

A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

*THE PROCEEDINGS OF ADMINISTRATIVE SELF
PROTECTION AS AN ALTERNATIVE CONFLICT
SOLUTION*

André Luis Nascimento Parada

Auditor Federal de Controle Externo.

Assessor de Ministro-Substituto do TCU. Advogado

Mestrando em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Procedimentalização da Autotutela Administrativa; 2 Autotutela; 2.1 Procedimento ou Processo ; 2.2 As funções e as vantagens da Procedimentalização; 3A atuação de órgãos colegiados de procedimentalização da autotutela administrativa em entes federados ; 3.1 A Junta Administrativa de Indenizações de Porto Alegre; 3.2 O Conselho de Administração de Pessoal de Minas Gerais ; 3.3 A procedimentalização no fornecimento de medicamentos pelo Estado de São Paulo ; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: este trabalho tem o objetivo de analisar a possibilidade de a procedimentalização da autotutela administrativa atuar como mecanismo alternativo de solução de conflitos. Para tanto, destaca-se a tendência natural de se consentir e incentivar outras formas de composição de interesses antagônicos. Discorre-se sobre a autotutela administrativa e a procedimentalização em que são gizadas as demarcações conceituais de um e de outro instituto, bem como são apresentadas diferenças entre processo e procedimento. Relativamente à procedimentalização, menciona-se algumas funções e vantagens trazidas pelo fenômeno. Por fim, relata-se a experiência de entes federativos pátrios que optaram por adotar a procedimentalização da autotutela por meio de órgãos colegiados e mediante parcerias em ações concertadas, cujos bons resultados refletem na diminuição da litigiosidade, no tratamento de adequado de informações e no mapeamento de necessidades e falhas da Administração.

PALAVRAS-CHAVE: Autotutela. Procedimentalização. Solução de Conflitos.

ABSTRACT: this work aims to examine the possibility of the proceedings of administrative autotutela act as an alternative solution conflict mechanism. To this end, there is natural tendency to allow and encourage other forms of composition of antagonistic interests. Discourse on administrative autotutela and procedimentalização where are the conceptual delimitation of one and other institute, as well as are presented differences between process and procedure. Regarding proceedings, it mentions some functions and advantages brought by the phenomenon. Finally, the Federative experience who have chosen to adopt the proceedings of autotutela by means of collegiate bodies and through concerted actions of partnerships, whose good results reflected decreased litigation, in the proper handling of information and mapping needs and failure of the administration.

KEYWORDS: Self Protection. Proceedings. Solution Conflict.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado contemporâneo tem enfrentado muita dificuldade em solucionar os conflitos trazidos ao seu conhecimento de forma rápida e efetiva. A complexidade das relações sociais e o volume de demandas levadas ao descortino do Poder Judiciário colocam em xeque a noção de amplo acesso à justiça.

A demora excessiva na prestação jurisdicional obsta a efetividade do processo, haja vista que frustra as expectativas dos litigantes acerca da resolução tempestiva dos conflitos.

Dados colhidos do Relatório Justiça em Números¹ de 2011, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, informam que, no ano de 2010, tramitaram no Poder Judiciário 83,4 milhões de processos. Desse total 70% findaram o ano sem solução, o que revela uma majoração de três pontos percentuais na taxa de congestionamento² dos tribunais ao se considerar que em 2009 essa taxa foi de 67%.³ No Relatório Justiça em Números de 2012, a taxa de congestionamento foi de 71,2%.⁴

- 1 As informações do Justiça em Números apresentam um panorama global da Justiça, por meio de dados disponibilizados pelos tribunais sobre processos distribuídos e processos julgados, número de cargos de juizes ocupados e ainda o número de habitantes atendidos por juiz. O objetivo do CNJ é que os dados sejam referência para a criação de uma cultura de planejamento e gestão estratégica. Outra finalidade do Justiça em Números é fornecer bases para construção de políticas de gestão e possibilitar a avaliação da necessidade de criação de cargos e funções. O estudo também enumera relação de despesas com pessoal, recolhimentos e receitas, informática, taxa de congestionamento e carga de trabalho dos juizes. Os números são encaminhados semestralmente pelos magistrados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 10 set. 2012.
- 2 A taxa de congestionamento é um indicador do Justiça em Números que mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período. Ele tem analogia direta com uma caixa d'água, que quando dá vazão ao volume que entra e mantém um nível baixo, resulta numa baixa taxa de congestionamento. Ao contrário, quando não dá vazão ao que entra e ainda mantém um estoque alto resulta numa alta taxa de congestionamento. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>>. Acesso em 10 set. 2012.
- 3 Essas informações estão exatamente conforme publicado no Justiça em Números. Ocorre que ao longo dos anos os Tribunais podem retificar ou fornecer informações que não foram corretas ou tempestivamente enviadas ao CNJ. Assim, esses números se alteraram e passam a ser mais verossímeis. Contato realizado pelo Autor junto ao CNJ, em 25/03/2013, trazem as seguintes notas de atualização: a) processos tramitados no Poder Judiciário em 2010: 85,2 milhões; b) taxa de congestionamento em 2010 (Processos que findaram sem solução em 2010): 72%; Taxa de congestionamento em 2009 (Processos que findaram sem solução em 2009):70%.
- 4 Disponível em:<https://docs.google.com/uc?export=download&confirm=no_antivirus&id=0BxR2dZ_NKZKSR1o0VE9rUDhVTU0>. Acesso em: 22 mar. 2013.

É preciso revisitar a noção de que a via judicial é o fim único e último de toda pretensão resistida ou insatisfeita.

Essa cultura está na base da crise numérica pelo excesso de processos, não só pelo estímulo à contenciosidade social como também por impedir que a larga parcela de conflitos deixe de ser encaminhada por outros agentes, órgãos e instâncias, o que aliviaria a carga que hoje assoberba a Justiça estatal e a impede de ofertar uma resposta de qualidade: justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível.⁵

O art. 5º, inc. XXXV, da CF, ao propugnar que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não tem o escopo de proclamar o Poder Judiciário como o único capaz de estabelecer a justiça e a pacificação de todos os conflitos; ao revés, o preceito busca coibir que o legislador produza normas que embaracem ou obstem o acesso à justiça.

Acrescente-se que o dispositivo retrocitado, tanto pela via interpretativa gramatical quanto pela teleológica, não incentiva a judicialização, tampouco impõe restrições para que as controvérsias sejam equacionadas fora do eixo do Poder Judiciário.

