

## SINDICABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO: A RELEITURA PROMOVIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ACO 3.451/DF

SYNDICABILITY OF THE ADMINISTRATIVE ACT: THE READING PROMOTED BY  
SUPREME FEDERAL COURT IN THE JUDGMENT OF ACO 3.451/DF

Edgar Meira Pires de Azevedo<sup>1</sup>  
Ricardo Tinoco de Góes<sup>2</sup>

**RESUMO:** Tendo em vista que a pandemia de Covid-19, além da grave emergência de saúde causada, também gerou crises profundas nos campos econômicos, político-ideológico e de governabilidade; destinando ao Judiciário a solução de diversas questões que em situação de normalidade não seriam de sua alçada, pesquisa-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ACO 3451/DF, na qual a Corte possibilitou a autorização automática para que o Estado do Maranhão importasse e distribuisse a vacina Sputnik V para a sua população, a fim de analisar se referida postura adotada, além de promover a releitura da sindicabilidade do ato administrativo está de acordo com os dispositivos constitucionais. Realiza-se então uma pesquisa de finalidade básica estratégica, objetivo descritivo e exploratório, sob o método dedutivo, com abordagem qualitativa e realizada pelos procedimentos bibliográficos e documentais. Diante disso, verifica-se que a decisão tomada pelo STF no julgamento da ACO 3451/DF afronta cabalmente o princípio da divisão funcional do poder, expresso no art. 2º da Constituição Federal, bem como culmina por violar o próprio direito à saúde, disposto no art. 196 da Carta Maior.

1528

**Palavras-chave:** Ato administrativo. Sindicabilidade. Constitucionalidade.

**ABSTRACT:** Considering that the Covid-19 pandemic, in addition to the serious health emergency has caused, it has also generated deep crises in the economic, political-ideological and governance fields. Furthermore, it has been destining to the Judiciary the solution of several questions that in a normal situation would not be within its jurisdiction. Thus a research is carried out on the decision rendered by the Federal Supreme Court in the judgment of ACO 3451/DF, in which the Court has made possible the automatic authorization for the State from Maranhão to import and distribute the Sputnik V vaccine to its population, in order to analyze whether this adopted stance, in addition to promoting a reinterpretation of the syndicability of the administrative act is in according to the constitutional provisions. A descriptive and exploratory research with a basic strategic purpose has been carried out, under the deductive method, with a qualitative approach and carried out by bibliographic and documentary procedures. In this view, it has appeared that the decision taken by Superior Court in the judgment by ACO 3451/DF completely has affronted the principle of functional division of power, expressed in art. 2 by the Federal Constitution, as well as culminating in violating the very right to health, provided for in art. 196 by the Federal Constitution.

**Keywords:** Administrative Act. Syndicability. Constitutionality.

<sup>1</sup>Bacharel em direito pela Universidade Potiguar (UNP); Especialista em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Potiguar (UNP); Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Servidor Público Estadual - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN); ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6131-1687>.

<sup>2</sup>Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5192-7250>.

## I INTRODUÇÃO

No fim de 2019 o mundo conheceu um novo e cruel inimigo, o vírus Sars-CoV-2, causador da covid-19. Com uma taxa de letalidade significativa e uma alta capacidade de disseminação, o Sars-CoV-2 rapidamente atingiu todos os continentes e regiões do planeta, de modo que em 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) reconheceu situação de pandemia em razão do patógeno.

Referida situação ocasionou severa emergência sanitária na maior parte das nações do mundo, inclusive no Brasil. Contudo, com o avanço da pandemia não foram apenas as questões de saúde que afetaram a sociedade, surgindo então emergências de ordem econômica, política e ideológica movidas por aqueles que viram na pandemia uma forma de criar campo para obtenção de desideratos espúrios.

Nesse contexto, o Judiciário ganhou relevo, uma vez que diversas questões que em situação de normalidade sequer seriam judicializadas foram postas ao crivo da jurisdição na busca de uma solução; o que, em boa parte das vezes, ocorreu de forma surpreendente, inclusive com a releitura de institutos jurídicos clássicos, provocando perplexidade aos operadores do direito em geral.

E foi justamente o que ocorreu no julgamento da medicação cautelar requerida pelo Estado do Maranhão no âmbito da Ação Cível Originária (ACO) 3.451/DF, na qual o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, deferiu liminar favorável a esse Estado, possibilitando autorização automática da vacina Sputnik V caso a ANVISA não procedesse a análise do requerimento formulado para importação e distribuição no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Portanto, indaga-se: A releitura promovida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da sindicabilidade do ato administrativo no julgamento da ACO 3.451/DF é consentânea com os princípios constitucionais?

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar se a posição adotada pelo STF é capaz de afrontar o a divisão funcional do poder disposta no artigo 2º da Constituição Federal e o direito à saúde previsto no artigo 196 da Carta Maior.

