (*juridicidade*). Administrative conciliation.

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde – CIRADS[1] é uma iniciativa de diversos órgãos da comunidade jurídica potiguar no sentido de reduzir os custos da judicialização das demandas de saúde e resolver os conflitos acerca da assistência à saúde sem desconsiderar as regras regentes do SUS.

O CIRADS foi instituído por um termo de cooperação técnica firmado entre a Defensoria Pública da União no Rio Grande do Norte – DPU/RN, a Procuradoria da União no Rio Grande do Norte – PU/RN – AGU, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte – PGE/RN, a Procuradoria-Geral do Município de Natal – PGMN, a Secretaria de Estado da Saúde Pública – SESAP e a Secretaria Municipal de Saúde – SMS. A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte encontra-se em estágio de integração à entidade.

A solução administrativa dos conflitos da saúde é viabilizada por meio da análise, pelo CIRADS, dos casos concretos em que o assistido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não tenha recebido o devido atendimento pelo referido sistema, a fim de identificar tanto os casos em que o pleito pode ser atendido administrativamente, evitando a sua judicialização, quanto aqueles em que se pode conciliar em ações judiciais já em curso, nas hipóteses em que o tratamento de saúde (fornecimento de medicamentos, insumos, materiais e serviços de saúde) esteja previsto no âmbito do SUS e não tenha sido prestado, bem como naquelas hipóteses em que, por algum motivo, o médico tenha indicado tratamento diverso dos que são oferecidos pelo sistema.

O CIRADS objetiva a análise prévia das demandas que chegam à Defensoria Pública da União no RN, procedida por parecer técnico elaborado pelo Ministério da Saúde e remetido à Procuradoria da União para serem debatidas nas reuniões ordinárias e extraordinárias do Comitê.

A atuação desse órgão é uma alternativa concreta e viável para o desafogamento do Poder Judiciário no que diz respeito às demandas de assistência à saúde, respeitando as disposições legais do SUS.

Contudo, a atuação do CIRADS parece ser uma situação *sui generis*

1 O termo de cooperação técnica, bem como as atas das reuniões do CIRADS podem ser consultados no site <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=97046&id_site=1180>.

na Administração Pública brasileira. Isso porque não há como se inferir do Termo de Cooperação Técnica que o institui que o órgão tenha poderes de "jurisdição administrativa". Em verdade, sobre o funcionamento do colegiado, o TCT diz muito pouco.

É possível entender que a atuação do CIRADS, mais que decisória, é de conciliação de interesses das partes (Administração e administrado). Isso porque a "decisão" tomada pelo CIRADS, apesar de analisar o mérito da pretensão do peticionante, funda-se, na verdade, em concessões mútuas por parte deste e da Administração. Busca-se, através do CIRADS, o oferecimento de tratamentos alternativos e adequados ao regime do SUS, evitando a litigiosidade em função de tais demandas.

Se é assim, é imperioso um estudo científico aprofundado acerca dessa nova modalidade de atuação administrativa, baseada no consentimento entre o Estado e o cidadão.

A nova modalidade de conciliação tem diversas implicações jurídicas: o afrouxamento do princípio da legalidade (mormente em matéria orçamentária) em face da realização de direitos fundamentais; a autolimitação da discricionariedade administrativa; a possibilidade concreta e ampla de atuação conciliatória por parte dos advogados públicos; a implementação de formas conciliatórias no que diz respeito a outros serviços prestados pelo Estado.

Visará o presente estudo, portanto, identificar os limites e possibilidades dessa, por assim dizer, "conciliação administrativa" no Direito brasileiro. A proposta é oportuna na medida em que busca evitar a litigiosidade contra a Fazenda Pública em matéria de assistência à saúde, o que já se tornou um problema crônico no Brasil.

2 FUNDAMENTO TEÓRICO: A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À JURIDICIDADE

Poderia ser dito que a realização, pelo CIRADS, de conciliação entre a Administração e o administrado encontra óbice na vinculação daquela à lei, ou seja, na ausência de permissão legal específica e casuística não seria possível a conciliação administrativa.

Contudo, o fundamento teórico do presente trabalho é o conceito, já

aceito por diversos autores pátrios e mais ainda na doutrina estrangeira, da vinculação administrativa à juridicidade.

