

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

TASSIANE CRHISTINE KEPPEM CESARIO

INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA A EFETIVAÇÃO IGUALITÁRIA DO  
DIREITO À SAÚDE

CURITIBA

2014

TASSIANE CRHISTINE KEPPEM CESARIO

INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA A EFETIVAÇÃO IGUALITÁRIA DO  
DIREITO À SAÚDE

Monografia apresentada pela acadêmica  
Tassiane Crhistine Keppen Cesario ao  
Curso de Graduação da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do  
Paraná, como requisito parcial à obtenção  
do grau de bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder  
Hachem

CURITIBA

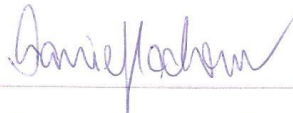
2014

## TERMO DE APROVAÇÃO

TASSIANE CRHISTINE KEPPEN CESARIO

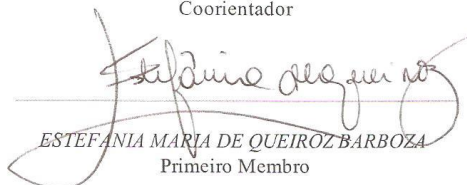
### INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA A EFETIVAÇÃO IGUALITÁRIA DO DIREITO À SAÚDE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



DANIEL WUNDER HACHEM  
Orientador

Coorientador



ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA  
Primeiro Membro



SAULO L. PIVETTA - Direito Público  
Segundo Membro

## AGRADECIMENTOS

Sabidamente, ao escrever o livro de Eclesiastes, Salomão afirmou:

É melhor ter companhia do que estar sozinho, porque maior é a recompensa do trabalho de duas pessoas. Se um cair, o amigo pode ajudá-lo a levantar-se. Mas pobre do homem que cai e não tem quem o ajude a levantar-se!<sup>1</sup>

Dedico, assim, este espaço do meu trabalho de conclusão de curso para agradecer a todas as pessoas que durante esta minha longa trajetória acadêmica estiveram ao meu lado, auxiliando-me nos momentos de dificuldades.

Agradeço primeiramente a Jesus, o meu melhor amigo, que transformou a minha vida e esteve ao meu lado em todos os momentos, dando-me forças para vencer todas as batalhas que travei. Graças a Ele, mesmo em um mundo cheio de tristezas e dificuldades, cultivo a esperança em meu coração de em breve viver em um mundo melhor. Também foi Ele quem me ensinou que tudo o que eu aprendi durante estes anos deverá ser usado a fim de transformar a realidade ao meu redor. Talvez não seja possível mudar o mundo, contudo, certamente poderei fazer a diferença nos lugares em que eu passar.

Agradeço a minha mãe Sanara, a minha avó Sandra Maria, a minha bisavó Maria Lucinda, ao meu irmão João Eduardo, ao meu tio Cláudio Rodrigo Keppen e a minha tia Danielle, que me apoiaram e incentivaram nesta trajetória.

Não posso deixar de mencionar meu namorado Hendrix Barbosa Lamarques, que participa integralmente de todos os meus sonhos e projetos, e que esteve ao meu lado desde o tempo do cursinho, incentivando-me a jamais desistir dos meus objetivos.

Agradeço também aos amigos que fiz nesta jornada acadêmica. Menciono especialmente a Valeria, a Juliana Castilho, a Marina, a Mariana, o Jonathan e o Márcio, pessoas com quem tive maior afinidade e que me acompanharam durante todo o curso e que com certeza continuarão a fazer parte de minha vida.

---

<sup>1</sup> Bíblia Sagrada. *Eclesiastes 4:9-10*.

Por fim, não tenho como não agradecer a todos os meus mestres na faculdade, que me iniciaram no saber jurídico. Contudo, cito especialmente meu orientador, Daniel Wunder Hachem, escolhido justamente por ser um grande pensador do Direito, uma pessoa que não se contenta em aceitar as desigualdades verificadas em nossa sociedade, mas busca fazer a diferença no mundo em que vive, dedicando-se a encontrar soluções para os principais problemas enfrentados em nosso país, principalmente no que se refere à efetivação igualitária dos direitos fundamentais sociais.

“Buscais, pois, em primeiro lugar, o seu reino e a sua justiça, e todas as demais coisas vos serão acrescentadas (Mateus 6:33)”

## RESUMO

O objetivo fundamental do presente trabalho é demonstrar que a implementação integral, universal e igualitária do direito à saúde depende da atuação da Administração Pública. Para atingir tal objetivo é necessário estudar instrumentos administrativos que viabilizem uma atuação integral e isonômica do Poder Público. Portanto, este trabalho irá tratar, em suma: (i) do desenvolvimento histórico do direito à saúde no Brasil; (ii) do regime jurídico constitucional destinado ao direito à saúde após a promulgação da Constituição Federal de 1988; (iii) da excessiva judicialização como entrave para uma implementação igualitária do direito à saúde, demonstrando a necessidade da atuação da Administração Pública para a efetivação integral e universal deste direito; (iv) da aplicação da técnica do silêncio positivo como ferramenta para solucionar o problema da demora da Administração em responder as demandas de saúde apresentadas perante os entes administrativos; e (v) da observância dos precedentes administrativos e judiciais, por parte da Administração Pública, como instrumento administrativo capaz de efetivar o direito à saúde de forma igualitária, reduzindo, assim, o problema da desigualdade ocasionada pelo ativismo judicial.