Para isso, foram elencados os seguintes objetivos específicos: Examinar algumas notas fundamentais sobre a discricionariedade administrativa; verificar os pressupostos do controle jurisdicional do ato administrativo; analisar a releitura da sindicabilidade do ato administrativo promovida pelo STF no julgamento da ACO 3451/DF; cotejar a posição

adotada pelo STF no julgado com o princípio constitucional da divisão funcional do poder e com o direito à saúde.

Parte-se da hipótese de que, embora a medida tomada pelo Supremo Tribunal Federal tenha partido da premissa de atender com maior rapidez a solicitação de Estado para aquisição de imunizante capaz de combater o vírus Sars-CoV-2, a mesma não encontra amparo no texto constitucional por subtrair qualquer atuação do Executivo no processo de importação da vacina, substituindo a discricionariedade técnica da Agência Reguladora responsável pela discricionariedade jurídica do STF.

Logo, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa de finalidade básica estratégica, objetivo descritivo e exploratório, sob o método dedutivo, com abordagem qualitativa e realizada pelos procedimentos bibliográficos e documentais.

Na primeira seção são analisadas algumas questões centrais acerca da discricionariedade administrativa, fixando-se as premissas teóricas sobre o instituto, as quais servirão de eixo norteador para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Já na segunda seção são examinados os fundamentos do controle jurisdicional do ato administrativo, incluindo seu aspecto discricionário, de modo a verificar se a postura adotado pelo STF no julgamento da ACO 3451/DF observou os ditames tradicionais sobre o tema.

1530

Na terceira seção, procede-se a análise da decisão cautelar proferida na ACO 3451/DF, na qual restou possibilitada a autorização automática da vacina Sputnik V para que o Estado do Maranhão a importasse e distribuísse para a sua população, caso não analisada pela ANVISA no período de 72 (setenta e duas) horas.

Por outro lado, na quarta seção, avalia-se se a posição adotada pela Suprema Corte brasileira está em consonância com os ditames constitucionais sobre a matéria.

Ao fim, conclui-se que os objetivos são atendidos e a pergunta central resta respondida com a confirmação da hipótese inicial, restando verificado que a decisão cautelar proferida no curso da ADO 3451/DF, que possibilitou autorização automática da vacina Sputnik V para que o Estado do Maranhão a importasse e distribuísse para a sua população, caso não analisada pela ANVISA no período de 72 (setenta e duas) horas, não é compatível com a Constituição da República, uma vez que eivada de inconstitucionalidade, notadamente por afrontar o artigos 2º e 196 da Carta Maior.

## 2 NOTAS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Antes de adentrar na análise da sindicabilidade do mérito administrativo, mister se faz tecer algumas considerações acerca dos pressupostos determinantes da própria discricionariedade administrativa, tendo em vista sua importância para o desempenho da função administrativa pelo Estado.

### 2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A apreensão do sentido e do alcance da discricionariedade passa pela fixação da noção de Estado de Direito (FRANÇA, 2000, p.17).

Com efeito, a concepção de Estado de Direito se lastreia no cânone da submissão de todos, inclusive do ente estatal, aos ditames da lei, de modo que a soberania popular, em última instância, seria a definidora de todos os direitos e deveres dos membros do corpo social.

Nessa esteira, com a ascensão da burguesia a partir das empreitadas das revoluções liberais do século XVIII, viu-se fundamental a divisão dos Poderes (*rectius*: funções) do Estado Moderno, como forma de abalizar a força do Estado soberano que passou a justificar sua legitimidade não em elementos cosmológicos, mas antes na ideia de soberania popular, como já ressaltado.

Nesse contexto que, historicamente, foi concebido o dogma da separação de poderes como limitador do poder estatal justificado a partir da ideia central do Estado Moderno, cuja titularidade desse poder adviria do povo. “Precisava-se sepultar nos espíritos a Idade Média, o corporativismo, a feudalidade e seus privilégios, o absolutismo do rei e sua contradição com a liberdade moderna” (BONAVIDES, 2013, p. 66).

A rigor, o dogma liberal da separação de poderes impõe a fragmentação do poder soberano, de sorte que este seja regrado e limitado a ponto de não se sobrepor de maneira indiscriminada aos seus próprios súditos.

Fundada na teoria clássica aristotélica, passando pela doutrina liberal de Locke, o cerne doutrinário do dogma da separação de poderes encontrou na doutrina de Montesquieu sua clássica formulação, que, em linhas gerais, subdividiu o poder estatal, outrora uno, em fragmentos de emanção com funções precípua distintas e complementares: Legislativa, Executiva e Judiciária.

Há de se destacar, ainda, que a concepção clássica da separação de poderes também se fundou na desconfiança que a então insurgente classe burguesa tinha em relação ao arbítrio estatal, notadamente aos juízes daquele período histórico.

Nesse sentido, segundo a concepção clássica da separação dos poderes, cumpriria ao Legislativo a edição das leis regentes do Estado, cujo cumprimento deveria ser fiscalizado pelo Judiciário através da jurisdição, cabendo ao Executivo observar os ditames estabelecidos, de modo a concretizar as regras fixadas pela lei.