Na tentativa de reavaliar a função judicial no Estado brasileiro, Rodolfo Mancuso propõe a implementação de uma política judiciária voltada para meios alternativos ou complementares que ofereçam “estradas vicinais” por onde podem e devem transitar os conflitos que, por sua singeleza, valor envolvido, opção dos interessados, conduzam à resolução de litígios para fora e além da estrutura judiciária estatal. Se apesar dessa providência, não resultar dirimido o conflito nesses patamares intermediários, ele restará melhor dirimido e maturado, pavimentando o caminho para que as partes decidam com mais segurança, o que não exclui o ajuizamento da demanda.⁶

Nessa linha de exegese, surge uma tendência natural de consentir e incentivar a adoção de meios de solução de conflitos extrajudiciais, entre os quais se destacam a mediação, a conciliação, a arbitragem e outras formas de procedimentalização da autotutela administrativa que

5 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. *RBDP*, n. 60, mar./abr. 2010. p. 78.

6 *Ibid.*, p. 92-93.

envolvem agentes, órgãos e instâncias capazes de pacificar controvérsias de forma tempestiva, conferindo-lhes resolução técnica pertinente, com aumento da legitimidade e menor custo.

Estas anotações não terão como objetivo examinar os meios extrajudiciais de solução de conflitos tradicionais – mediação, conciliação, arbitragem –, mas sim terão o desígnio de analisar a procedimentalização da autotutela administrativa como meio adequado para se estabelecer instâncias parajudiciais aptas e capazes de recepcionar e resolver conflitos.

É como ensina Araken de Assis, há a necessidade de “criar-se a ‘justiça administrativa’. Realmente, os conflitos entre o cidadão e os Estados-membros [...] carecem da instalação de estrutura própria e independente para resolvê-los, desfazendo a orfandade atual do direito administrativo.”⁷

Assim, opta-se pela solução de contendas na intimidade da Administração mediante a procedimentalização que, caso não logre êxito em dirimir o conflito, ao menos embasa com informações, provas e argumentos técnicos as demandas que ingressarem no Poder Judiciário.

Ressalva-se que a procedimentalização da autotutela administrativa não é a solução para todos os males da justiça, mas pode contribuir, em alguma medida, para desafogar o Poder Judiciário.

1 PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

2 AUTOTUTELA

A autotutela é normalmente referenciada no Direito Administrativo como o poder-dever de a Administração rever suas decisões. Ou seja, quando os atos administrativos são ilegais devem ser anulados e quando inconvenientes e inoportunos podem ser revogados, conforme consagrado pelas Súmulas ns. 346 e 473, ambas do STF, e pelo art. 53 da Lei n. 9.784/1999.⁸

7 ASSIS, Araken. O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário. *Revista do Advogado*, n. 43, jun. 1994, p. 19.

8 Súmula/STF n. 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.” Súmula/STF n. 473: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Etimologicamente tutelar é zelar, defender, proteger. Quando o ordenamento jurídico confere o poder de autotutela ou autoproteção à Administração ele dispensa a obrigatoriedade de intervenção do Poder Judiciário para proteção de determinados direitos, uma vez que dá competência ao interessado para sanear irregularidades pelas suas próprias forças. O interessado, no caso, é a Administração.

A autotutela configura um meio de a Administração, *sponte propria*, zelar pelos seus atos e suas condutas na busca de uma célere recomposição da ordem jurídica e da readequação ao interesse público.

Em essência, a autotutela potencializa o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos, o que não exclui ou afasta o controle externo por outros órgãos legitimados (Ministério Público, Tribunais de Contas etc).

Guido Landi e Guiseppe Potenza anotam que somente sanar as irregularidades não basta, é necessário que também a Administração as previna, evitando reflexos prejudiciais ao administrado ou ao próprio Estado.⁹

Nesse contexto, define-se a autotutela como um poder-dever de a Administração Pública zelar e controlar – *a posteriori*, concomitante ou preventivamente – seus atos, condutas e atividades, com vistas a evitar lesão a direitos de terceiros, no desígnio de restaurar a legalidade e de atender o interesse público.

2.1 PROCEDIMENTO OU PROCESSO

Questão que gera bastante controvérsia é a distinção entre processo e procedimento. Antes, porém, de tentar estabelecer as dessemelhanças entre um e outro instituto, vale rememorar que, no passado, o termo processo normalmente era associado à função jurisdicional.

González Pérez assevera ser possível explicar a limitação do conceito de processo à função judicial do ponto de vista histórico, mas registra que essa redução é insustentável sob o aspecto jurídico teórico,

Art. 53 da Lei n. 9.784/1993: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”. Embora com uma ou outra diferença em suas redações, esses dispositivos consagram o poder-dever de autotutela da Administração.

9 LANDI, Guido; POTENZA, Guiseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. Milão: Guiffè, p. 588.

uma vez que o processo em sua própria natureza pode desenvolver-se em todas as funções estatais.¹⁰

Esclarece Odete Medauar que a partir da década de 50 a doutrina processualista e administrativista começou a conceber o processo atrelado à noção de exercício do poder estatal. Nessa linha de intelecção, a autora aduz que o “processo expressa o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo, refletindo a passagem do poder em atos ou decisões”, para concluir que “o processo existe tanto no exercício da função jurisdicional, como na função legislativa e na função executiva.”¹¹

Bandeira de Mello afirma que processo e procedimento não são patrimônio exclusivo da função jurisdicional ao defender que também são encontráveis em outras funções estatais, tanto é que se pode falar hoje em um Direito Processual Administrativo.¹²

Atualmente não cabe mais questionar, ante a sua inegável realidade, a existência do processo administrativo que pode ser claramente entendido como uma espécie do gênero processo a se desenvolver na intimidade da função administrativa.¹³ Tanto é assim que a União (Lei n. 9.784/1999) e alguns Estados-membros da Federação já editaram leis que regulam o processo administrativo no âmbito de suas competências constitucionais.

Firmada a premissa existencial do processo administrativo, cabe verificar a controvérsia entre o processo e o procedimento.

Muito já se escreveu na tentativa de distinguir o processo do procedimento. Em países cujos sistemas jurídicos apresentam a dualidade de jurisdição, a exemplo da Itália e da França, ou seja, onde há uma estrutura organizacional encarregada de aplicar a jurisdição comum e outra com atribuição de jurisdição administrativa, com força

10 PÉREZ, Jesús González. *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957. p. 46.

11 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 165.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 479.

13 Função administrativa é aquela exercida pelo Estado e por seus delegados, subjacente à ordem constitucional e legal, sob o regime de direito público, com vistas a alcançar os fins traçados na ordem jurídica. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 5.

de coisa julgada em ambas as situações, o tema parece não gerar muitas controvérsias.

Nesses países de jurisdição dual, o termo processo administrativo ficou adstrito à jurisdição administrativa quando a decisão final faz coisa julgada em sentido material, uma vez que praticada por autoridade judicial-administrativa; ao passo que a expressão procedimento administrativo seria utilizada para designar o trâmite dos pleitos que se desenvolvem perante a Administração Pública e cuja decisão tem natureza meramente administrativa, haja vista que se dá na função administrativa, e não judicial.¹⁴

No Brasil, em que a jurisdição é uma por força do art. 5º, inc. XXXV, da CF, o tema parece não encontrar balizas precisas, o que dificulta um pouco a conceituação de um e outro fenômeno.