**Palavras-chave:** direito à saúde; efetivação; silêncio administrativo positivo; precedentes administrativos; precedentes judiciais.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I - DIREITO À SAÚDE E SUA EFETIVAÇÃO IGUALITÁRIA POR MEIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>11</b>
1.1. Desenvolvimento do direito à saúde no Brasil.....	11
1.2. O direito à saúde como direito fundamental social e seu conteúdo normativo .....	15
1.3. Excessiva judicialização como entrave para uma implementação igualitária do direito à saúde: necessidade da atuação da Administração Pública para a efetivação integral e universal do direito à saúde.....	22
<b>CAPÍTULO II - PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E ALTERNATIVAS PARA SANAR O PROBLEMA DO SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO .....</b>	<b>29</b>
2.1. Prazo para decidir os pedidos administrativos e silêncio da Administração .....	29
2.2. Silêncio Administrativo.....	35
2.3. Silêncio positivo como alternativa para efetivação do direito à saúde .....	40
<b>CAPÍTULO III - PROMOÇÃO DA IGUALDADE POR MEIO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS: PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS E PRECEDENTES JUDICIAIS.....</b>	<b>50</b>
3.1. Princípios constitucionais que fundamentam o respeito aos precedentes administrativos e judiciais.....	50
3.2. Precedentes administrativos.....	55
3.3. Precedentes judiciais.....	62
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>70</b>



## INTRODUÇÃO

De acordo com dados levantados pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS), órgão da Advocacia-Geral da União, no ano de 2009 foram recebidas 10.486 (dez mil, quatrocentos e oitenta e seis) novas ações de saúde em que a União figura como ré. Já no ano de 2013 o número de novas demandas judiciais subiu para 13.051 (treze mil e cinquenta e uma)<sup>2</sup>.

O montante despendido pelo Ministério da Saúde, ano a ano, com aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais também aumentou significativamente. Em 2009 os gastos com demandas judiciais de saúde foram de R\$ 83.165.223,93 (oitenta e três milhões, cento e sessenta e cinco mil, duzentos e vinte e três reais e noventa e três centavos). No ano de 2012 o dispêndio subiu para R\$ 287.844.968,16 (duzentos e oitenta e sete milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, novecentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos)<sup>3</sup>.

No âmbito estadual a situação também é alarmante. Considere o exemplo do Estado do Paraná que no ano de 2003 teve um gasto de R\$ 741.369,46 (setecentos e quarenta e um mil, trezentos e sessenta e nove reais e quarenta e seis centavos) em razão de condenações judiciais no âmbito da saúde. Tal valor subiu para 35.718.740,24 (trinta e cinco milhões, setecentos e dezoito mil, setecentos e quarenta reais e vinte e quatro centavos) em 2010<sup>4</sup>.

Essas informações são apresentadas, de início, para demonstrar que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha consagrado o direito à saúde como direito fundamental social, bem como tenha estabelecido a sua universalidade, a baixa efetividade dos direitos fundamentais sociais fez com que o Poder Judiciário

---

<sup>2</sup> ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde. *Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorâma no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais*, pp. 4-5. Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf> Acesso em 2.10.214

<sup>3</sup> Ibidem, p. 10

<sup>4</sup> Ibidem, p. 16

acabasse se tornando a "*porta das esperanças*"<sup>5</sup> para a promoção do direito à saúde, que deveria ser naturalmente proporcionado pelo Estado.

Com fundamento no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, que estabelece textualmente a aplicabilidade imediata das normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais, e no art. 5º, XXXV, que prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a direito, passou-se a sustentar a possibilidade de se reivindicar judicialmente a satisfação do direito à saúde pela via individual, nos casos de omissão ou atuação insuficiente da Administração Pública.

Assim, as demandas judiciais pleiteando direitos sociais aumentaram perceptivelmente. Contudo, estas decisões, em sua maior parte, deixam de levar em conta características cruciais da satisfação universal dos direitos fundamentais sociais, uma vez que eles são efetivados apenas individualmente, sendo ignorada a necessidade de uma satisfação igualitária.

Note-se, ainda, que nem todos têm acesso à via judicial, cabendo, portanto, à Administração Pública a implementação do direito à saúde por meio da alocação planejada e racionalizada dos recursos públicos em ações dirigidas ao atendimento integral, universal e igualitário da população.

No entanto, a maior parte dos estudos doutrinários atuais têm se dedicado a analisar a atuação do Judiciário para a efetivação do direito à saúde. Não se está a defender aqui a impossibilidade de demandas judiciais de saúde, o que se pretenderá demonstrar é que este não é o meio adequado para a efetivação de tal direito.

Assim sendo, devido ao recorte teórico traçado pelo presente estudo, não será abordado o limite para a atuação do Poder Judiciário nas demandas de saúde, mas o foco principal deste trabalho será apontar alguns instrumentos administrativos que irão auxiliar na efetivação igualitária deste direito.

É importante mencionar que o meio por excelência que a Administração Pública dispõe para realizar o direito à saúde consiste nos serviços públicos e nas políticas públicas. Contudo, este tema também já vem sendo abordado em estudos monográficos, teses e dissertações<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Esta expressão é utilizada por Daniel Wunder Hachem em HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 48).

<sup>6</sup> Para maior profundidade no estudo deste tema veja-se: PIVETTA. Saulo Lindorfer. *A concretização do direito fundamental à saúde pela administração pública: Políticas públicas e a democratização*

Assim sendo, optou-se aqui por tratar de instrumentos administrativos diversos, que pouco têm sido considerados em âmbito nacional, e que têm o principal condão de promover o direito à saúde de maneira igualitária.

Desta forma, o primeiro capítulo desta monografia, em suma, irá abordar o desenvolvimento histórico do direito à saúde no Brasil e as mudanças que ocorreram no tratamento jurídico deste tema a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Além disso, também irá demonstrar que a excessiva judicialização apresenta-se como um entrave para a implementação igualitária do direito à saúde, sendo que é a atuação da Administração Pública que irá proporcionar a sua realização integral e universal.

Já os capítulos 2 e 3 serão destinados a tratar de dois instrumentos administrativos como alternativas para a problemática da saúde no Brasil: o silêncio administrativo positivo e a observância dos precedentes administrativos e judiciais por parte da Administração Pública.

## **CAPÍTULO I - DIREITO À SAÚDE E SUA EFETIVAÇÃO IGUALITÁRIA POR MEIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Nem sempre o direito à saúde foi considerado como um direito fundamental social universal. As primeiras constituições brasileiras nem sequer tratavam sobre o tema. Foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que o Direito à saúde passou a ter caráter social fundamental e universal.

Portanto, após a promulgação da Lei Maior toda a racionalidade do tratamento ao direito à saúde foi completamente modificada. Assim, este capítulo terá o escopo de traçar brevemente o histórico do desenvolvimento do referido direito no país, bem como explicar sobre o novo tratamento jurídico dado ao tema, diante das inovações ocorridas.