E foi, justamente, nesse espaço de concretização dos preceitos legais, cuja observância, em princípio, seria a função basilar do Executivo, que surgiu a ideia de discricionariedade administrativa, a qual pode ser definida, simplesmente, como “o cumprimento do dever de alcançar a finalidade estatal” (MELLO, 2017, p. 15), diante das alternativas que o caso concreto desvela ao executor.

Sob essa ótica, muito embora coubesse à lei a definição da regra geral e abstrata a ser observada pelos cidadãos e pelo próprio Estado, em sua concretização poderiam surgir hiatos capazes de impossibilitar seu fiel e efetivo cumprimento. Logo, a partir do texto legal deveria o executor buscar soluções práticas viáveis no cumprimento de seu mister, sem, contudo, afastar-se do preceito legal, sob pena de incorrer em arbitrariedade (DI PIETRO, 2012, p. 62).

1532

Nesse ponto, vê-se, com hialina clareza, que a discricionariedade, em seu sentido clássico, embora se tratasse de espaço aberto ao alvedrio do ente estatal, não implicaria afastamento da lei, mas, antes, desta decorreria, sendo, portanto, o meio posto à disposição da Administração estatal como forma de possibilitar a essa o desempenho de sua finalidade precípua.

Logo, percebe-se que a discricionariedade administrativa, além de decorrer do dogma da separação de poderes serve, por outro lado, à sua própria afirmação enquanto elemento basilar do Estado de Direito.

No entanto, com a maximização das funções do Estado, bem como das próprias relações sociais, o que culminou no advento do Estado Social, tanto o dogma da separação dos poderes, e, por decorrência, a própria ideia de discricionariedade sofreram severa reformulação.

Ora, a separação funcional e estanque dos poderes passou a ser deveras ineficaz diante do incremento da máquina pública e da maximização de necessidades sociais que daí

advieram, de modo que se fez necessária não a separação, mas sim uma divisão funcional das funções do Estado (FRANÇA, 2000, p. 18), de modo a prestar efetividade aos preceitos constitucionais.

Desse modo, as funções Legislativa, Executiva e Judiciária, até então enclausuradas em atribuições típicas e rígidas, passaram a exercer, de forma secundária, mas não menos importante, finalidades que, precipuamente, cumpririam às outras esferas (FRANÇA, 2000 p. 18-19).

Por decorrência, a discricionariedade administrativa, outrora possibilitada apenas ao Executivo em seu mister de executor concreto dos preceitos legais, passou, também, a ser deferida às demais funções do Estado, no intuito de lhes prestar maior eficiência.

## 2.2 ESCOPOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O PODER DISCRICIONÁRIO

Como destacado na seção anterior, a discricionariedade, enquanto espaço de escolha outorgado pela lei para o exercício das funções estatais, “compreendendo a convivência entre o juízo de juridicidade e o juízo de oportunidade” (FRANÇA, 2007, p. 85), não é um poder exclusivo da função administrativa *strictu sensu*.

Em rigor, a discricionariedade deve ser tratada como poder inerente ao desempenho do mister estatal, de sorte que destinada a todos os escopos do Estado, quais sejam, suas funções legislativas, executiva e judicante.

No que atine ao Legislativo, a discricionariedade é adotada de forma ampla e abrangente, de modo que ao legislador é possibilitado um infindável leque de matérias a serem objeto de conformação legal.

Ora, se uma das premissas basilares do Estado Democrático de Direito é a submissão do ente soberano aos ditames legais que o próprio edita, seria deveras paradoxal aceitar a ideia de vinculatividade prévia do Legislativo a qualquer tema específico, não obstante se tratar de realidade incontroversa a “colonização” que ideais políticos promovem na escolha das matérias passíveis de legiferação.

Contudo, “o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, não está, em princípio, obrigado a agir” (SILVA, 2015, p. 169), em que pese ser cada vez mais comum a exigência de atuação do Legislativo diante de omissão legislativa, seja por meio do mandado de injunção, seja através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que,

entretanto, não afasta a possibilidade de atuação discricionária do legislador em relação aos temas e aos desideratos buscados com a edição das leis.

Portanto, avulta estreme de dúvidas o exercício do poder discricionário no desenvolvimento da função típica do Legislativo, sendo essa, inclusive, mais ampla e genérica que à das demais funções estatais.

Em relação ao Judiciário, certa celeuma existe em relação à possibilidade de atuação discricionária do órgão judicante, tendo em vista que, a rigor, sua vinculatividade seria absoluta.

Todavia, “essa vinculação não significa tornar o juiz um robô” (SILVA, 2015, p. 169), sobretudo quando a aplicação da norma legal no caso concreto pressupõe a atividade criativa do magistrado, no sentido de tornar efetivo o objetivo buscado pela norma jurídica.

Não fosse só isso, a própria lei pode abrir espaço para a atuação discricionária do juiz, mormente quando seu texto contém conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse ponto, em específico, mostra-se importante traçar a distinção existente entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista que não se confundem.