Na tentativa de estabelecer uma sistematização, Lúcia Valle Figueiredo entende que processo, em sentido amplo, é gênero, no qual se encartariam as seguintes espécies:¹⁵

- 1) procedimento, como uma forma de atuação normal da Administração Pública;
- 2) procedimento, sequência de atos ordenada para a emanção de ato final, dependendo a validade do ato posterior sempre de seu antecedente, subdividindo-se em: a) procedimento nominados; b) procedimentos inominados;
- 3) processo, em sentido estrito, em que a litigiosidade ou as 'acusações' encontram-se presentes, obrigando-se o contraditório e ampla defesa: a) processos revisivos; processos disciplinares; c) processos sancionatórios.

Como se vê, a doutrinadora traça nota distintiva do processo (sentido estrito) quando há controvérsias, litígios, acusados em geral, com a obrigatoria observância de contraditório e ampla defesa. O procedimento, por sua vez, seria a exteriorização da função administrativa e, ainda, a sequência de atos preordenados a um ato final, estando o procedimento compreendido no processo em sentido amplo.

Egon Bockmann Moreira averba que há diferença no conteúdo jurídico do processo e procedimento, haja vista que o processo retrata

14 PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 84.

15 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 424.

relação jurídica específica, de caráter processual em sentido estrito, enquanto o procedimento seria puramente o desenrolar de atos e fatos que configuram o começo, meio e fim do processo.¹⁶

Também nessa linha, Angélica Petian define procedimento administrativo como um “rito que será mais ou menos formal, com maior ou menor laço temporal para sua conclusão, com intervenção de poucas ou muitas autoridades e órgãos técnicos, enfim, que variará de acordo com a espécie de processo em causa e com a respectiva disciplina legal.”¹⁷

Com se percebe, a doutrina inclina-se a lecionar que o processo seria algo mais amplo que o procedimento, radicado em uma relação de gênero e espécie ou em uma relação de inclusão entre o processo e o procedimento, vale dizer, este estaria contido naquele.

Preferimos conferir certa autonomia ao procedimento por considerar que nem sempre ele será abrigado sob a égide de um processo,¹⁸ mormente ao se levar em conta a complexidade de se realizar a função administrativa em que a tomada de decisões no âmbito da Administração Pública não pode mais se contentar com ato isolado e autoritário, mas, ao revés, requer uma sequência preordenada de atos desenvolvidos para atingir um determinado resultado ou uma decisão.

Em face das múltiplas finalidades que estão a cargo da Administração, o procedimento atua como uma ferramenta para coordenar a variedade não previsível de interesses que surgem conjugados nessa atividade.

Procedimento seria uma categoria jurídica própria, não necessariamente ligada a um processo, em que uma série de atividades e atos são realizados em progressão obrigatória para atingir resultados, objetivos ou fins predeterminados. Em linguagem simples, procedimento é o desenrolar da atividade administrativa, segundo trâmites previamente estabelecidos, que visa a um efeito final.

16 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

17 PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 84.

18 Na maioria das vezes o procedimento vai fazer parte do processo, como ocorre no Poder Judiciário em que há, no processo judicial de conhecimento, o procedimento sumário e ordinário. Ou no processo administrativo licitatório em que a lei estabelece procedimentos diferentes para cada modalidade de licitação.

Pensa-se, nesse contexto, em procedimento como meio capaz de ordenar o mecanismo decisório administrativo, que assegure a participação do administrado, agentes públicos, órgãos técnicos, com vistas a subsidiar as escolhas, a tomada de decisões na intimidade da Administração, de forma a estabelecer instâncias parajudiciais capazes de recepcionar e resolver conflitos internamente, desfazendo-se a ideia de que a via judicial é o fim único e último de toda pretensão resistida ou insatisfeita, mediante um exercício de procedimentalização da autotutela administrativa.

2.2 AS FUNÇÕES E AS VANTAGENS DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO

A noção de procedimentalização que se pretende neste trabalho, como visto, tem sentido amplo e está além da abordagem reducionista de compreender o procedimento somente como espécie do gênero processo.

Defende-se, portanto, uma categoria jurídica capaz de auxiliar o melhor desempenho da função administrativa.

Nesse norte, a doutrina tem destacado algumas importantes funções da procedimentalização ante a sua real capacidade de atuar como instrumento jurídico.

Normalmente, são apontadas as seguintes funções do procedimento: a) a *função organizatória* como resultado da capacidade de coordenação intrasubjetiva, realização progressiva da previsão, ordenação de concretização do direito que o procedimento contém; b) a *função ordenadora* na medida em que confere ordem à administração em ação; c) a *função metódica* que se expressa na qualidade de meio de realização do Direito Administrativo;¹⁹ e d) a *função consenso* que personifica um estilo administrativo cooperativo que baseia a descoberta da decisão numa relação duradoura entre a administração e os interessados procedimentais.²⁰

19 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentalização*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 90.

20 DUARTE, op. cit., p. 97.

Registre-se ainda a *função legitimadora* do procedimento quando se permite a participação do administrado, uma vez que este passa de mero objeto a sujeito da decisão.²¹⁻²²

Além das funções coligidas pela doutrina especializada, entende-se que outras podem ser creditadas ao procedimento como as *funções informação, participação e solução de conflitos*.

Acerca da *função informação*, rememora-se que o procedimento administrativo é um conjunto de atos e atividades produzidos na Administração com vistas a atingir resultados.

Para tanto, o procedimento necessita de obter e processar a informação e dela se nutrir. Busca-se subsidiar a escolha entre várias alternativas com a conseqüente melhora na preparação da decisão, na identificação dos problemas e de pontos vulneráveis e, ainda, na avaliação das necessidades futuras que retroalimentam o sistema em uma operação continuada de tratamento da informação.

Em essência, esse tratamento no bojo dos procedimentos favorece a qualidade das decisões administrativas, uma vez que tende a suprir o *deficit* de informação na Administração Pública.

A *função participação*²³ aparece relacionada à questão da transparência que ganhou mais vigor com a edição da Lei n. 12.527, de 19/11/2011, reguladora do direito de acesso à informação, direito esse de estatura constitucional.

Considera-se essencial a participação e a intervenção do administrado no *iter* procedimental decisório. Essa função está claramente ligada à função anterior (informação), porquanto para

21 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 189. Nesse mesmo entendimento, é a lição de LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra, 1995. p. 119.

22 Destaca João Carlos Simões Gonçalves Loureiro que, embora falem estudos, existe a probabilidade da participação no procedimento aumentar a capacidade de legitimação das decisões, no plano empírico, reduzindo o recurso aos tribunais e facilitando a implementação das decisões. Essa dimensão tem sido particularmente considerada no campo das políticas públicas. (*O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra, 1995. p. 119.)