### **1.1. Desenvolvimento do direito à saúde no Brasil**

Inicialmente, a saúde pública no Brasil consistia apenas em ações de combate a doenças contagiosas. Isto porque a primeira notícia referente a medidas de saúde no país ocorreu com a vinda da Corte portuguesa. Neste período foram implementadas medidas contra a lepra e a peste, bem como controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas<sup>7</sup>.

Entre o período de 1870 até 1930 o Estado passou a atuar de forma mais efetiva no campo da saúde, uma vez que, conforme aponta Barroso, foi adotado um modelo “campanhista” que se voltava notadamente para o combate de doenças epidêmicas por meio de campanhas públicas de vacinação coercitivas<sup>8</sup>.

Para isso, o Estado fazia uso da autoridade e força policial, a fim de obrigar a adesão da população às medidas de saúde impostas<sup>9</sup>. Em que pese os abusos cometidos, tal modelo obteve êxito no controle das doenças epidêmicas.

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Souza Neto, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 883.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Idem.

Note-se, no entanto, que neste período não havia uma “*concepção de saúde ligada a qualquer conceito de qualidade de vida ou proteção da dignidade da pessoa humana*”<sup>10</sup>.

As ações do Estado eram voltadas apenas a evitar a disseminação de doenças contagiosas, sendo que a própria Constituição de 1891 não destinava tratamento específico ao direito à saúde<sup>11</sup>.

Da mesma forma, não havia ações públicas curativas, sendo que o tratamento de doenças e a promoção da saúde ficavam a cargo dos serviços privados e à caridade<sup>12</sup>.

A partir da década de 30 iniciou-se uma estruturação básica do sistema público de saúde, o qual passou a proporcionar também tratamentos médicos, tendo sido criado o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs)<sup>13</sup>.

Os IAPs ofereciam serviços de saúde de caráter curativo, contudo não para toda a população, mas tão somente para a categoria profissional ligada a tal instituto. Assim, a saúde pública não era universalizada, estando disponível apenas para aqueles trabalhadores que contribuía com o instituto de previdência<sup>14</sup>.

Durante o regime militar, a partir da criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), os IAPs foram unificados. Com isso, todos os trabalhadores urbanos com carteira assinada passaram a ser beneficiados pelo atendimento na rede pública de saúde<sup>15</sup>.

Contudo, os referidos serviços ainda continuaram restritos a apenas uma parcela da população, pois grande parte das pessoas não integrava o mercado de trabalho formal<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 113.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Souza Neto, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 884.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 115

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade... Op. Cit..p. 884

Portanto, ao longo da década de 70 prevaleceu uma concepção de saúde privatista, pois o acesso ao serviço de saúde não era universalizado, uma vez que estava restrito à classe dos trabalhadores que possuíam carteira assinada<sup>17</sup>.

Ademais, também prevalecia uma lógica curativista, já que as medidas preventivas eram desprestigiadas, bem como a falta de saneamento básico não era considerada pelo Poder Público como problema ligado à saúde<sup>18</sup>.

Para demonstrar quão crítica era a situação da saúde neste período, veja-se que os dados levantados pela Organização Pan-Americana de Saúde (de 1974), apontaram que o governo Médici forneceu à saúde pública a quantia de 1,33 dólares por habitante/ano. Com isso, o Brasil ocupou um dos últimos lugares entre os países americanos no que se refere aos investimentos em políticas sanitárias, tendo superado apenas os países do Equador e Haiti<sup>19</sup>.

Tal Organização apurou, ainda, que até o ano de 1980 40 milhões de brasileiros não tinham acesso aos serviços de saúde por carência de médicos e de leitos hospitalares. Além disso, dos 32 milhões de brasileiros economicamente ativos, somente 25 milhões eram segurados pelo INPS<sup>20</sup>.

Note-se que, de acordo com padrões recomendados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), os países deveriam possuir, nos anos 60, um médico para cada mil habitantes e a média de 5 leitos para cada mil habitantes<sup>21</sup>.

Porém, na primeira metade da década 70, o Brasil possuía um médico para a quantia aproximada de dois mil habitantes e aproximadamente 3,5 leitos para cada mil habitantes<sup>22</sup>.

Em razão desta deficiência do sistema público de saúde brasileiro, os Departamentos de Medicina Preventiva de algumas Universidades iniciaram discussões sobre a organização sanitária do país, promovendo, assim, o início do Movimento Sanitário Brasileiro<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde...* Op. Cit.. p. 115

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das universidades e dos municípios*, p. 33-34.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Ibidem, pp. 36-37

Tais debates foram realizados pelos pesquisadores das universidades com as comunidades, por meio de sindicatos de trabalhadores e associações de bairro, realizando discussões em torno dos problemas sanitários que enfrentavam<sup>24</sup>.

Este debate articulado com uma série de atores sociais acabou por gerar um projeto ainda mais amplo, o Movimento pela Reforma Sanitária, composto por diversos movimentos populares, e que teve seu auge em 1986, com a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde<sup>25</sup>.

Esta conferência reuniu mais de 5.000 pessoas em Brasília (DF), e foi resultado da discussão promovida anteriormente no âmbito dos Municípios e das universidades, envolvendo mais de 50.000 pessoas ao longo do processo. Os resultados obtidos nesta conferência delinearam, posteriormente, os princípios que guiam a concepção do Sistema Único de Saúde, inclusive a ideia de que a saúde pública é dever do Estado e direito de todos os cidadãos e não apenas de uma classe determinada<sup>26</sup>.

Tamanho foi a importância do Movimento pela Reforma Sanitária que ele participou ativamente da Assembleia Constituinte, defendendo um discurso “médico-social” cujas “palavras de ordem eram politização, socialização, participação, universalização, regionalização, hierarquização e descentralização”<sup>27</sup>, pressionando para que fossem inseridos no texto da Constituição tais ideais.

O Movimento teve muitas de suas reivindicações acolhidas, principalmente em razão das 54.133 assinaturas que foram arrecadadas por todo o Brasil, garantindo, assim, a previsão constitucional do Sistema Único de Saúde, com as diretrizes do art. 198 da CF. Contudo, não houve apenas vitórias, pois o sistema de saúde que era para ser integralmente público acabou sendo também aberto à iniciativa privada<sup>28</sup>.