Como já ressaltado, a discricionariedade é o espaço de escolha posto ao desempenho do Estado no exercício de suas funções, de modo a concretizar os objetivos de cada uma delas por meio de um juízo de conveniência e oportunidade.

Por outro lado, os conceitos jurídicos indeterminados são expressões vagas criadas de forma proposital no desiderato de possibilitar ao aplicador do direito uma adequação às conjunturas sociais, econômicas, políticas e culturais, sem que; contudo, seja necessária a edição de nova lei específica para reger o contexto o qual se pretende regular.

“Em verdade, não é o conceito jurídico indeterminado ou fluido. O termo do texto normativo é que será mais ou menos fluido, dependendo da dificuldade de seu desvelamento pela via interpretativa” (FRANÇA, 2000, p. 107). Assim, “uma das características essenciais do conceito legal indeterminado está no fato de que ele não se refere a uma coisa certa, mas a uma significação” (DI PIETRO, 2012, p. 90).

Assim, cumpre ao aplicador do direito interpretar o termo indeterminado diante do caso concreto posto a sua apreciação, de modo que, nesses casos, em rigor, não se está a falar de atuação discricionária em relação às opções postas pela lei, mas sim de atividade interpretativa-aplicativa com esteio no caso concreto.



No entanto, mesmo diante de tal distinção, há de ser reconhecida à função judicante certa margem de discricionariedade, sobretudo quando o *non liquet* é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como diante de hipóteses como a jurisdição voluntária, na qual a atividade criativa do magistrado ganha contornos ainda mais destacados.

Porém, é no âmbito da função Executiva que o poder discricionário avulta com maior relevo.

De plano, convém destacar que “o Poder Executivo bifurca-se entre governo e administração pública” (FRANÇA, 2000, p. 34), sendo o primeiro o conjunto de órgãos e agentes públicos que atuam sob o mister de definir as políticas públicas a serem desempenhadas pelo Estado. Por sua vez, a administração pública, em apertada síntese, deve ser entendida “como o conjunto de órgãos e agentes públicos que desempenham a função administrativa” (FRANÇA, 2000, p. 35), ou seja, que concretizam os ditames legais e as definições do governo, na busca do desempenho das funções do Estado, sendo esta a que importa para os fins pretendidos pela presente pesquisa.

Relativamente às demais funções estatais acima tratadas, o exercício do poder discricionário pelo Executivo é menos amplo que o do Legislativo e, noutro bordo, mas abrangente que a do Judiciário.

É inerente ao próprio desempenho da função administrativa que o agente estatal goze de margem de escolha dentro das possibilidades que a lei lhe confere, de modo que possa atuar segundo juízos de conveniência e oportunidade, de sorte a prestar, ou ao menos buscar, o exercício eficiente de seu mister.

Logo, em que pese abalizada doutrina defender que “direito subjetivo e poder discricionário são conceitos antitéticos” (QUEIRÓ, 1946, p. 42), é irrefutável que na sociedade pós-moderna atual, “marcada pelo impacto da globalização não só no campo econômico, mas também na política, tecnologia e cultura dos povos” (GIDDENS, 2003, p. 21), o poder discricionário se mostre fundamental para que o ente estatal promova seu mister precípuo de promoção do bem estar social. Todavia, exatamente por sua importância, a discricionariedade não pode se converter, jamais, em arbitrariedade, sob pena de macular o próprio fundamento que busca promover. Assim, o poder discricionário deve ser realizado com parcimônia, condicionado por limites que, se ultrapassados, devem ser examinados e controlados pelo Judiciário.



### **2.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA**

Um distinção já tradicional na doutrina administrativista brasileira clássica, mas que merece relevo para os fins da presente pesquisa diz respeito à distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica.

Tal distinção foi inicialmente idealizada pelo austríaco Bernatzik, sendo posteriormente desenvolvida por administrativistas italianos de peso, como Renato Alessi e Massimo Giannini (DI PIETRO, 2012, p. 107-108).

A discricionariedade administrativa traduz a ideia clássica e usual de discricionariedade, ou seja, aquela que comporta em seu âmbito um juízo de conveniência e oportunidade deferido ao administrador, pela lei, para o exercício de sua atuação.

Por outro lado, a discricionariedade técnica se funda na ideia de que algumas decisões do administrador demandam um conhecimento experto, complexo e que não se baseiam, exclusivamente, em juízos de conveniência e oportunidade; mas antes só são alcançáveis por intermédio de conhecimento científico especializado (DI PIETRO, 2012, p. 107).

Segundo Renato Alessi, a discricionariedade técnica só poderá ser considerada realmente poder discricionário ou verdadeira discricionariedade quando houver vinculação entre os conceitos técnicos utilizados e os critérios administrativos, de modo a possibilitar à Administração a realização de um juízo valorativo, como, por exemplo, “no caso em que um órgão técnico se manifesta nos sentido de que um prédio ameaça cair; à Administração cabe resolver se essa ameaça representa ou não perigo ao interesse público” (DI PIETRO, 2012, p. 107).