A juridicidade consiste na vinculação da Administração não apenas à lei, mas ao sistema jurídico em geral, incluindo os regulamentos por ela mesma adotados, bem como o Direito Internacional e a principiologia jurídica. Em verdade, não se pode considerar como correta a submissão da função estatal administrativa à legislativa, por força do princípio constitucional da separação harmônica dos poderes (art. 2º da Constituição da República), mormente caso se leve em conta que a Constituição Federal não adotou o sistema parlamentarista. Se a Administração é submissa à lei, o é apenas em decorrência de sua vinculação ao Direito. Nesse sentido, assevera Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 84):

> Somente se estabelece, pois, *submissão* da atividade administrativa à legislação para se resgatar a juridicidade que, eventualmente, e por desmando e ruptura em determinado desempenho, se verifique tenha ocorrido. É que, então, para o retorno da atividade administrativa a seu leito e curso natural – o do Direito – há que se retomar o caminho e verter-se à condição jurídica anterior, segundo o parâmetro de Direito estabelecido.

Calcada na juridicidade, pois, a Administração Pública se cobre de maior desenvoltura na realização das necessidades públicas do administrado. Para tanto, poderia ela conciliar interesses seus com os do administrado que, no caso das demandas de saúde, também são de ordem pública, quais sejam o direito à dignidade humana, à saúde e à vida.

Pois bem. Por força da vinculação administrativa à juridicidade, é imperioso ao Poder Público, no momento da formulação de atos administrativos e, em maior escala, políticas públicas, sopesar o direito positivo aos princípios ínsitos aos direitos fundamentais em jogo nas demandas da saúde.

Isso porque os princípios gerais do Direito e, portanto, os princípios constitucionais, podem ser considerados fontes da juridicidade, vez que são eles vetores da interpretação e mutação legal, especialmente aqueles reconhecidos jurisprudencialmente (ROCHA, 1994, p. 103).

Não se pode dizer que a fuga da Administração da lei e do jugo do

Poder Legislativo configure fuga do próprio direito administrativo, muito pelo contrário. Trata-se, na verdade, de evolução política e jurídica natural a uma nova concepção de Estado Democrático de Direito, submisso a valores e normas não expressos unicamente pela lei. A esse respeito, lançamos mão da doutrina de Carlos Ari Sundfeld (1997, p. 167):

> Mais importante do que a hierarquização entre a lei e a Administração é, no modelo do direito administrativo, o dogma de que o ato administrativo é a aplicação de uma regra racional e não de um ato arbitrário, caprichoso. Para esse efeito, sequer importa que, de fato, a lei seja um tanto arbitrária ou que seus termos admitam uma aplicação arbitrária; o dogma da razão (isto é, a não-arbitrariedade) terá de, necessariamente, informar sua incidência, corrigindo-lhes as impurezas.

Da mesma forma, o Direito Comparado tem abarcado o conceito de juridicidade administrativa, em especial com o fito de dar maior desenvoltura à Administração no atendimento às necessidades públicas.

A esse respeito, na doutrina lusitana, assevera Paulo Otero (2003, p. 167) que pela via da vinculação administrativa à juridicidade dá-se à Administração Pública o poder suplementar de proceder a ponderações de interesses e de bens alicerçados em princípios constitucionais, bem como reforçando um devido "ativismo constitucional" do Poder Público.

Outrossim, com a integração dos Estados Nacionais em blocos econômicos e políticos, a legalidade unilateral tem perdido espaço para normas de caráter principiológico vinculadas a órgãos supranacionais. O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, por exemplo, tem agregado o Direito Comunitário, tornando-o componente da legalidade dos Estados-membros da Comunidade e uma nova expressão de um novo Direito Administrativo de origem pretoriana (OTERO, 2003, p. 171). Segundo Pascoal Caiella (2003, p. 59), as normas de Direito Comunitário têm aplicação direta, podendo gerar direitos e obrigações aos cidadãos. Se podem criar direitos para o cidadão, de forma reflexa, evidentemente, podem criar obrigações para o Poder Público, ainda que de mera observância, à revelia do conceito tradicional de vinculação administrativa à lei formal.