Assim, o auge do Movimento Sanitarista foi a Assembleia Constituinte, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Conforme reivindicado pelo

<sup>24</sup> Ibidem, pp. 36-37

<sup>25</sup> Ibidem, p. 39

<sup>26</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 117

<sup>27</sup> DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. De Carvalho. Título por título: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino; DALLARI, Sueli Gandolfi; DELDUQUE, Maria Célia; et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 110.

<sup>28</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde...* Op. Cit.. p. 117

movimento, foi inserido no texto constitucional o art. 196 que estabelece que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, estando configurado o princípio da universalidade do direito a saúde<sup>29</sup>.

Portanto, a partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde deixou de estar restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal, sendo que todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde<sup>30</sup>.

Além disso, diante o disposto no artigo 198, *caput*, da Constituição Federal, o alicerce da efetivação pública do direito à saúde passou a ser o SUS, o qual, embora não possua personalidade jurídica própria, constitui a base das ações e serviços de saúde proporcionados pelo Estado à população, bem como administra os diversos “atores e estruturas envolvidos com as políticas sanitárias”<sup>31</sup>.

Destarte, com a promulgação do novo texto maior a lógica e racionalidade do direito a saúde foi completamente alterada, passando a ser um direito social fundamental de toda a população.

Assim, no próximo tópico será estudado o novo conteúdo conferido ao direito à saúde após a promulgação da constituição de 1988, bem como todas as peculiaridades referentes à nova tratativa jurídica dada ao tema.

## **1.2. O direito à saúde como direito fundamental social e seu conteúdo normativo**

Significativas mudanças ocorreram no Direito Brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta é a primeira Constituição que

---

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Souza Neto, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 885

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná), Curitiba, 2013 p. 118.



estabelece a universalidade do direito à saúde e trata-o como um direito fundamental social<sup>32</sup>, bem como um dever do Estado<sup>33</sup>.

Além disso, tendo em vista que um extenso rol de direitos fundamentais foi promulgado logo no início da Lei Fundamental mais especificamente no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), bem como ao longo de todo o texto constitucional, verifica-se que o Estado passou a ser organizado para a satisfação dos direitos e princípios fundamentais.

Isto implica dizer que não apenas a lógica do direito à saúde foi modificada, mas sim toda a racionalidade do sistema jurídico brasileiro, uma vez que os direitos e garantias fundamentais passaram a ser a base de todo o ordenamento jurídico.

Nesse mesmo título, destinado à proteção dos direitos e garantias fundamentais, foi positivado o direito à saúde, já que foi acolhido expressamente no art. 6º do Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”), da Constituição Federal de 1988.

Considerando que o direito à saúde faz parte do rol de direitos sociais, é importante tecer, inicialmente, ainda que forma sumária, algumas considerações a respeito da jusfundamentalidade dos direitos sociais, a fim de demonstrar que o direito à saúde é de fato um direito fundamental, sujeito a todas as peculiaridades referentes a tais direitos.

Assim, em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que os direitos sociais (inclusive o direito à saúde) são dotados de fundamentalidade tanto formal quanto material<sup>34</sup>.

Tem-se que um direito é materialmente fundamental na medida em que é essencialmente ligado à ordem de valores estabelecida em determinada comunidade (às suas circunstâncias políticas, econômicas e culturais), indicando o conteúdo das decisões fundamentais a respeito da estrutura básica do Estado e da

---

<sup>32</sup> BRASIL, *Constituição Federal*, 1988: Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>33</sup> BRASIL, *Constituição Federal*, 1988: Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>34</sup> Destacam-se como adeptos deste posicionamento: SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, janeiro de 2002. p.2 Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-OLFGANG-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-OLFGANG-SARLET.pdf). Acesso em: 03/09/2014; e HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 80.

sociedade. Desta forma, para aferir a materialidade fundamental, é preciso analisar o conteúdo do direito em apreço<sup>35</sup>.

Portanto, não há como negar a fundamentalidade material do direito à saúde, haja vista que, conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet, é evidente a relevância da saúde, uma vez que não se pode supor uma vida digna e com qualidade separada de uma vida saudável<sup>36</sup>.

Já a fundamentalidade formal relaciona-se à positivação do direito no texto da constituição, outorgando-lhe a supremacia e a força normativa ínsitos à norma constitucional<sup>37</sup>. Assim, o direito à saúde também é dotado de fundamentalidade formal, pois conforme já mencionado, foi positivado no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Isto posto, conclui-se que o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais “*são genuínos direitos fundamentais, submetendo-se completamente ao regime jurídico destes, dotados de aplicabilidade imediata e proteção contra emendas constitucionais abolitivas*”<sup>38</sup>.

Com isso, importante se faz tratar de alguns aspectos referentes aos direitos fundamentais.

Note-se que, tradicionalmente, a doutrina divide os direitos fundamentais em três grandes grupos: os direitos e liberdade individuais, os direitos prestacionais e os direitos transindividuais. Tal concepção nasce a partir da referência ao surgimento das diversas gerações de direitos<sup>39</sup>.

A primeira geração, fruto do “Estado Liberal”, foi concebida após um contexto absolutista, relacionada ao ideal de liberdade e igualdade, exigindo para isso uma abstenção do Estado da vida dos cidadãos.

Caracteriza-se, portanto, por apresentar direitos de cunho negativo e possuir um viés individualista, em razão de buscar a proteção do cidadão em face do

---

<sup>35</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 65

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas Considerações...* Op. Cit. p.2.

<sup>37</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde...* Op. Cit. p. 67

<sup>38</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 66

<sup>39</sup> Norberto Bobbio identifica a existência de quatro gerações de direitos (Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9); Paulo Bonavides identifica, ainda, uma quinta geração, referindo-se ao direito à paz (BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais, in *Revista Direitos Fundamentais & Justiça n. 3*, abr./jun, p. 82-93, 2008). Este trabalho, no entanto, limitar-se-á a fazer referência apenas às três primeiras gerações, as quais já são suficientes para tratar do tema relativo à natureza jurídica dos direitos fundamentais.