Em não havendo tal vinculação, a discricionariedade técnica, não obstante a terminologia empregada, não poderá ser considerada verdadeira discricionariedade.

### **3 A RELEITURA DA SINDICABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PROMOVIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ACO 3451/DF**

A emergência sanitária gerada pelo novo Coronavírus (Sars-CoV-2) ganhou contornos ainda mais alarmantes quando a Organização Mundial de Saúde (OMS) decretou, em 11 de março de 2020, situação de pandemia relativa à Covid-19, doença causada por tal patógeno, diante de registros de casos dessa doença em todos os continentes e regiões do planeta.

No Brasil, como em outras partes do mundo, a grave situação sanitária decorrente da pandemia de covid-19 foi acompanhada de uma severa crise econômica, política e de governabilidade, que culminou na judicialização massificada de questões que, em momentos de normalidade, não necessitariam da intervenção do Judiciário para sua solução.

Some-se a isso o fato que, no decorrer do ano de 2021, diversas vacinas com distintas promessas de efetividade contra o vírus surgiram, o que provocou ainda mais celeumas quanto a forma e os critérios de vacinação que viriam a ser implementados no país.

Foi nesse contexto que no mês de fevereiro de 2021, o Estado do Maranhão propôs Ação Cível Originária, que foi tombada sob o nº 3.451/DF, na qual buscou: (i) a declaração de possibilidade do Estado do Maranhão para deflagrar plano próprio de imunização no âmbito de seu território, inclusive com a possibilidade de compra de vacinas; (ii) que fosse comandado à União a concessão de auxílio financeiro ao Estado do Maranhão para aquisição das vacinas necessárias a imunizar sua população, ou, alternativamente, que fosse permitida a compensação das despesas com a implementação de sua política regional de imunização com as dívidas do Estado com a União, fossem dívidas diretas ou garantidas pela União e (iii) que fosse determinado à União que se abstinhasse de praticar qualquer ato no sentido de restringir a adoção, pelo Estado do Maranhão, das providências necessárias para garantir a imunização da sua população.

1537

Em sede cautelar, o relator do caso, Ministro Ricardo Lewandowski, limitou-se ao exame do pedido relativo à possibilidade do Estado do Maranhão elaborar plano de imunização próprio, inclusive comprando vacinas.

Em 24 de fevereiro de 2021, em decisão monocrática, o relator decidiu pela possibilidade do Estado do Maranhão realizar plano de imunização próprio, incluindo a compra de vacinas, quando diante (i) de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 pela União, ou quando este não possibilitasse cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, hipóteses em que poderia o Estado prestar à sua população as vacinas que adquirisse, desde que previamente aprovadas pela ANVISA, ou, (ii) na falta desta aprovação por essa agência governamental, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, o Estado do Maranhão poderia, do mesmo modo, importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países.

Em 13 de abril de 2021 a mencionada decisão foi referendada pelo Plenário, de modo que restou consolidado na Corte o entendimento pela possibilidade de importação e comercialização de vacinas sem a respectiva chancela pelo órgão nacional regulador.

Alguns pontos do julgado merecem destaque, mormente por representarem uma reviravolta, no posicionamento da Suprema Corte em relação à sindicabilidade do ato administrativo.

Em seu voto, o Ministro relator invocou diversos documentos internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil seria signatário, bem como artigo 196 da Constituição Federal, para enaltecer que em se tratando de questões relacionadas ao direito à saúde, todos os entes da Federação seriam responsáveis pela sua promoção, uma vez que não existiria “qualquer dúvida de que o direito social à saúde coloca-se acima da autoridade de governantes episódicos, pois configura, como visto, um dever acometido ao Estado” (BRASIL, 2021, p. 3).

Um outro argumento central no voto do Ministro relator disse respeito ao Federalismo praticado no Brasil, que, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski seria um federalismo cooperativo, o qual “exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes” (BRASIL, 2021, p. 4), de modo a promover a melhor política de imunização para toda a comunidade.

Contudo, o argumento central do voto do Ministro relator foi a aplicação integral do artigo 3º, VIII, “a”, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, com alteração promovida pela Lei 14.006/2020.

O *caput* do mencionado artigo 3º da Lei 13.979/2020 dispõem que para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, algumas medidas, destacando o inciso VIII do referido dispositivo a possibilidade de autorização excepcional e temporária para importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos e insumos da área da saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: 1. *Food and Drug Administration (FDA)*; 2. *European Medicines Agency*

(EMA); 3. *Pharmaceuticals and Medical Devices Agency* (PMDA); e 4. *National Medical Products Administration* (NMPA).

Por sua vez, o artigo 3º, § 7º-A, da Lei 13.979/2020 estabelece que a autorização excepcional e temporária deverá ser concedida pela Anvisa em até 72 (setenta e duas) horas após a submissão do pedido à Agência, dispensada a autorização de qualquer outro órgão da administração pública direta ou indireta para os produtos que especifica, sendo concedida automaticamente caso esgotado o prazo sem manifestação. Destaque-se que tal dispositivo foi reincluído na lei após a “derrubada” do veto presidencial pelo Congresso Nacional, o que evidencia o clima de beligerância que existia entre os Poderes à época e motivou toda a celeuma no julgamento da ACO 3.451/DF.