No caso vertente, pode-se concluir que o CIRADS seria órgão administrativo próprio para uma eventual atividade conciliatória do Estado. Isso porque lá são representados órgãos apropriados do Estado às questões de demandas da saúde (Secretarias e Ministério da Saúde), devidamente assistidas por advogados públicos (mediante as respectivas Procuradorias e pela Advocacia da União). Em assim sendo, tem capacidade técnica e jurídica para sopesar interesses da Administração e as concessões passíveis de serem feitas ao administrado.

Ora, não se pode deixar de reconhecer aos órgãos de consultoria jurídica do Estado a competência de ditar os princípios e regras jurídicas aplicáveis ao caso. Isso porque a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente (art. 131 da Constituição Federal), não sendo jurídico nem lógico delegar-lhe o papel subalterno de defender de forma intransigente interesses mesquinhos da máquina administrativa, alheios ao interesse público primário da realização de anseios legítimos do cidadão, calcados em direitos fundamentais. Deve-se dar ao advogado público a liberdade de aplicar o direito ao caso sob exame, mesmo que deva concluir contra a Administração.

Ademais, contemporaneamente, a AGU já exerce substancioso papel normativo no âmbito do Poder Executivo, inclusive com suporte na jurisprudência (súmulas e pareceres vinculantes do Advogado-Geral da União, conforme previsto na Lei Complementar nº 73/93).

Quanto à possibilidade de a Administração realizar acordos, deve-se ressaltar a possibilidade, no bojo da juridicidade, da realização dos chamados acordos endoprocedimentais (OTERO, 2003, p. 841). A Administração poderia, então, celebrar com o particular destinatário de um futuro ato administrativo um acordo para fixar ou modificar os termos do referido ato. Trata-se, na verdade, de uma limitação consensual da discricionariedade ínsita a determinados atos administrativos, criando uma categoria de atos administrativos consensuais.

A ideia, no caso, é dotar os atos unilaterais do Poder Público de determinado conteúdo de participação popular, traduzindo assim, balizas do princípio democrático e republicano. Nada mais justo, lembrando-se que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido por representantes eleitos ou diretamente (parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal).

A propósito, observe-se a lição de Paulo Otero (2003, p. 843):

> Sem embargo da complexidade que pode envolver a celebração e o regime jurídico de tais acordos endoprocedimentais, mostra-se evidente que uma tal forma contratual prévia de exercício procedimental do poder discricionário unilateral, envolvendo uma autovinculação de exercício futuro desse mesmo poder na configuração do acto administrativo final do procedimento, pois obriga o órgão administrativo a emanar uma decisão correspondente ao conteúdo do acordo, determina a abdicação da unilateralidade do exercício do poder discricionário na configuração do acto administrativo e, uma vez que a produção deste se torna agora imperativa, haverá aqui também, desde que antes também existisse a possibilidade legal de não decidir, o criar da obrigação positiva de emanar o acto administrativo, registrando-se, por essa via, uma abdicação da própria unilateralidade da decisão de emanar ou não o acto em causa.

Ressalte-se que esta autolimitação da discricionariedade funciona, evidentemente, dentro dos parâmetros da vinculação administrativa à juridicidade, de forma que, longe de conduzir a decisões arbitrárias ou a acordos feitos ao jugo do agente público negociante, é balizada pelos princípios jurídicos vetores da situação discutida.

Tal é o que sói acontecer na atuação do CIRADS. Os representantes dos órgãos públicos, balizados pelos princípios constitucionais e orçamentários pertinentes negociam com o particular peticionante as possibilidades de fornecimento de determinado medicamento ou tratamento, o que pode gerar, ao final, seu deferimento, caracterizado por um ato administrativo, mormente consensual.

A atuação conciliatória da Administração mediante acordos endoprocedimentais encontra, contudo, determinados limites no ordenamento jurídico brasileiro que mais à frente serão examinados.

Impende, contudo, observar as experiências no Direito Comparado de conciliação entre os administrados e o Poder Público para, em seguida, serem tiradas conclusões pertinentes sobre as limitações e possibilidades de tal prática no ordenamento jurídico brasileiro.