Estado, o qual terá o dever de não intervenção. Assim, destacaram-se os direitos a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade – porém esta apenas formal, uma vez que garantia apenas a igualdade perante a lei<sup>40</sup>.

Em um segundo momento, diante da insuficiência dos direitos de liberdade e da igualdade meramente formal<sup>41</sup>, bem como das desigualdades fáticas ocasionadas pelo modelo liberal, no início do Século XX emergiu o Estado Social de Direito, o qual se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, e passou a exigir prestações positivas do Estado, a fim de garantir a igualdade material e a justiça social. Ganharam relevo aqui os direitos de segunda geração (direitos sociais), impondo ao estado o dever de promover a saúde, educação e bem estar dos cidadãos<sup>42</sup>.

Por fim, a terceira geração, nascida no último quarto do século XX, perante a existência de bens jurídicos indivisíveis, cria a categoria de direitos transindividuais – de titularidade difusa e coletiva<sup>43</sup>.

Tal divisão não é adequada, pois pode trazer a falsa ideia de que uma geração substitui a outra, quando em verdade elas se complementam, pois na medida em que novos direitos foram surgindo, eles agregaram-se àqueles já existentes<sup>44</sup>.

Ademais, esta mentalidade pode gerar a suposição de que cada um dos grupos de direitos pertencentes às mencionadas gerações possuem características que lhes são próprias e os distinguem das outras espécies de direitos<sup>45</sup>.

Nesse caso, os direitos de liberdade possuiriam apenas caráter negativo, prescindido de prestações fáticas e normativas para a sua proteção. Já os direitos sociais, seriam positivos por terem caráter prestacional e exigirem altos custos para sua implementação. Por isso, necessitariam de regulação infraconstitucional e

---

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp.46- 47.

<sup>41</sup> CLEVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª Ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 39

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais...* Op. Cit. pp.47- 48.

<sup>43</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 13

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 24

disponibilidade orçamentária para serem efetivados. E, por fim, os direitos de terceira geração possuiriam titularidade transindividual<sup>46</sup>.

Esta tese está equivocada, pois todos os direitos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais) implicam deveres negativos e positivos ao Estado<sup>47</sup>.

Isto porque os direitos de defesa exigem para a sua efetivação, além de uma posição negativa (de não intervenção), também prestações materiais para serem protegidos, *“já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade”*<sup>48</sup>.

Da mesma forma, os direitos prestacionais também exigem *“posições subjetivas negativas, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerência indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares”*<sup>49</sup>.

Portanto, os direitos fundamentais possuem uma natureza jurídica complexa, pois reúnem, simultaneamente, três características: impõe deveres negativos ao Estado, dirigem obrigações de fornecer prestações fáticas e normativas, bem como ostentam a titularidade transindividual e individual<sup>50</sup>.

Desta forma, o direito à saúde possui uma natureza jurídica complexa, pois apresenta características tanto negativas quanto positivas.

Além de complexos, os direitos fundamentais são, ainda, multifuncionais, pois uma mesma norma de direito fundamental pode ser observada sob a ótica intersubjetiva, ou seja, do titular do bem jurídico protegido, quando ela cria múltiplas posições jurídicas autônomas que atribuem a ele situações de vantagem, bem como pela perspectiva objetiva, a partir do objeto a ser tutelado, momento no qual cria um

<sup>46</sup> Esse entendimento é criticado por: HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa...* Op. Cit., pp. 47-48

<sup>47</sup> Neste sentido Grosman afirma que a implementação dos direitos em geral (tanto os de liberdade como os sociais) exigem quatro níveis de obrigação para sua efetivação: em primeiro lugar a obrigação de não interferência; em segundo a obrigação do Estado de tomar medidas que proíbam terceiros de violar os direitos e garantias já protegidos; em terceiro o Estado precisa criar condições a fim de realizar efetivamente os direitos já reconhecidos e por fim o Estado tem o dever de promover os objetivos constitucionais a serem alcançados, de forma progressiva e a longo prazo (Grosman, Lucas S. *Escasez e Igualdad: Los derechos sociales em la Constitución*. Ed. Buenos Aires: Libreria 2008, p. 18-19).

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIRETO. Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2008, p. 14

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p.15

conjunto de deveres jurídicos ao Estado, impondo-lhe obrigações expressas ou implícitas quanto à proteção do direito fundamental<sup>51</sup>.

Portanto, o direito à saúde, ao ser analisado em um sentido amplo, gera várias espécies de pretensões jurídicas que o ordenamento constitucional assegura aos cidadãos.

Pode apresentar-se como direito de defesa, na medida em que protege a liberdade de escolha dos métodos de tratamento e dos medicamentos que o titular do direito irá utilizar, sendo vedada imposição do Estado nesse sentido<sup>52</sup>.

Neste contexto, a título de exemplo, imagine um indivíduo que dispõe de plano de saúde e jamais fez uso do SUS. Diante desta situação, provavelmente, não será revelada a dimensão positiva deste direito, mas sim a negativa, referente a função de defesa, a qual exige a não interferência do Estado nas escolhas médicas desta pessoa (profissional que irá consultar, procedimentos que desejará adotar)<sup>53</sup>.

Saulo Pivetta aponta, ainda, que atuando como direito de defesa o direito à saúde permite ao cidadão escolher a orientação médica que usará para tratar da sua enfermidade, bem como “*assegura que nenhum médico decida arbitrariamente, por exemplo, qual procedimento cirúrgico será adotado em um paciente que tenha pleno domínio de suas faculdade mentais.*”<sup>54</sup>.

No entanto, uma função não exclui a outra, pois o direito à saúde apresenta também uma função de prestação fática, quando garante o fornecimento de serviços médicos ambulatoriais ao cidadão. Veja-se aqui a hipótese de um cidadão que não dispõe de plano de saúde, neste caso restará muito mais acentuada a função prestacional do direito<sup>55</sup>.

Outra função é a organizacional, que implica na necessidade da criação, por parte do Estado, de órgãos e pessoas jurídicas (como postos de saúde e hospitais públicos, bem como estruturas para o atendimento da população em geral)<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 32

<sup>52</sup> Ibidem, p. 33

<sup>53</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito -). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 33.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 35

<sup>55</sup> Ibidem, p. 33

<sup>56</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Admisnitativa...* Op. Cit.,p. 33.