Urge ainda destacar que o Estado do Maranhão, em pedido incidental posterior ao deferimento da medida cautelar acima tratada, buscou afastar o requerimento da ANVISA acerca da apresentação de relatório técnico de avaliação emitido ou publicado pela autoridade sanitária responsável pela aprovação do registro da vacina Sputnik V ou, ainda, de quaisquer outras informações quanto aos aspectos técnicos de qualidade, segurança e eficácia da vacina, ou, ainda, dados referentes ao uso dessa vacina por outros países.

Em nova decisão monocrática, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski deferiu o pleito do Estado do Maranhão, concedendo prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados do dia 29/03/2021, para que a ANVISA decidisse sobre a importação excepcional e temporária da vacina Sputnik V pelo Estado do Maranhão, findo o qual o referido ente estatal estaria automaticamente autorizado a adquirir e a disponibilizar o imunizante para a sua população.

Nesse segundo momento, os dois argumentos centrais do voto do relator foram a situação crítica vivida no país em meados de 2021, com o aumento maciço de mortes e internações decorrentes da covid-19, além do artigo 16, § 4º, da Lei 14.124/2021, editada posteriormente à decisão cautelar proferida inicialmente no caso. Tal dispositivo faz alusão expressa ao prazo de 30 (trinta) dias conferido à ANVISA para que a mesma decida sobre o pedido de importação de vacinas, quando não houver relatório técnico de avaliação de uma autoridade sanitária internacional instruindo o referido pedido. Todavia, o dispositivo em questão em momento algum menciona a aprovação tácita de qualquer medicamento ou material, de modo que a determinação contida no julgado se trata de inovação jurisprudencial da Corte (*prospective overruling*).

Destaque-se que, mais uma vez, e não obstante o voto divergente do Ministro Nunes Marques, a decisão do relator foi referendada pelo Plenário.

Ao deferir as medidas postuladas pelo Estado do Maranhão e, principalmente, por possibilitar a autorização automática de vacina sem qualquer análise técnica pelo órgão responsável, o Supremo Tribunal Federal promoveu verdadeira releitura sobre a possibilidade de controle jurisdicional do ato administrativo, uma vez que foi além da apreciação do mérito do ato, substituindo, em verdade, a discricionariedade que cumpriria à ANVISA pela discricionariedade jurídica realizada pela própria Corte sem qualquer análise técnica sobre a questão.

Ora, no Brasil, cumpre à ANVISA a última palavra acerca da importação e autorização para comercialização de medicamentos, incluindo-se vacinas e outros materiais de uso médico-hospitalar. Nesse sentido, essa Agência Reguladora, após análise técnica complexa, expõe sua decisão por meio de uma autorização, que se trata de um “ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedado” (MELLO, 2010, p. 560).

Já era lugar comum que a análise da autorização ou da sua negativa, pelo Judiciário, seria restrita aos aspectos da juridicidade, da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade, não havendo discussão acerca da impossibilidade do órgão jurisdicional se imiscuir nos aspectos discricionários desse ato, mormente pelo fato do mérito administrativo nessa hipótese demandar expertise técnica de alta complexidade.

No entanto, ao possibilitar a autorização automática para importação e distribuição da Sputnik V sem qualquer manifestação do órgão técnico responsável, o STF simplesmente se arvorou em função que constitucionalmente não lhe cumpre, usurpando, portanto, a competência para a prática do ato administrativo autorização pela ANVISA. Outrossim, afrontou a própria finalidade do ato, uma vez que ao possibilitar autorização automática de imunizante sem a correspondente análise técnica, pôs em risco o direito de toda a comunidade que seria submetida à vacinação, de modo que, de maneira grave, violou o interesse público à saúde dos cidadãos do Estado do Maranhão. Quanto à forma, este elemento também restou maculado, pois em caso de não observância do prazo assinalado pela ANVISA, a vacina Sputnik V já estaria automaticamente autorizada para importação e comercialização, não havendo sequer a necessidade de publicação do ato administrativo autorizativo.

Quanto ao mérito, este restaria completamente esvaziado, uma vez que sequer haveria motivo justificador da não observância do prazo entregue pelo STF, tampouco haveria motivação a amparar a autorização automática possibilitada pela Corte. Relativamente ao objeto, embora este pudesse ser indicado como a autorização para importação e distribuição do imunizante, este em nenhum momento estaria respaldado em aspectos técnicos sobre a vacina e seus efeitos.