23 João Carlos Simões Gonçalves Loureiro assevera que a expansão das possibilidades participativas reforça a legitimidade das decisões administrativas ao introduzir um elemento dialógico nas decisões. In: *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra, 1995, p. 118.

participar é necessário ter informação. A participação também tem sido normalmente referida como meio de se atingir a função legitimadora ao se considerar que ela facilita a aceitação das decisões tomadas em um ambiente concertado.

Para David Duarte as injunções permanentes de explicação do desenvolvimento procedimental, a transparência do processo e o tratamento comum dos dados levam a um crescimento da capacidade de aceitação dos efeitos do ato conclusivo, com aumento da aceitabilidade da decisão por via da comparticipação e da potencialidade de exercício legítimo de influência.²⁴

Por fim, fala-se em *função solução de conflitos* cuja existência tem bom lugar em uma sociedade complexa e pluralista, permeada por relações sociais múltiplas, nas quais a conflituosidade quando instaurada tem sobrecarregado o Poder Judiciário.

À medida que os demandantes vêem suas expectativas frustradas ante, por exemplo, a morosidade nos provimentos jurisdicionais, com o denominado *deficit* de jurisdição,²⁵ ganham força as formas pré-contenciosas de soluções de conflitos, entre elas, a procedimentalização.

Com a procedimentalização desloca-se a solução do conflito para o momento em que eles precisamente se manifestam, isto é, no decurso procedimental.²⁶ A intervenção dos particulares pela via do contraditório é ponto nuclear da antecipação do conflito que o procedimento hoje incorpora ao trazer a conflituosidade do momento “decisão/reação” para o momento anterior onde há, pelo menos, a hipótese de se dissolverem parte dos interesses que tradicionalmente se colocariam frente a frente no campo dos tribunais.²⁷

24 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentalização*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 97.

25 Segundo David Duarte, a procedimentalização da solução de conflito é ponto de partida da visão do procedimento como um meio compensatório. A partir de três fatores qualificáveis como exteriores: a) decréscimo da precisão técnica dos comandos legais; b) crescimento da administração na configuração da vida social; c) imperfeição do controle judicial; torna-se perceptível como o procedimento se apresenta como um meio de compensação num contexto deficitário. (idem, p. 95).

26 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 191.

27 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentalização*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 41.

O procedimento extrajudicial vem a lume como uma das formas de solucionar a crise por que passa o Poder Judiciário, como importante instrumento de composição de interesses antagônicos que podem ser resolvidos na intimidade da Administração.

Além do plexo de funções mencionadas, que não são estanques, mas, ao revés, apresentam-se de forma interligada, pode-se destacar ainda algumas vantagens trazidas pelo procedimento para o sistema decisório da Administração Pública.

As vantagens são igualmente relacionadas às funções retrocitadas. Sem a pretensão de exauri-las, destacam-se as seguintes:

- a) alargamento da capacidade de decisão;
- b) decisões mais justas e conformes os parâmetros jurídicos globalmente aceitáveis;²⁸
- c) maior racionalidade das decisões e maior eficiência administrativa, haja vista a elaboração de rotinas que facilitam o bom e regular funcionamento da Administração;
- d) mapeamento das necessidades, problemas e visualização de alternativas para soluções futuras;
- e) melhor tratamento das informações e da qualidade das decisões;
- f) uniformização jurídica das soluções administrativas;
- g) percepção ponderada do universo variado dos interesses públicos, bem como a garantia do direito dos administrados,²⁹ além de, na maioria dos casos, ocorrer a interveniência e compatibilização de interesses públicos e privados;
- h) facilitação do controle da Administração por parte dos órgãos de controle internos e externos e da sociedade.

28 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentalização*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 95.

29 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 193.

Delineadas as funções e as vantagens da procedimentalização, passa-se ao exame de alguns exemplos colhidos da prática administrativa de entes federados brasileiros que adotaram a procedimentalização da autotutela administrativa por meio de órgãos colegiados e de ações concertadas, como forma de solucionar conflitos na intimidade da Administração.

3 A ATUAÇÃO DE ÓRGÃOS COLEGIADOS DE PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EM ENTES FEDERADOS

A seguir serão indicadas algumas práticas desenvolvidas por entes federados brasileiros que adotaram a procedimentalização da autotutela. Destacam-se, entre outros, a Junta Administrativa de Indenizações de Porto Alegre, o Conselho de Administração de Pessoal de Minas Gerais e a sistemática desenvolvida por órgãos da estrutura organizacional paulista para o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.³⁰

3.1 A JUNTA ADMINISTRATIVA DE INDENIZAÇÕES DE PORTO ALEGRE

A Junta Administrativa de Indenizações de Porto Alegre – JAI foi criada pelo Decreto Municipal n. 12.619/1999³¹⁻³² com o objetivo de estabelecer procedimentos uniformes e ágeis no exame de pedidos administrativos de indenização³³ por danos causados pelo Município a terceiros com base no art. 37, § 6º, da CF.

30 Esses exemplos foram mencionados por Raquel Mello Urbano de Carvalho em palestra proferida na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios na data de 26 de julho de 2012, sob o tema das Novas Perspectivas para o Controle da Administração Pública.

31 Não se discutirá neste artigo a inconstitucionalidade/ilegalidade de se estabelecer uma Junta com as atribuições da JAI mediante decreto, e não por lei, principalmente ao se considerar que o Decreto Municipal n. 12.619/1999 é anterior à Emenda Constitucional n. 32/2011, que permitiu ao chefe do Poder Executivo federal dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, nos termos do art. 84, inc. VI, alínea a, da CF, de aplicação, por simetria, aos demais chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais, conforme já assentou o STF (ADI 102/RO, ADI 2.857/ES). Entretanto, pode-se cogitar – sem maiores reflexões para não fugir ao escopo deste trabalho – que a JAI teria sido recepcionada pela CF com a redação dada pela EC n. 32/2001.

32 Há também um Regimento Interno editado pelo Procurador-Geral do município que regula as competências e procedimento da JAI.

33 Não se diga que a indenização paga pela JAI estaria em desacordo com o regime de precatórios, pois o art. 100 da CF é claro ao se referir a pagamentos decorrentes de sentença judicial, estes sim obedientes ao sistema de precatório. Essa previsão constitucional nada obsta que a Administração possa reconhecer o ilícito por ela praticado e restaurar a legalidade mediante o exercício da autotutela.

Os “considerandos” do decreto registram que o exame dos pedidos por um órgão colegiado proporcionará maior transparência e segurança jurídica nas decisões administrativas.

A Junta está instalada na Procuradoria-Geral do Município e é constituída por seis membros, sendo três titulares e três suplentes, devendo dois terços serem procuradores municipais, designados por portaria do Procurador-Geral do Município (art. 2º do Dec. n. 12.619/1999).