Vislumbre-se, também, a sua função de procedimento, no tocante à elaboração de normas administrativas que regulamentem os requisitos para a distribuição de medicamentos que integram o componente básico da Assistência Farmacêutica<sup>57</sup>.

Por fim, possui uma função de proteção, a partir do dever de definição de uma política de vigilância sanitária, que crie normas proibitivas à comercialização de produtos e insumos que possam gerar risco à saúde, fiscalizando a sua regular observância pelos particulares<sup>58</sup>.

É importante mencionar a diferença apontada por Saulo Lindorfer de que a função de defesa distingue-se da função de proteção. Esta “*impõe ao Poder Público o dever de evitar, através de uma atuação positiva, que terceiros promovam intervenções ilícitas*” no âmbito da saúde. Já a função de defesa “*se destina a impedir que o Estado intervenha arbitrariamente na esfera jurídica dos cidadãos*”<sup>59</sup>.

Além disso, sob uma acepção estrita (visualiza cada uma dessas pretensões jurídicas isoladamente), cada uma destas facetas do direito à saúde também consiste em direito fundamental<sup>60</sup>.

Pense-se no direito de receber do Estado medicamento inserido na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, esta é apenas uma faceta do direito à saúde, porém mesmo que isoladamente considerada, é um direito fundamental e receberá tratamento distinto daquele destinado à outra pretensão de que decorra do direito à saúde, como, por exemplo, o direito ao atendimento em hospitais públicos<sup>61</sup>.

Verifica-se, assim, que a falta de percepção sobre a multifuncionalidade do direito à saúde, bem como a tentativa de reduzi-lo à condição de direito subjetivo individual, como estratégia para garantir a sua efetivação judicial, pode ferir o princípio da igualdade no caso de ser concedida apenas para um jurisdicionado, medida, esta, que deveria ser estendida a todos os titulares da mesma pretensão jusfundamental<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 33

<sup>58</sup> Idem

<sup>59</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito -). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 35.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 34

<sup>61</sup> Idem

<sup>62</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso classifica os direitos fundamentais constitucionais como direitos subjetivos, a fim de defender sua exigibilidade perante o Judiciário (BARROSO, Luís

Conclui-se, portanto, que o direito à saúde, por ser um direito social fundamental, é mais do que mero direito subjetivo, sendo que as estratégias para a sua efetivação devem levar em conta esta característica.

Assim sendo, estabelecidas estas premissas a respeito do direito à saúde como um direito social fundamental de natureza jurídica complexa e multifuncional, o próximo tópico irá abordar o tema da efetivação dos direitos fundamentais e a promoção da igualdade.

### **1.3. Excessiva judicialização como entrave para uma implementação igualitária do direito à saúde: necessidade da atuação da Administração Pública para a efetivação integral e universal do direito à saúde**

Estabelecida a fundamentalidade dos direitos sociais, restou claro que ao direito à saúde aplica-se o mesmo regime jurídico destinado aos direitos fundamentais, inclusive a aplicabilidade imediata, trazida pelo artigo 5º, §1º, da Constituição Federal. Diante do teor desta norma surgiram teorias a fim de interpretar os contornos da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Um primeiro posicionamento a ser defendido foi o de que os direitos sociais constituem meros programas de ação governamental. Argumentavam que as disposições constitucionais relativas a eles não apontavam o responsável por sua efetivação, não definindo concretamente a prestação devida, e nem mesmo a precisa prestação reclamada do Estado para a sua solução. Consistiriam, assim, em disposições dependentes de regulamentação por parte do legislador, sem as quais seriam inexigíveis<sup>63</sup>.

De outro lado, visando acabar com a falta de efetividade dos direitos fundamentais derivada do primeiro posicionamento, surgiu uma nova teoria, a qual buscou reconhecer a eficácia jurídica e assegurar a eficácia social das disposições constitucionais. Com isso, parcela da doutrina conhecida por *doutrina brasileira da*

---

Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 50-51)

<sup>63</sup> CLÉVE, Clemerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 20

*efetividade*<sup>64</sup> passou a sustentar a possibilidade de se postular judicialmente, em face das omissões da administração pública, a realização dos direitos sociais.

Destaca-se, portanto, uma segunda tendência do constitucionalismo brasileiro voltada à expressiva ampliação da intervenção judicial com vistas à concessão de prestações estatais positivas dirigidas à integral efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Essa segunda tendência implicou na adoção de um caminho que passou “*da falta de efetividade à judicialização excessiva*”, principalmente no âmbito da saúde, gerando a proliferação de provimentos judiciais fundamentados mais na emoção que na razão, determinando o poder executivo ao fornecimento de prestações que extrapolam os limites da razoabilidade, seja por conceder tratamentos experimentais, ou que não existem no âmbito nacional, bem como tratamentos desnecessários<sup>65</sup>.

Este novo cenário acaba por colocar em risco o prosseguimento das políticas públicas, prejudicando o planejamento regular das ações administrativas voltadas à universalidade da população e afetando o emprego racionalizado dos serviços públicos<sup>66</sup>.

Para demonstrar quão dramático é o quadro que se desenvolveu a partir desta excessiva judicialização no âmbito do direito à saúde, veja-se a pesquisa apontada por Daniel Hachem em sua tese de doutorado, a qual demonstra que o Município de Campinas, no ano de 2009, gastou o valor de R\$2.505.762,00 com o pagamento de condenações judiciais de fornecimento de medicamentos, para atender as 86 ações propostas naquele ano, beneficiando apenas 253 pacientes<sup>67</sup>.

O valor total destinado aos gastos com medicamento neste período para atender aos usuários do Sistema Único de Saúde foi de R\$16.929.316,29. Tendo em vista o número de habitantes do Município, tais dados demonstram que quase 16% do orçamento municipal reservado para cobrir os custos com medicamentos foram

---

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Souza Neto, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 878

<sup>65</sup> Ibidem, pp. 875-903.

<sup>66</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p.50

<sup>67</sup> Ibidem, p. 52



empregados para atender apenas 0,023% da população que ingressou com medidas judiciais<sup>68</sup>.