3 A EXPERIÊNCIA EM RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS ENTRE CIDADÃOS E AUTORIDADES PÚBLICAS NO DIREITO COMPARADO

A Europa avançou visivelmente na resolução alternativa de conflitos nas duas últimas décadas. Ademais, a solidificação da Comunidade Europeia, com a consequente mitigação da soberania unilateral dos Estados Nacionais, permitiu, inclusive, a resolução alternativa de conflitos entre o Poder Público e o administrado.

Nesse sentido, o Conselho da Europa, por meio de seu Conselho de Ministros, adotou em 2001 a Recomendação nº 9, com o fito de estimular a resolução alternativa de conflitos entre as autoridades administrativas e os administrados.

Aparentemente, a adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos poderia encontrar óbice em países firmemente ligados ao conceito de legalidade. Contudo, a Recomendação, nesses casos, encontra suporte em uma aplicação substantiva da equidade às relações do Estado com o Cidadão. A propósito, cabe destacar trecho da exposição de motivos da referida Recomendação (UNIÃO EUROPEIA, 2001), *verbis*:

> 27. Ao preparar a recomendação, o conceito de eqüidade foi discutido. Eqüidade pode ser tomada em sentido estrito ou em sentido amplo. Em sentido amplo, o princípio da eqüidade remete à ideia de justiça baseada na razão, em vez de justiça baseada na lei. Num sentido mais restrito, a equidade é um corretivo para a lei escrita, quando esta, aplicada às consequências últimas, seja manifestamente desproporcional. Também pode ser usada para preencher lacunas na legislação e regulamentos em casos específicos que não abrangidos pelo direito positivo.
> 28. Em países do sistema civil law, a equidade é subjacente a um número de construções jurídicas fundamentais, tais como os "princípios gerais de direito" incorporados nas constituições, e pode ser aplicada como tal, a menos que uma lei especial preveja expressamente uma regra aplicável ao caso.[2]

O Apêndice da Recomendação dispõe que os meios alternativos de resolução de litígios devem ser gerais ou permitidos em certas situações es-

2 Tradução nossa.

pecíficas, em particular aquelas a respeito de atos administrativos individuais, contratos, responsabilidade civil e demandas patrimoniais em geral[3].

O § 3º do mesmo diploma comunitário dispõe acerca dos limites à resolução alternativa de conflitos. Salvo disposição em contrário na lei, as autoridades administrativas não podem utilizar uma solução negociada para ignorar suas obrigações (inciso I). Ademais, os funcionários públicos que participam de um processo destinado a alcançar uma solução negociada devem ser dotados de poderes suficientes para firmar o compromisso, ou seja, devem ter competência para tanto (inciso II).

Na conformidade das disposições comunitárias, diversos países europeus adotaram formas de resolução alternativa de conflitos, variando entre a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Na Holanda, é possível que a Administração Pública se submeta à mediação para solução de conflitos com o cidadão. Assevera Buck (2004, p. 19) que a mediação pode ser utilizada, nos Países Baixos, em duas situações:

> Em primeiro lugar, durante a fase de elaboração de políticas públicas (*beleidsvoorbereiding*) ou de um ato jurídico de direito público (*besluit*), por exemplo, um plano de desenvolvimento de regras ou políticas. Também é possível durante o procedimento de revisão interna da autoridade administrativa (*bezwaarfase*). Uma questão que tem surgido nos Países Baixos é até onde a mediação - um método utilizado para alcançar a justiça individual - pode ser adaptada para uso em litígios de direito administrativo que, axiomaticamente, tendem a envolver múltiplos interesses e uma gama de partes interessadas.[4]

É fácil notar que o método holandês em muito se assemelha ao conceito de acordo endoprocedimental conforme descrito no item anterior. Isso porque, nos Países Baixos, a atividade dos órgãos administrativos mediadores é a de garantir a participação do cidadão interessado no processo decisório no âmbito da própria Administração, precavendo eventuais atitudes que levarão o prejudicado ao Poder Judiciário.

3 Cf. § 2º, inciso I, do Apêndice da Recomendação (2001): "Alternative means to litigation should be either generally permitted or permitted in certain types of cases deemed appropriate, in particular those concerning individual administrative acts, contracts, civil liability, and generally speaking, claims relating to a sum of money."