Poderá a JAI expedir diligências aos demais órgãos municipais, requisitar a oitiva e auxílio técnico de servidores municipais, tudo com objetivo de instruir o procedimento administrativo de indenização. Deverá, ainda, encaminhar as providências para apurar eventual falta funcional dos servidores envolvidos nos fatos, objeto de pedido indenizatório (§§ 1º e 2º do art. 2º do Dec. n. 12.619/1999).

A similitude do que ocorre com os tribunais judiciais, o procedimento administrativo terá início com o pedido de indenização, apresentado perante o Protocolo Central da Prefeitura pelo interessado ou procurador legalmente constituído, o qual será encaminhado diretamente à Procuradoria-Geral do Município, para distribuição à Junta (art. 7º Regimento Interno – RI/JAI).

O “processo”³⁴ será distribuído a um relator que, no prazo máximo de trinta dias, procederá a um exame preliminar do feito, determinando as providências que entender necessárias para instrução, inclusive a oitiva de servidores municipais, se for o caso (art. 8º RI/JAI). As decisões serão tomadas pelo voto da maioria dos membros da Junta, em forma de parecer a ser lavrado pelo relator (art. 10 RI/JAI).

O parecer da Junta será submetido ao Procurador-Geral do Município que poderá acolher, deferindo ou não o pedido de indenização administrativa, conforme o § 3º do art. 2º do Decreto n. 12.619/1999. No caso de deferimento do pedido de indenização no valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a decisão do Procurador-Geral será objeto de reexame necessário ao Prefeito Municipal.

Da decisão proferida pelo Procurador-Geral não caberá recurso, mas somente pedido de reconsideração quando o requerente demonstrar

34 A norma fala em processo.

sua manifesta ilegalidade ou comprovar a ocorrência de prova ou fato novo (art. 18 RI/JAI). O pedido de reconsideração será interposto na Secretaria da Junta, no prazo de dez dias, contados do recebimento da notificação da JAI (art. 19 RI/JAI). O pedido de reconsideração será analisado e decidido pela Junta ou de ofício pelo Procurador-Geral, mantendo-se o relator original (art. 19 RI/JAI).

Segundo João batista Linck Figueira, a implantação da JAI trouxe as seguintes vantagens: a) diminuição de demandas judiciais contra o Poder Público municipal; b) desburocratização do acesso a uma indenização justa; c) reduzido tempo de atendimento aos pedidos levados à JAI; d) mapeamento de quais serviços necessitam de maior atenção por parte da administração municipal.³⁵

Acerca dessas benesses, destacam-se duas de grande relevância: uma relacionada à duração do procedimento da indenização na JAI e outra referente à melhoria nos serviços prestados pelo Poder Público local.

Sobre a duração do procedimento, há registros de que entre a protocolização do pedido de indenização e o pagamento há um interregno temporal médio de apenas 90 (noventa) dias,³⁶ o que revela uma recomposição célere dos danos sofridos pelos administrados se comparados aos litígios judiciais cujas soluções se arrastam por anos a fio.

A outra vantagem a ser ressaltada refere-se à melhoria nos serviços prestados pelo Poder Público local.

Como exemplo, a JAI mapeou a existência de diversos pedidos de indenização decorrente do arremesso, pela máquina de cortar grama, de fragmentos de pedras e demais objetos sólidos que estavam nos gramados podados. Detectada essa falha, adotou-se providência muito simples de utilizar rede de proteção junto à capina realizada para impedir que os objetos em contato com a máquina fossem lançados contra os veículos e os transeuntes que circulavam próximos ao local de corte. Assim, houve

35 FIGUEIRA, João batista Linck. *Junta Administrativa de Indenizações* – justiça célere no Município de Porto Alegre. Disponível em <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/junta-administrativa-de-indenizacoes-justica-celere-no-municipio-de-porto-alegre/print/>>. acesso em 27 set. 2012, p. 2.

36 FIGUEIRA, op. cit., p. 3.

diminuição de ocorrência de danos dessa natureza e acréscimo de maior segurança à população.³⁷

Essa breve descrição do funcionamento da JAI revela a aplicação prática das funções antes atribuídas à procedimentalização. Entre elas, sobressaem algumas: a) a função organizatória, porquanto há coordenação no procedimento e na atuação dos agentes e órgão envolvidos, ou seja, a JAI, o Procurador-Geral do Município e o Prefeito; b) função ordenadora, pois confere ordem à Administração local; c) função solução de conflitos, haja vista a diminuição de litigiosidade.

Maior destaque merece, no caso, a função informação, bem ilustrada no exemplo da máquina de cortar grama, uma vez que a prática examinada subsidiou a Administração na identificação de problemas e vulnerabilidades e, conseqüentemente, serviu para aprimorar a gestão local.

Como se vê, a JAI representa um órgão colegiado de procedimentalização da autotutela em que a própria Administração pode reconhecer a sua responsabilidade e indenizar³⁸ aqueles que sofrerem danos decorrentes da ação ou omissão do Estado, com fulcro na responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público prevista no art. 37, § 6º, da CF.

Tudo isso ocorre de forma gratuita, sem que o interessado precise constituir advogado ou deflagrar um processo junto ao Poder Judiciário que, como já mencionado alhures, não é o fim único e último de toda e qualquer pretensão, indenizatória ou não.

Nota-se que a prática desenvolvida pelo Município de Porto Alegre com a criação da JAI vai ao encontro da ideia de procedimentalização da autotutela administrativa, imersa em um poder-dever da Administração Pública de zelar pelos seus atos, condutas e atividades, evitando lesão a direitos de terceiros, no desígnio de atender o interesse público e de restaurar a legalidade, sem precisar da intervenção do Poder Judiciário.

37 FIGUEIRA, João batista Linck. *Junta Administrativa de Indenizações – justiça célere no Município de Porto Alegre*. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/junta-administrativa-de-indenizacoes-justica-celere-no-municipio-de-porto-alegre/print/>>, acesso: em 27 set. 2012. p. 3.

38 Essa indenização ocorrerá por conta do orçamento, dispensando a prática do precatório e do longo e prévio processo judicial que acarreta dispêndios com o pagamento de custas processuais, honorários advocatícios e de peritos, e juros incidentes sobre as indenizações a serem adimplidas em face da demora dos processos judiciais etc.

3.2 O CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DE MINAS GERAIS

Outro órgão colegiado de procedimentalização da autotutela administrativa é o Conselho de Administração de Pessoal – CAP.

O CAP foi criado pela Lei estadual n. 4.594/1967 e integra a estrutura da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. O Decreto n. 43.697/2003 dispõe sobre o Regimento Interno do Conselho.

De acordo com o referido decreto, o CAP é órgão coletivo de “jurisdição” administrativa³⁹ intermediária que tem a incumbência de acolher, analisar e decidir reclamações e pleitos dos servidores, na ativa e aposentados, das Secretarias de Estado, das autarquias e das fundações públicas, em relação a atos que afetem seus direitos funcionais (arts. 1º e 2º).