Tal autor indicou, ainda, outra pesquisa que demonstra que situação semelhante ocorreu no Estado de Minas Gerais no ano de 2010, uma vez que, dos R\$360.029.986,11 gastos com fornecimento de medicamentos básicos e de alto custo pelo Estado, R\$55.052.215,84 foram designados para a execução de decisões judiciais dessa natureza, para um total de 4.762 pacientes em um Estado com 19.595.309 moradores. Desta forma, apenas 0,024% dos cidadãos do Estado, que entraram com ações judiciais para garantir o acesso a esses bens, despenderam aproximadamente 15,3% do total orçamentário destinado para os gastos com a distribuição de medicamentos<sup>69</sup>.

Este acontecimento demonstra que, em que pesem dotadas de boas intenções, algumas das decisões judiciais dessa natureza deixam de levar em conta características cruciais da satisfação universal dos direitos fundamentais sociais, na medida em que eles acabam sendo efetivados apenas individualmente e pela via judicial, ignorando a necessidade de uma satisfação igualitária destes direitos.

Note-se, ainda, que nem todos têm acesso à via judicial, sendo que o acesso ao Poder Judiciário no Brasil ainda é limitado à classe média e à classe alta da população<sup>70</sup>.

De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, uma pesquisa realizada no Estado de São Paulo, no período de 1997 a 2004, demonstrou que, dentre todas as ações ajuizadas, em 67,7% dos casos a parte autora possuía advogados particulares<sup>71</sup>.

Além disso, pesquisa realizada em 2005 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre fornecimento de remédios para tratamento do vírus da AIDS demonstrou que, das 48 decisões encontradas, 96% das ações judiciais foram propostas por meio de demandas individuais. Em contrapartida, somente 4% das

<sup>68</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 52

<sup>69</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A Maximização dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais pela Via Administrativa e a Promoção do Desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, pp. 340-399, janeiro/junho, 2013, p. 352.

<sup>70</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva... Op. Cit.*, p. 52

<sup>71</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 533-534

ações foram propostas pelo Ministério Público Estadual ou Federal, na forma de ação civil pública<sup>72</sup>.

Infere-se destes dados que as pessoas de baixa renda acabam ficando excluídas da tutela judicial, uma vez que devido as suas baixas condições financeiras, bem como ao pequeno grau de instrução, acabam por não ter acesso material ao sistema judiciário.

Além disso, considerando que a maior parte das demandas são propostas em caráter individual, isso aumenta ainda mais o índice de desigualdades, pois a decisão favorável para um determinado pedido não se estenderá para o resto da coletividade.

Com base nessa realidade ocasionada pela doutrina da efetividade, surge a teoria de que os direitos fundamentais sociais apenas deveriam ser postulados judicialmente naquilo que se refere ao mínimo existencial. Além disso, Ricardo Lobo Torres passou a defender que apenas a parcela do mínimo existencial dos direitos sociais poderia ser considerada dotada de fundamentalidade<sup>73</sup>.

Refuta-se aqui as três tendências mencionadas. Destaca-se, primeiramente, que negar genericamente a efetivação jurisdicional dos direitos sociais resulta em empecilho ao desenvolvimento social. Em diversas ocasiões será necessária a provocação de juízes, por mecanismos de tutela individual ou coletiva de direitos para que seja possível a materialização concreta das disposições constitucionais<sup>74</sup>.

Por outro lado, acreditar que o judiciário é capaz de solucionar o problema da efetivação dos direitos sociais, também não é o posicionamento mais adequado, pois conforme já demonstrado, a excessiva judicialização acaba por prejudicar o planejamento regular das ações administrativas voltadas à universalidade da população, bem como representa um entrave para a promoção da igualdade material.

Tampouco é correto afirmar que os direitos sociais apenas são exigíveis no tocante ao mínimo existencial. Em verdade o mínimo existencial refere-se àquela parcela dos direitos fundamentais que jamais pode deixar de ser tutelada, pois por

---

<sup>72</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p.52.

<sup>73</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v.12, Rio de Janeiro, 2003, p. 349-374.

<sup>74</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Admisnitrativa Efetiva...* Op. Cit, p. 44.

fazer parte do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo imprescindível para a vida de qualquer cidadão, deverá sempre ser efetivada, porém corresponde apenas à parcela dos direitos sociais, os quais vão muito além deste mínimo<sup>75</sup>.

Adota-se aqui, portanto, o posicionamento de Daniel Hachem, o qual defende a jusfundamentalidade integral dos direitos sociais, considerando-se o mínimo existencial como “*piso mínimo*” e não como o “*teto máximo*” para a implementação destes direitos<sup>76</sup>.

Defende-se, portanto, que para que a igualdade material seja observada, a implementação do direito à saúde deve caber à administração pública, por meio da alocação planejada e racionalizada dos recursos públicos em ações dirigidas ao atendimento integral, universal e igualitário da população.

Devido ao recorte teórico necessário para a realização deste trabalho, não serão tratados aqui os limites para a intervenção do judiciário, apenas aponta-se que, embora necessária, ela não deve ser o foco para a implementação dos direitos sociais, mas sim a Administração Pública, por todos os motivos já expostos.

É importante mencionar que para que a Administração Pública de fato efetive a igualdade material, ela tem o dever de atuar de forma maximizada, ou seja, precisa implementar o máximo possível dos direitos sociais e não o mínimo.

Isto porque, apenas com esta forma de atuação será possível alcançar a “*igualdade de posições*” e não apenas a “*igualdade de oportunidades*”. Aquela consiste em reduzir a distância existente entre as diversas classes sociais, ou seja,

---

<sup>75</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 106

<sup>76</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 227. Também são adeptos desta corrente: CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: fórum, 2011, pp. 106-107; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: *Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 350; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 579.

busca diminuir as diferenças de salários, condições de vida e acessos a serviços entre pessoas que ocupam diferentes posições sociais<sup>77</sup>.

Por outro lado, a segunda visa proporcionar a todas as pessoas a mesma oportunidade de alcançar as melhores posições sociais, porém não se preocupa em diminuir a distância existente entre estas posições<sup>78</sup>.