4 Tradução nossa.

A França, por sua vez, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, tem permitido aos entes públicos em geral recorrer à arbitragem para resolução de litígios decorrentes de contratos administrativos com particulares (REPÚBLICA FRANCESA, 2007, p. 4). Também é admitido nesses casos o recurso à mediação ou à conciliação como preliminar da submissão à arbitragem (R. FRANCESA, p. 2).

Além disso, apesar de restrita ao campo contratual pela jurisprudência, a arbitragem foi considerada alternativa viável à resolução de conflitos atinentes à responsabilidade extracontratual de determinados entes estatais, em casos em que a prova técnica é ponto de suma importância, como na hipótese de erros médicos[5].

Vê-se, portanto, que a resolução alternativa de conflitos com a Administração ocupa largo espaço no direito europeu.

De posse desses modelos, é o escopo do presente trabalho apontar determinadas possibilidades e limitações à atuação do CIRADS como órgão administrativo conciliador em demandas da saúde.

4 LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM DEMANDAS DA SAÚDE PELO CIRADS

A respeito da arbitragem, assevera Pierre Delvolvé (2010, p. 192) que a utilização pelas pessoas políticas do direito público francês (*personnes publiques generales*) daquele método alternativo de resolução de litígios depende de permissão legal, ainda que genérica. O mesmo autor (2010, p. 202), contudo, exclui a possibilidade de adoção da arbitragem em matéria de responsabilidade extracontratual do Estado, pois o questionamento de atos administrativos, por questões afetas à legalidade, deve ser dirigido aos órgãos administrativos competentes, pois o sistema constitucional francês não admite o controle de atos administrativos por via de exceção.

5 Nesse sentido, assevera o Relatório: "Les consultations menées ont en effet mis en lumière l'intérêt qu'il pourrait y avoir à pouvoir recourir à l'arbitrage pour le règlement de litiges de responsabilité quasi-délictuelle lorsque ceux-ci mettent en cause des appréciations essentiellement factuelles, par exemple en matière de responsabilité hospitalière, ou de dommages de travaux publics : la procédure d'arbitrage permettrait par exemple de recourir plus facilement à des expertises. Ouvrir à l'arbitrage les litiges mettant en jeu la responsabilité quasi-délictuelle des personnes publiques, lorsque cette responsabilité ne résulte pas de l'illégalité d'un acte administratif, ne poserait ainsi aucune difficulté d'ordre juridique, et pourrait paraître très souhaitable."

Todavia, ao contrário do que ocorre com a arbitragem, a conciliação no âmbito do direito público não deve sofrer tal exceção. Em primeiro lugar em virtude de uma permissão genérica constante na Lei dos Juizados Especiais Federais e na novel legislação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Observe-se que, se as pessoas jurídicas de direito público têm permissão de conciliar em juízo, de certo podem fazê-lo fora dele, mesmo porque o vetor hermenêutico de ambos os diplomas legais é a composição amigável de conflitos.

Ademais, ao contrário da arbitragem, a conciliação não subtrai a atuação das autoridades administrativas em prol de um particular. Muito pelo contrário, sobretudo em um órgão colegiado especializado como o CIRADS. Em tais situações, as autoridades administrativas têm total liberdade para traçar a situação jurídica do caso e determinar as possibilidades de acordos sem a interveniência impositiva de um particular.

Prova de tal possibilidade é que, conforme já demonstrado, o Conselho da Europa recomenda a adoção da mediação e conciliação pelas autoridades públicas em matéria de responsabilidade extracontratual e produção de atos administrativos consensuais.

Evidentemente a conciliação do cidadão com as autoridades públicas com esteio no princípio da juridicidade deve obedecer a determinados requisitos de validade. Como já abordado no início deste trabalho, a conciliação administrativa consiste em uma aplicação substancial do princípio da juridicidade. Consubstancia-se através de atos administrativos consensuais (acordos endoprocedimentais – cf. Item 2).