Não está incluída na competência do Conselho a apreciação de atos relativos ao regime disciplinar dos servidores estaduais, ressalvada a hipótese de alegação de nulidade do processo administrativo (parágrafo único do art. 2º). Também não é atribuição do CAP examinar reclamações de empregados das empresas públicas ou sociedades de economia mista daquele Estado.

Ressalta-se que o Conselho é denominado órgão coletivo intermediário porquanto “seria uma instância recursal existente entre a primeira reclamação feita pelo servidor junto ao seu órgão ou entidade de provimento e a reclamação em grau de recurso final a ser analisada em última instância pelo Governador do Estado.”⁴⁰

O CAP contempla a seguinte estrutura: a) Plenário; b) Presidência; c) Assessoria; d) Secretaria Executiva (art. 3º). É integrado por sete membros. O Advogado-Geral do Estado é o Presidente do Conselho. Os outros membros efetivos (há suplentes também) são designados por ato do

39 Apesar de a norma conceituar o CAP como órgão de “jurisdição administrativa”, entende-se que a melhor designação para o Conselho seria de órgão colegiado de procedimentalização de autotutela administrativa por melhor se amoldar ao fim a que se destina, nos termos do Decreto n. 43.697/2003, e por questões didáticos-metodológicas para evitar confusões com a solução de conflitos exercida pelo Judiciário por meio da jurisdição.

40 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. A experiência do Conselho de Administração de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 5, n. 1-2, p. 35-45, jan./dez. 2008.

Governador do Estado da seguinte forma: a) um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais; b) dois representantes da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, preferencialmente possuidores de título de Bacharel em Direito; c) um representante da Secretaria de Estado de Fazenda, preferencialmente possuidor de título de Bacharel em Direito; d) dois representantes dos servidores públicos, preferencialmente possuidores de título de Bacharel em Direito (art. 4º). O Secretário Executivo do CAP será designado pelo Presidente, dentre os servidores do órgão.

Observa-se que a composição do Conselho é paritária ao prever representantes da Administração e dos servidores públicos estaduais. Também nota-se a preocupação de contar com bacharéis em direito para evitar indesejáveis nulidades que poderiam, em tese, comprometer o objetivo do Conselho.

A reclamação proposta pelo servidor deverá ser formulada em três vias. A 1ª servirá para instauração do procedimento; a 2ª via será encaminhada à autoridade responsável para conhecer e prestar informações; a 3ª via, datada e rubricada, servirá de protocolo do reclamante; sendo admitido o litisconsórcio com até vinte servidores quando a reclamação derivar dos mesmos fundamentos de fato e de direito (art. 19).

O prazo para apresentação da reclamação pelo interessado ao Conselho é de cento e vinte dias contados do dia seguinte ao que ocorrer a publicação no Órgão Oficial dos Poderes do Estado, do ato impugnado, ou, quando não for o caso, de sua ciência por parte do servidor (art. 41).

Não haverá efeito suspensivo e o Conselho não conhecerá de reclamação contra a Administração quando a matéria já houver sido pacificada em parecer normativo do Advogado-Geral do Estado aprovado pelo Governador do Estado e publicado em Órgão Oficial (§§ 1º e 2º do art. 41).

Autuada a reclamação, ela será distribuída à Assessoria para requisição de documentos e execução de diligências necessárias à instrução do processo e à elaboração do relatório conclusivo (art. 19, inc. V).

A autoridade responsável pelo ato impugnado tem prazo de trinta dias úteis, improrrogáveis, contados do dia seguinte ao do recebimento

da 2ª via da reclamação, para apresentar as razões, de fato e de direito, de sua decisão. O processo será incluído em pauta dentro de até 30 trinta dias ininterruptos a contar de seu recebimento pelo Relator (art. 19, inc. VI).

O autor da reclamação deverá declarar, no ato da formulação da reclamação, que não postulou o mesmo direito em juízo, devendo informar ao CAP, a todo tempo, a existência da ação judicial de teor idêntico ao da reclamação na qual ele for autor, hipótese em que o processo administrativo será extinto (§§ 1º e 2º do art. 19).

A tese da extinção coaduna-se com o ordenamento jurídico e parece recobrir-se de lógica e acerto, pois, tendo o reclamante ingressado em juízo, não há porque manter, no âmbito administrativo, a discussão a respeito da matéria: a uma para evitar duplicidade de esforços desnecessários, com deseconomia administrativa e processual; a duas pelo fato de que a força da coisa julgada formal e material obsta o revolvimento, na esfera administrativa, do que fora decidido pelo Poder Judiciário.⁴¹

O Conselheiro-Relator fará a leitura de seu voto, sendo a decisão do CAP tomada pela maioria absoluta de seus membros (art. 31). As deliberações e os despachos administrativos do CAP serão publicados no órgão oficial dos Poderes do Estado.

No caso de decisão favorável ao reclamante, dentro de cinco dias, o Presidente do CAP encaminhará o processo à autoridade responsável do órgão ou entidade em que o interessado é lotado.

Da deliberação do Conselho caberá recurso, no prazo de trinta dias, ao Governador do Estado, tanto pelo reclamante, em hipótese de denegação do seu pedido, quanto pela autoridade ou de seu superior hierárquico, no âmbito da Administração direta e indireta, que tiver praticado o ato impugnado, quando provida a reclamação (art. 41).

Não havendo apresentação tempestiva do recurso, a decisão transitará em julgado na esfera administrativa (§ 2º do art. 42).

41 De ressaltar que não há obstáculo algum para que o interessado ingresse diretamente como seu pleito no Poder Judiciário, tampouco há exigência de esgotamento de vias administrativas, o que, em ambos os casos, não receberiam guarida do ordenamento jurídico.

O recurso será de ofício ao Governador quando o Presidente do Conselho de Administração de Pessoal (Advogado-Geral do Estado) votar a favor da Administração e for vencido na decisão (§ 5º do art. 42).

Como se vê, o CAP é um órgão colegiado de proceduralização da autotutela administrativa que julga, em grau de recurso, reclamações interpostas por servidores, ativos ou inativos, estaduais da Administração Direta mineira, autarquias e fundações públicas sobre atos que afetem seus direitos funcionais, exceto os atos referentes à regime disciplinar, ressalvada a hipótese de nulidade de processo administrativo.

Registre-se que o CAP em 2010, 2011 e 2012 (este último ano contabilizado até 17/09/2012) publicou, respectivamente, 1.153, 1.231 e 487 deliberações.⁴²

Além dessa atribuição, o CAP tem outra competência que consiste em propor ao Advogado-Geral do Estado a edição de enunciados de súmulas administrativas, que serão publicadas no órgão oficial do Estado (art. 6º, §§ 1º e 2º, do Decreto n. 43.697/2003).