Nesse prisma, verifica-se que ao proceder dessa forma, o Supremo Tribunal Federal possibilitou verdadeira substituição da discricionariedade técnica da ANVISA pela discricionariedade jurídica da Corte, que sequer se valeu de consulta a peritos sobre imunizantes para possibilitar autorização automática para distribuição e comercialização da vacina Sputnik V pelo Estado do Maranhão. Assim, diante do transbordamento do prazo entregue pelo STF para manifestação da ANVISA, sequer haveria que se falar em controle integral da autorização, mas sim de autorização originária que partiu da Corte Suprema sem qualquer respaldo técnico sobre a vacina em questão.

#### **4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA POSTURA ADOTADA PELA SUPREMA CORTE BRASILEIRA**

1541

Como não poderia deixar de ser, a postura adotada pelo STF no julgamento das medidas cautelares na ADO 3.451/DF causaram bastante perplexidade, uma vez que provocou severa guinada em questões tradicionais acerca da sindicabilidade do ato administrativo que pareciam já sedimentadas em sua jurisprudência.

De plano, a postura adotada pela Suprema Corte afrontou de maneira grave o princípio da divisão funcional do poder, expressamente disposto no artigo 2º da Constituição Federal, mormente por retirar do Executivo qualquer margem de atuação discricionária relativa ao mérito da autorização para importação de vacina, fazendo valer, tão somente, o entendimento da Corte que, repita-se, não contou com qualquer embasamento técnico sobre a viabilidade do uso da Sputnik V pelo Estado do Maranhão.

Ademais, em que pese a decisão se lastrear em dispositivos de leis excepcionais, tais dispositivos (artigo 3º, VIII, “a”, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, com alteração promovida pela Lei 14.006/2020), em sua origem, também revelam nítida inconstitucionalidade, pois permitiriam a aprovação tácita de medicamentos sem a correspondente análise minudente pelo órgão técnico responsável por tal mister, o que, por evidente, afronta cabalmente o direito à saúde estampado no art. 196 da Carta da República, dispositivo que também restou

violado pela decisão do Ministro relator no julgamento da medida cautelar na ACO 3.451/DF, a despeito da fundamentação do voto defender exatamente o contrário.

Ao promover a releitura da sindicabilidade do ato administrativo e possibilitar a substituição da discricionariedade técnica da ANVISA por sua discricionariedade jurídica, o STF usurpou de atividade que cumpre precipuamente ao Executivo, porquanto ditou a última palavra acerca da possibilidade de importação e distribuição do imunizante Sputnik V pelo Estado do Maranhão, sem contar com nenhuma expertise para isso.

Não fosse só isso, ao possibilitar a autorização de vacina com base em registro de outras agência internacionais, o STF afrontou a própria soberania nacional, incorrendo, mais uma vez, em postura flagrantemente inconstitucional. Ora, não obstante as agências de saúde internacionais contarem com indiscutível capacidade técnica para avaliação de medicamentos e imunizantes, não há como substituir o exame pela agência reguladora brasileira, uma vez que características climáticas, culturais e mesmo peculiaridades da própria população devem ser levadas em conta no momento de aprovação de determinado medicamento/vacina, o que restou obstado pelo posicionamento adotado pelo STF.

Em rigor, a decisão tomada pelo STF ao julgar as medidas cautelares requeridas pelo Estado do Maranhão na ACO 3.451/DF configura aquilo que Carlos Ari Sundfeld denominou de Constitucionalismo Chapa Branca, que pode ser conceituado como aquele que visa “assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais” (SUNDFELD, 2012, p. 56), e que foi motivada, no caso em análise, pela severa crise institucional instaurada pela postura do Executivo na gestão da crise ocasionada pela pandemia de covid-19.

Como já ressaltados alhures, a crise decorrente da pandemia de covid-19 não se limitou à grave emergência sanitária causada pela doença, mas transbordou para flancos que pareciam imunes às questões de saúde, vindo a causar severos danos nos campos econômicos, políticos e na própria governabilidade dos países, de modo que muitas decisões desaguaram no Judiciário para que fossem resolvidas. Assim, diante de um embate político-ideológico que comandou a narrativa social no Brasil, na grande maioria das vezes o STF adotou posturas ativistas, deixando de lado aspectos técnicos e doutrinários que precisaram de décadas para serem consagrados no direito brasileiro.

E foi justamente isso que ocorreu no julgamento da ACO 3.451/DF, no qual o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, motivado pela postura política adotada pelo



Executivo federal, promoveu uma grave e inconstitucional releitura da sindicabilidade do ato administrativo, substituindo a discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial e possibilitando a autorização tácita para importação e distribuição da vacina Sputnik V para uso emergencial pelo Estado do Maranhão, sem qualquer exame técnico pela ANVISA, em flagrante desrespeito à divisão funcional do poder e ao direito fundamental à saúde, disposto no art. 196 da Carta Maior.

## CONCLUSÃO

Quando se iniciou a presente pesquisa foi constatado que com a pandemia de Covid-19 várias crises se originaram, além da emergência sanitária decorrente da doença causada pelo vírus Sars-CoV-2, de modo que diversas questões foram levadas para solução pelo Judiciário. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ACO 3.451/DF proposta pelo Estado do Maranhão, reconheceu a possibilidade de concessão automática de autorização para importação de vacina caso o requerimento do Estado não fosse analisado pela ANVISA no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral analisar se a posição adotada pelo STF seria capaz de afrontar a divisão funcional do poder disposta no artigo 2º da Constituição Federal e o direito à saúde previsto no artigo 196 da Carta Maior.