Atos administrativos que são os atos consensuais devem obedecer aos requisitos que lhes são peculiares. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 389), são pressupostos do ato administrativo o sujeito (pressuposto subjetivo); o motivo e os requisitos procedimentais (pressupostos objetivos); a finalidade (pressuposto teleológico); a causa (pressuposto lógico); e a formalização. Não sendo o escopo do presente trabalho a revisão de tais pressupostos, será dado destaque apenas a detalhes pertinentes a situações específicas no que atine aos atos administrativos consensuais no âmbito do CIRADS.

Em primeiro lugar, é evidente que o órgão da Administração que se submete à conciliação deve ter competência para tanto. Nesse sentido, como já asseverado, dispõe a Recomendação (2001)9 do Conselho da Europa, prevendo que

o agente público que firma o compromisso deve ter competência para tanto.

Na espécie, note-se a importância da intervenção dos advogados públicos. Sendo sua função a assessoria jurídica ao Poder Executivo, é imprescindível que os órgãos da advocacia estatal estejam presentes nos atos de conciliação, avaliando a situação jurídica em discussão. No plano federal, o Decreto nº 4.250/2002 dispõe sobre a competência dos órgãos da Advocacia-Geral da União para a conciliação de causas de competência dos Juizados Especiais Federais. Em complementação ao referido Decreto, a AGU expede diversos regulamentos definindo a competência dos advogados públicos para os atos de conciliação nos Juizados Especiais Federais.

As normas de competência para conciliação nos Juizados Especiais Federais podem muito bem funcionar como parâmetros para a definição da competência na atuação dos advogados públicos junto ao CIRADS, até a expedição de regulamento próprio.

Como é cediço, o motivo do ato administrativo consiste na representação intelectual que o agente público realiza dos fatos concretos, relacionando-os com o Direito e chegando a uma conclusão (JUSTEN FILHO, 2006, p. 205). Trata-se, por assim dizer, da conjugação dos fatos à norma aplicável ao caso. No que tange aos atos sob exame do CIRADS, na conciliação administrativa, o motivo se consubstancia na conclusão sobre o tratamento adequado a determinado paciente.

Desse modo, o motivo será identificado através de pareceres técnicos idôneos que permitam a identificação do tratamento adequado ao paciente, levando em consideração o medicamento ou tratamento originalmente requerido ao sistema de saúde pública. No caso do CIRADS, o agente público deve se ater o quanto possível às normas técnicas do SUS, sem perder de vista, contudo, o fato de que a regulamentação do sistema muitas vezes é tecnicamente falha e insuficiente ao tratamento adequado do paciente, o que, em suma, é o fundamento último das demandas judiciais em matéria de saúde. Assevere-se que o agente público, nesse momento, se propõe a realizar concessões com fundamento no direito genérico do cidadão à saúde e à vida.

Mais uma vez lançando mão do parâmetro descrito na Recomendação (2001)9 do Conselho da Europa, a Administração Pública não pode se valer do procedimento conciliatório para eximir-se de suas obrigações. Isto

é: os tratamentos e medicamentos indicados pelo SUS como disponíveis não podem ser negados no processo conciliatório. Por assim dizer, a regulamentação do SUS cria um "mínimo aceitável" de tratamentos disponíveis ao cidadão. Trata-se de conclusão evidente, visto que a denegação de tratamento disponível a todos iria de encontro à isonomia.

Essa ressalva é clara no direito espanhol. O art. 88, 4, da Lei nº 30/1992 (Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum) prevê que os acordos feitos pela administração não supõem a alteração das competências atribuídas aos órgãos administrativos nem das responsabilidades correspondentes às autoridades e funcionários relativas ao funcionamento dos serviços públicos.[6]

Ademais, muito bem asseveram José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 131) que é imanente à força normativa da Constituição o princípio da vedação do retrocesso. Asseveram os autores que:

> [...] as normas constitucionais que reconhecem direitos econômicos, sociais e culturais de caráter positivo têm, pelo menos, uma função de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, implicando uma proibição de retrocesso, visto que, uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele. A ser admissível qualquer restrição (v.g. estado de incapacidade financeira do Estado), então ela deve ficar sujeita, na parte aplicável, às regras constitucionalmente estabelecidas para as restrições dos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente a necessidade e a proporcionalidade, devendo salvaguardar sempre o conteúdo mínimo necessário de satisfação desse direito.