Essa súmula não tem efeito vinculante sobre os órgãos da administração pública estadual direta, autarquias e fundações públicas, uma vez que inexistente no ordenamento jurídico estadual previsão expressa nesse sentido.⁴³

Mesmo sem efeito vinculante, a súmula administrativa serve para padronizar rotinas e procedimentos, racionalizar a atividade

42 Essas informações foram enviadas por meio do Ofício n. 403/2012-CAP/AGE, de 19 de setembro de 2012, subscrito pela Sra. Lucilene Custódia Siuves, Secretária do CAP, que atendeu a solicitação do autor no sentido de obter dados estatísticos acerca da atuação do CAP. Também consta do documento mencionado o seguinte: a) em 2010, foram protocolados no CAP 266 processos, em 2011, 196 processos, e em 2012 (até 17/09/12) 91 processos; b) em 2010, foram publicados 134 despachos do Governador, sendo que 116 mantiveram as deliberações do CAP, 17 reformaram as deliberações e 1 despacho considerou a ocorrência de transitado julgado; c) em 2011, publicou-se 21 despachos do Governador, 11 mantendo e 7 reformando as deliberações do CAP, 1 despacho considerou prejudicado o recurso, 1 despacho foi de retificação e 1 pedido de reconsideração de servidor foi indeferido; d) Em 2012, foram 26 despachos do Governador, os quais 13 acolheram as deliberações do CAP, 10 reformaram, e houve ainda 3 despachos de retificação.

43 Marcelo Barroso Lima Brito de Campos entende que as súmulas administrativas editadas pelo CAP têm caráter obrigatório (para administração direta, autarquias e fundações públicas) em razão do que dispõe o art. 7º, inc. VIII, do Decreto n. 43.697/2003, o qual determina que compete ao Presidente dar ciência das deliberações do CAP às autoridades que devem observá-las. In: A experiência do Conselho de Administração de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Direito Público: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte*, v. 5, n. 1-2, p. 35-45, jan./dez. 2008.

administrativa, além de proporcionar economia processual e fazer deferência ao princípio da segurança jurídica.

Verificam-se no CAP as funções procedimentais ordenadora, metódica, consenso, participação, solução de conflitos e informação.

Como se percebe, o CAP é mais um órgão de procedimentalização da autotutela que se insere na proposta de solução de conflitos internamente pela Administração, o que vem ao encontro do papel importante conferido ao procedimento como instrumento de composição de interesses antagônicos.

3.3 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO DE SÃO PAULO

É sabido e consabido que um dos maiores desafios enfrentado pela sociedade brasileira é a concretização do direito à saúde.

Como é cediço, a saúde é direito fundamental social garantido pelo art. 6º, *caput*, da Constituição Federal. A Lei Maior consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado, com acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196) e, ainda, com atendimento integral (art. 198, II).

Na prática, a concretização desse direito, mediante a formulação de políticas públicas adequadas para atender os comandos insculpidos pela Constituição Federal, não tem logrado o êxito esperado, razão pela qual, não raro, o Poder Judiciário é chamado a intervir para garantir esse direito.

Ocorre que, se por um lado o Poder Judiciário tem sido importante na efetivação do exercício do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm deixado os gestores e operadores de políticas públicas de saúde apreensivos, pois algumas delas são adotadas sem levar em consideração a noção global da política pública empreendida pelo ente federado, as contingências orçamentárias e, ainda, os demais direitos de responsabilidade desses entes, igualmente relevantes e de estatura constitucional, como educação, segurança, cultura etc.

O objetivo deste tópico não é enfrentar o tormentoso tema da judicialização de políticas públicas de saúde, mas sim de descrever as medidas adotadas pelo Estado de São Paulo para enfrentar esse fenômeno na busca de alternativas extrajudiciais e judiciais.

Esse exemplo de procedimentalização é mais complexo que os anteriormente gizados e retrata ações concertadas do Estado de São Paulo tanto pré-contenciosas como judiciais, dentro daquela noção já mencionada alhures de que a procedimentalização busca a solução de contendas na intimidade da Administração, mas, se essa hipótese não ocorrer, servirá para subsidiar de informações, provas e argumentos técnicos as demandas que aportarem no Poder Judiciário.

Passando ao exame da prática em si, estudos levados a cabo pela Procuradoria do Estado de São Paulo mapearam elevado aumento do número de ações judiciais, no período de 2001 a 2008, que objetivavam a obtenção de fármacos, tratamentos e insumos medicamentosos, classificadas como ações de medicamentos. Essas ações que em 2001 representavam 17% das ações ajuizadas contra o Estado de São Paulo passaram ao patamar de 85% em 2007.⁴⁴

Esse incremento desencadeou uma ação concertada da Procuradoria com o objetivo de acompanhar mais detidamente as ações de medicamentos e da Secretaria Estadual de Saúde que criou uma equipe interdisciplinar para gerenciar o problema, a Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde – CODES.⁴⁵

Organizou-se um sistema informatizado para controle de ações na Secretaria Estadual de Saúde, o Sistema de Controle Jurídico – SCJ, com a formação de um banco de dados que contempla: nome do paciente, nome do médico prescriptor, unidade de saúde de atendimento, tipo de medicamento, material ou tratamento requerido, tipo de enfermidade, dados do processo judicial etc.⁴⁶

A implantação do *software* SCJ conduziu à constatação de que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo era quem mais ajuizava ação de medicamentos e de que muitas dessas ações envolviam produtos já disponibilizados pelo SUS.

44 As informações constantes das medidas adotadas pelo Estado de São Paulo foram colhidas de artigo subscrito pela Procuradora daquele Estado YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Belo Horizonte: *RBDP*, ano 8, n. 30, p. 97-116, jul./set. 2010.

45 YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Belo Horizonte: *RBDP*, ano 8, n. 30, p. 103, jul./set. 2010.

46 YOSHINAGA, op. cit., p. 104, jul./set. 2010.

Diante desse contexto, a partir de 2008, passou-se a realizar uma triagem por técnicos e farmacêuticos da Secretaria de Estado de Saúde com adoção do seguinte procedimento: a) material disponível pelo SUS – indicava-se ao cidadão o local de sua dispensação; b) medicamento não constante da lista do SUS, mas com terapia alternativa disponível na rede pública – era ofertado ao paciente;⁴⁷ c) medicamento não padronizado pelo SUS, mas que, todavia, era a única alternativa do paciente – o fornecimento ocorria via procedimento administrativo pela Secretaria de Saúde, após avaliação de médico pertencente àquele órgão.⁴⁸

O resultado dessa prática foi a redução de cerca de 90% de litigiosidade, haja vista que fez decair a média de 150 a 180 ações mensais de medicamentos ajuizadas pela Defensoria no Município de São Paulo para um média de 15 a 18 ações por mês em 2009.⁴⁹

Além disso, o mapeamento das ações de medicamentos proporcionado pelo *software* SCJ levou à descoberta de ações judiciais forjadas, o que desencadeou a operação policial “Garra Rufa” responsável por identificar três organizações criminosas integradas por médicos, advogados, ONGs e representantes de laboratórios que atuavam no Município de Marília. Em regra, a prática delituosa consistia no ajuizamento de ações contra o Poder Público requerendo fármacos que não constavam do SUS, mas que eram fabricados por três laboratórios farmacêuticos envolvidos.⁵⁰

O SCJ também proporcionou a disponibilização de relatórios técnicos elaborados pelo CODES os quais contemplavam a análise individual de cada demanda, o que trouxe a vantagem de subsidiar as defesas do Estado de São Paulo conduzidas pelos Procuradores que passaram a contar com informações e argumentos de ordem médica necessários para fundamentar bem a defesa do Estado, e não somente

47 No caso de alternativa terapêutica, o paciente é orientado a consultar seu médico sobre a possibilidade de modificar a prescrição.