1543

Quanto ao objetivo específico relacionado ao exame de algumas notas fundamentais acerca da discricionariedade administrativa, percebe-se que o mesmo foi atingido, uma vez que na terceira seção do trabalho restaram analisadas as bases teóricas elementares da discricionariedade administrativa, conforme a doutrina tradicional brasileira.

O segundo objetivo específico, que consistiu na análise dos fundamentos do controle jurisdicional do ato administrativo, também foi atendido, uma vez que restaram verificadas as matrizes doutrinárias tradicionais no Brasil acerca da sindicabilidade do ato administrativo, bem como destacada a perspectiva mais moderna, que visa cotejar a sindicabilidade do ato administrativo com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, o terceiro objetivo específico, que visou tratar do contexto em que foi proferida a decisão cautelar na ACO 3.451/DF, bem como verificar a releitura promovida pelo STF quanto à sindicabilidade do ato administrativo, também restou alcançado, uma vez que foi observado que referida decisão foi proferida num ambiente de

grave descompasso institucional e de elevação do número de casos e de mortes pela Covid-19, o que culminou na reeleitura promovida pelo STF, que se lastreou em verdadeira substituição da discricionariedade que cumpriria à ANVISA pela discricionariedade jurídica do próprio Tribunal.

Quanto ao quarto objetivo específico, que diz respeito ao exame de compatibilidade da postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal com a Constituição Federal, percebe-se que o mesmo também foi atendido, mormente por ter sido verificado que a reeleitura promovida pelo STF quanto à sindicabilidade do ato administrativo não se adequa ao texto constitucional, sobretudo por afrontar o princípio da divisão funcional do poder e, do mesmo modo, por colocar em risco o direito à saúde de toda população do Estado do Maranhão ao impossibilitar uma análise técnica acurada da vacina Sputnik V pela ANVISA.

A pesquisa partiu da hipótese de que embora a possibilidade de concessão de autorização automática para importação da vacina Sputnik V pelo Estado do Maranhão na falta de uma resposta ao requerimento do Estado feito à Anvisa pudesse agilizar a imunização da população desse Estado, referida medida usurparia a atuação do Executivo Federal de atuar no sentido de garantir a segurança necessária para a importação e distribuição de imunizantes no Brasil, de modo que a postura adotada pelo STF não escaparia a um exame de sua constitucionalidade. Durante o trabalho, verificou-se que essa hipótese foi confirmada, uma vez que foi constatado que a decisão cautelar prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ACO 3.451/DF, afrontou a divisão funcional do Poder, bem como representou ameaça ao direito à saúde da comunidade alcançada pela decisão. Outrossim, também restou evidenciado que a reeleitura promovida em referido julgado não implicou apenas a possibilidade de integral exame do mérito administrativo pelo Judiciário, mas privilegiou a própria substituição da discricionariedade técnica do órgão regulador pela discricionariedade jurídica inerente ao órgão jurisdicional.

Assim, o problema de pesquisa restou respondido, sobretudo diante da verificação de que a decisão cautelar proferida pelo STF no curso da ACO 3.451/DF não está de acordo com o princípio constitucional da divisão do Poder, bem como violou o próprio direito à saúde insculpido no artigo 196 da Carta Maior.

Quanto à metodologia desenvolvida no trabalho, também observa-se que a mesma foi atendida, uma vez que a pesquisa partiu das premissas teóricas acerca da discricionariedade administrativa e seu respectivo controle pelo Judiciário, consubstanciado

o método dedutivo, cuja a abordagem qualitativa visou descrever os efeitos que a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ACO 3.451/DF gerou para toda a sociedade.

O trabalho contou com certas limitações, notadamente a ausência de tempo para o surgimento de doutrinas e artigos específicos acerca da referida ACO 3.451/DF.

Por fim, recomenda-se que novas pesquisas busquem maior aprofundamento na matéria, sobretudo nas obras que serão editadas, bem como pelos julgados que surgirão, principalmente diante da postura pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ACO 3.451/DF.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Civil Originária n. 3451/DF**. Autor: Estado do Maranhão. Réu: ANVISA e União Federal. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 24/02/2021. Diário da Justiça, Brasília/DF, 10/03/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275115>. Acesso em: 05 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a Ação Popular. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 05 de julho de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm). Acesso em: 16 abr. 2022.

1545

BRASIL. **Lei n. 13.979/2020, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 07 de fevereiro de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.124/2021, de 10 de março de 2021**. Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 10 de março de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.124-de-10-de-marco-de-2021-307745858>. Acesso em: 16 abr. 2022

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 3.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. 1: Introdução. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo**. RDA 6/41-78. Rio de Janeiro: FGV, outubro-dezembro/1946.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: **Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.