Por outro lado, a concessão de tratamentos alternativos àqueles originalmente prescritos pelo SUS deverá obedecer a severos critérios técnicos, inclusive em matéria orçamentária.

A concessão de medicamentos e tratamentos em caráter excepcional deve ser abarcada pelo orçamento do Estado. Com isso se quer dizer que

6 Prevê o dispositivo: "Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos."

não pode o Estado impor ao cidadão a alegação vazia de impossibilidade material da concessão do medicamento. Isso porque a atividade financeira do Estado é meramente instrumental, justificando-se apenas enquanto realiza os interesses supraindividuais da sociedade, dentre eles a saúde.

A alegação de "reserva do possível", portanto, depende de prova concreta da impossibilidade de pagamento do tratamento, sendo insuficiente a alegação vaga e sem qualquer documentação. Tanto é que se tornou praxe no Poder Judiciário mover recursos de serviços não essenciais, tal qual a publicidade institucional, em prol da realização do direito à saúde de determinado cidadão.

Em verdade, não há sentido, em sendo abundantes as normas e escassos os recursos, tentar realizar da forma ideal todos os direitos possíveis sem, ao fim, conseguir realizar qualquer deles. Desse modo, convém ao Estado, com esteio em uma interpretação sistemática da Constituição, estabelecer tempos e graus de realização de determinados direitos. Todavia, bem assevera Jorge Miranda (2008, p. 434) que:

> [...] por regra (insista-se), 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 em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efectivação.

Por fim, cabe apontar novamente que, como assevera Otero (2003, p. 843), os acordos endoprocedimentais feitos no seio da Administração Pública tratam verdadeiramente de uma autovinculação do Poder Público à decisão consensual. Em sendo assim, é evidente que o acordo feito pelo órgão conciliador há de ser dotado de executoriedade. Se a Administração Pública se furta de cumprir o acordado, assiste ao particular a via executiva judicial para o cumprimento.

Não poderia ser diferente. Se o ato administrativo é consensual, não poderia a Administração Pública reformá-lo unilateralmente, sob pena de violação do princípio da boa-fé objetiva. Ocorre que a adoção de mecanismos consensuais de atuação pelo Estado implica na substituição de outros mecanismos fundamentados na hierarquia por acordos nas relações internas da Administração Pública, ou seja, envolvendo os órgãos públicos de uma pessoa administrativa ou de entidades a ela vinculadas (ALMEIDA, 2008, p. 347).

O poder de supervisão e controle ministerial tampouco pode ser uti-

lizado para a anulação de acordos feitos por órgãos administrativos de conciliação. Apesar de o poder de controle ser inerente à estrutura hierárquica da Administração, descabe utilizado fora de seus pressupostos jurídicos. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "a competência ministerial para controlar os atos da administração pressupõe a existência de algo descontrolado, não incide nas hipóteses em que o órgão controlado se conteve no âmbito de sua competência e do devido processo legal"[7].

Em geral, os acordos obtidos em processos de conciliação administrativa serão dotados de força executória. Pierre Delvolvé (2000, p. 16) assevera que os acordos firmados entre a Administração e o cidadão em sede de mediação ou conciliação têm a característica básica de tomar a forma de um contrato, pondo fim ao litígio de forma consensual. Sob os auspícios do Código Civil francês (art. 2.052), assevera ainda o autor, os acordos são - do mesmo modo que os compromissos de arbitragem - legalmente vinculantes entre as partes.

Não é diferente no direito brasileiro. Isso porque, nos termos do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, o instrumento de transação referendado por membro da Defensoria Pública, Ministério Público ou pelos advogados das partes é título executivo extrajudicial. Ora, o acordo realizado no âmbito do CIRADS, portanto, traduz-se em título executivo extrajudicial, uma vez que os termos de audiência do órgão, ou seja, os instrumentos de firmamento de compromisso são referendados por membro da Defensoria Pública da União e por advogados públicos.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, do exposto, que a atividade conciliatória desenvolvida pelo CIRADS e por outros órgãos análogos da Administração Pública baseia sua atuação em uma aplicação do princípio da juridicidade, o qual permite que o administrador público sopese valores e princípios legais e constitucionais aplicáveis ao caso concreto, decidindo de acordo.