48 YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Belo Horizonte: *RBDP*, ano 8, n. 30, p. 105, jul./set. 2010.

49 YOSHINAGA, op. cit., p. 105.

50 Estima-se, apenas em 2008, um prejuízo de R\$ 63.000.000,00 (sessenta e três milhões de reais) decorrente de 2.500 ações fraudulentas. YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 109, jul/set 2010.

com teses genéricas (ilegitimidade da parte, responsabilidade de outro ente federado etc) utilizadas antes da implantação do SCJ.⁵¹

Por fim, foi criada uma instância administrativa⁵² para fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS e para quando não houvesse alternativa terapêutica fornecida pelo SUS.

Nesse caso, o paciente é orientado a entregar ao seu médico prescritor um requerimento administrativo para que descreva o quadro clínico e o diagnóstico encontrado e, ainda, as justificativas técnicas do tratamento. Esse pedido é examinado por uma equipe técnica multidisciplinar de médicos e farmacêuticos da Secretaria Estadual de Saúde que, se considerar que o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz, atenderá o pleito requerido. Negado o pedido, a instância administrativa funcionará como condição de procedibilidade das ações por medicamentos a embasar com argumentos técnicos as ações que ingressarem no Poder Judiciário.

Percebe-se que essa ação concertada decorrente da parceria de órgãos do Estado de São Paulo gerou benefícios relevantes como: a criação do *software* SCJ, a identificação de demandas fraudulentas, fornecimento de terapias e fármacos por via administrativa, relatório técnico para subsidiar as ações judiciais, redução de 90% de litigiosidade em relação às ações de medicamentos.

Verifica-se que além das funções procedimentais ordenadora, metódica, consenso, participação, solução de conflitos, destaca-se, em especial, a função informação.

A função informação foi prestigiada com a criação do SCJ que formou um banco de dados capaz de suprir a Administração de insumos para mapear as lides envolvendo medicamentos e tratamentos demandados em juízo, com importante orientação acerca da tomada de decisão na distribuição de fármacos, mediante decisão administrativa,

51 YOSHINAGA, op. cit., p. 113.

52 A implementação dessa instância administrativa mostrou um redução nas ações ajuizadas na Capital do Estado. Em 2006, foram propostas 4.132 ações e 451 pedidos administrativos. Em 2007, 3.996 ações judiciais e 646 pedidos administrativos e, em 2008, 3.098 ações e 1.945 pedidos administrativos. OLIVEIRA, Luiz Duarte. A judicialização da saúde pública e a experiência paulista. São Paulo, 2009. p. 14, apud YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 114-115, jul./set. 2010.

ou, caso não fosse possível, na hipótese de inevitável conflito, dotou o Estado de São Paulo de informações e argumentos técnicos (nas ciências médicas) para subsidiar as defesas em juízo.

Diante das benesses trazidas pela prática ora analisada, observa-se que essas alternativas procedimentais, em tema de políticas públicas de saúde, contribuem para minorar os desafios enfrentados pela sociedade brasileira acerca da concretização do direito à saúde.

4 CONCLUSÕES

Ante a complexidade das relações sociais e o crescente volume de demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, sem que haja correspondente e necessária contrapartida de resolução tempestiva dessas lides, surge uma tendência natural de consentir e incentivar a adoção de meios de solução de conflitos extrajudiciais, entre os quais se destaca a procedimentalização da autotutela administrativa.

A autotutela é um poder-dever de a Administração Pública zelar e controlar seus atos, condutas e atividades, com vistas a evitar lesão a direitos de terceiros, no desígnio de restaurar a legalidade e de atender o interesse público.

Esse poder-dever exercido sob a égide do procedimento – categoria jurídica própria em que uma série de atividades e atos são realizados em progressão obrigatória para atingir fins – revela-se como meio capaz de ordenar o mecanismo decisório administrativo, que assegure a participação do administrado, agentes públicos e órgãos técnicos, com vistas a subsidiar as escolhas e a tomada de decisões na intimidade da Administração, de forma a estabelecer instâncias parajudiciais capazes de recepcionar e resolver conflitos internamente; e, principalmente, de desfazer a ideia de que a via judicial é o fim único e último de toda pretensão resistida ou insatisfeita.

Caso a procedimentalização não logre êxito em dirimir o conflito, ao menos embasa com informações, provas e argumentos técnicos as demandas que ingressam no Poder Judiciário.

As funções que podem ser atribuídas ao procedimento são as seguintes: organizatória, ordenadora, metódica, consenso, legitimadora, informação, participação e solução de conflitos; além de vantagens relacionadas a essas funções, como: alargamento da capacidade de

decisão, maior racionalidade das decisões, mapeamento das necessidades e problemas, uniformização jurídica das soluções administrativas, entre outras.

Da análise de algumas práticas levadas a cabo por entes federados brasileiros que adotaram a procedimentalização da autotutela por meio de órgãos colegiados e por intermédio de parcerias em ações concertadas, sobressai que essas medidas têm gerado bons resultados seja na diminuição da litigiosidade no âmbito do Poder Judiciário seja no tratamento de informações e mapeamento de necessidades e falhas da Administração.

REFÊRENCIAS

ASSIS, Araken. O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário. *Revista do Advogado*, n. 43, jun. 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. A experiência do Conselho de Administração de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 5, n. 1/2, jan./dez. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

FIGUEIRA, João batista Linck. *Junta Administrativa de Indenizações – justiça célere no Município de Porto Alegre*. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/junta-administrativa-de-indenizacoes-justica-celere-no-municipio-de-porto-alegre/print/>>.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LANDI, Guido; POTENZA, Guisepe. *Manuale di diritto amministrativo*. Milão: Guiffrè.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. *RBDP*, n. 60, mar./abr. 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010,

PÉREZ, Jesús González. *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Belo Horizonte: *RBDP*, ano 8, n. 30, jul./set. 2010.