A juridicidade, longe de afastar a aplicação da lei, fortalece-a, bem como prestigia a força normativa da Constituição. O escopo da juridicidade é o afastamento do arbítrio do administrador em prol de uma interpre-

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 8.810/DF. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. S1. Julgado em 13/08/2003, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, publicada em 06 out. 2003, p. 197.

tação holística do Direito aplicável ao caso concreto.

A realização de acordos em sede administrativa encontra suporte em acordos endoprocedimentais, atos administrativos consensuais empregados pelo Poder Público em determinadas situações para a resolução do litígio. Trata-se de uma abdicação do poder de decisão unilateral da Administração, permitindo o seu funcionamento mais transparente, democrático e eficiente.

Com efeito, o consenso alcançado pelos acordos realizados pela Administração é tradução do princípio democrático. O Estado, como fenômeno político, no contexto de um regime democrático, deve dedicar-se permanentemente à construção do consenso e bem-estar na sociedade plural que administra.

Os referidos acordos endoprocedimentais realizados pela Administração são encontrados também no direito comparado, em especial no direito comunitário europeu, em situações em que se discute a responsabilidade civil do Estado, bem como em situações em que é especialmente complexa a prova técnica. Naquelas situações há regulamentação precisa das situações e do campo negocial da Administração em face do particular. O Conselho da Europa, contudo, recomenda que os processos alternativos de resolução de conflitos com o Estado sejam disponibilizados de forma geral.

Os atos administrativos consensuais, nos quais culminam os acordos, devem obedecer aos usuais requisitos e pressupostos dos atos administrativos unilaterais, observadas ponderações devidas à natureza consensual, em especial quanto à competência do agente público para firmar compromisso. A atuação dos advogados públicos no processo de conciliação é determinante para o sucesso e decorrente de suas competências constitucional e legalmente traçadas.

A motivação do ato consensual deve se firmar em premissas técnicas idôneas e imparciais que deem fundamento à aceitação da denegação de acordo sobre o tratamento pleiteado pelo particular. A Administração, contudo, não pode se utilizar do procedimento de conciliação para eximir-se do cumprimento de normas básicas de atendimento ou de outras obrigações já estabelecidas.

O ato consensual é dotado de executoriedade e é título executivo extrajudicial, nos termos pertinentes do CPC. O ato consensual não se submete a revisão de oportunidade ou conveniência, embora, segundo se infere da jurisprudência do STJ, possa ser anulado por razões de ilegalidade ou fraude pela autoridade competente.

Ante o exposto, é de se observar que os acordos realizados no bojo do CIRADS são plenamente calcados no princípio da juridicidade, sendo classificados como atos administrativos consensuais. O escopo do presente trabalho foi a delimitação doutrinária de tal atividade. Eventuais melhoramentos ou desenvolvimentos de tal sistema são debates *de lege ferenda*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BUCK, Trevor. **European methods of administrative law redress:** Netherlands, Norway and Germany: DCA Research Series, 2004. Disponível em: <http://www.dora.dmu.ac.uk/handle/2086/2759>. Acesso em: 07 set.2010.

CAIELLA, Pascoal. Problemas relativos a la compatibilización de los derechos constitucionales y el derecho comunitario. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Global.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991.

DELVOLVÉ, Pierre. General Report. In: COUNCIL OF EUROPE. **Alternatives to litigation between administrative authorities and private parties**: conciliation, mediation and arbitration. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.

_____. L'arbitrageen droit public français. In: RENDERS, David; DELVOLVÉ, Pierre; TANQUERE, Thierry (org). **L'arbitrageen droit public.** Paris: LGDJ et Bruylant, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t.4.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

REPÚBLICA FRANCESA. Grupo de trabalho sobre a arbitragem. **Rapport groupe de travail sur l'arbitrage**. Conseil d'État, 13.mar.2007. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr>. Acesso em: 07.set.2010.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Global.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. **Alternatives to litigation between administrative authorities and private parties:** Recommendation Rec (2001) 9 and explanatory memorandum. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2001.

Correspondência | Correspondence:

Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.078-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-1855.
Email: jules.queiroz@gmail.com

Recebido: 22/12/2012.
Aprovado: 25/01/2012.