O modelo de igualdade de oportunidades não é capaz de atingir o seu objetivo principal, pois sem diminuir as diferenças entre as inúmeras posições sociais não será possível acabar com as discriminações que afetam as camadas da sociedade mais prejudicadas, impossibilitando que exista, de fato, a igualdade de oportunidades.

Por isso, a garantia do mínimo existencial, por si só, não resulta na efetiva igualdade de chances entre os cidadãos de alcançar as melhores posições no meio social. Embora imprescindível ele não é suficiente, pois os cidadãos que forem contemplados apenas com este piso mínimo estarão a uma distância tão grande dos sujeitos mais abastados da sociedade que eles muito dificilmente poderão, por maiores que sejam os seus méritos, conseguir os postos mais elevados.

Assim sendo, será alcançada a igualdade de posições na medida em que for reduzida a distância entre as classes sociais, e isto apenas ocorrerá se os direitos sociais forem efetivados em sua plenitude, e não apenas em sua dimensão mínima<sup>79</sup>.

Justamente por este motivo que os direitos sociais tutelados pela CF de 1988 não se prestam apenas a oferecer ao cidadão um mínimo, pois ela sinaliza para a ideia de máximo uma vez que seus objetivos (I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação)<sup>80</sup> apenas serão efetivamente atingidos se realizados os direitos sociais de forma maximizada.

---

<sup>77</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A Maximização dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais pela Via Administrativa e a Promoção do Desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, pp. 340-399, janeiro/junho, 2013, p. 370-371.

<sup>78</sup> Idem

<sup>79</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 115

<sup>80</sup> Brasil, *Constituição Federal*, 1988: artigo 3º: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o

Portanto, para que o direito à saúde seja implementado de uma maneira adequada, é necessário realizar um estudo a respeito dos instrumentos administrativos que possibilitem que tal direito seja efetivado de forma integral e igualitária pela Administração Pública.

Assim sendo, os próximos capítulos deste trabalho irão abordar algumas ferramentas administrativas úteis para a implementação igualitária do direito à saúde.

## **CAPÍTULO II - PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E ALTERNATIVAS PARA SANAR O PROBLEMA DO SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO**

Demonstrou-se ao longo do primeiro capítulo que para que o direito à saúde seja implementado de uma forma igualitária, deverá ser a Administração Pública o foco de atuação e não o poder Judiciário.

Acontece que, na prática, a Administração Pública não vem agindo de maneira efetiva para proporcionar tal direito. Assim, pretende-se neste capítulo (e no próximo) tratar de alguns instrumentos administrativos que viabilizem uma tutela efetiva e igualitária do direito à saúde.

### **2.1. Prazo para decidir os pedidos administrativos e silêncio da Administração**

O primeiro instrumento a ser aqui estudado será o processo administrativo, uma vez que ele é a ferramenta que os indivíduos possuem para reivindicar a tutela administrativa da faceta subjetiva do seu direito à saúde.

Conforme leciona Romeu Felipe Bacelar Filho o processo administrativo não é um mero procedimento, ou seja, uma simples sequência de atos ordenados praticados para um determinado fim administrativo. O processo é mais do que isso, ele forma-se quando o procedimento envolve a possibilidade de surtir efeitos positivos ou negativos para o cidadão, sendo assim necessária a sua participação no processo por meio do contraditório<sup>81</sup>.

Diante desta característica do processo administrativo (de envolver a possibilidade de surtir efeitos na esfera jurídica das pessoas) não há como negar a incidência de princípios constitucionais processuais “*como o devido processo legal, o contraditório, o juiz natural, a razoável duração do processo, entre outros que*

---

<sup>81</sup> BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54. Ainda neste sentido Odete Medauar entende que o processo pressupõe a colaboração dos interessados em contraditório, traduzindo uma malha de vínculos mais rica do que o procedimento e com vertente da garantia associada aos direitos fundamentais. (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 445).

visam a garantir uma decisão justa da administração”<sup>82</sup> sobre a atividade administrativa.

Portanto, o processo administrativo não é uma mera ferramenta por meio da qual o Estado pratica seus atos de acordo com a lei e com o Direito, mas consiste sim em um direito fundamental acolhido pelo artigo 5º, LV, da CF: “*Mais tecnicamente, trata-se de uma garantia fundamental, por possuir um caráter instrumental que visa assegurar a tutela de outros bens jurídicos de estatura jusfundamental em face do poder público*”<sup>83</sup>.

Ainda, o processo administrativo apresenta duas dimensões. A primeira delas consiste em uma função de defesa, já que pode ser usado pelo cidadão para proteger-se de investidas da Administração Pública contra seus direitos. Por outro lado, apresenta também uma função prestacional, uma vez que pode ser usado como uma “arma”, por meio da qual o particular pode exigir do Estado prestações positivas para a efetivação de seus direitos sociais<sup>84</sup>.

Acontece que a Administração Pública muitas vezes desrespeita os princípios constitucionais referentes ao processo administrativo, principalmente no que diz respeito à duração razoável do processo.

Tal desrespeito se torna ainda mais alarmante em razão do fato de que não há tratamento adequado para a inação da Administração Pública. O cidadão prejudicado, no caso de não receber uma resposta em tempo pertinente, acaba sendo obrigado a recorrer ao judiciário.

Portanto, embora diversos sejam os elementos necessários para que o processo administrativo proporcione uma tutela efetiva dos direitos sociais<sup>85</sup>, este

<sup>82</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 447

<sup>83</sup> Ibidem, p. 448

<sup>84</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014, p. 148.

<sup>85</sup> Daniel Hachem afirma que em relação ao processo o direito à tutela administrativa efetiva compreende os seguintes direitos: “(i) o direito de petição, com possibilidade de o requerente recorrer à autoridade administrativa competente e expor suas pretensões dentro do processo; (ii) o direito do cidadão de ser ouvido, em um processo administrativo prévio à prática de todo e qualquer ato que afete sua esfera jurídica, o qual não pode transformar-se em um mera formalidade rotineira ou em uma aparência formal de defesa, devendo, ao contrário, consistir na possibilidade de real participação útil do indivíduo no processo; (iii) o direito de publicidade e vista do expediente de maneira ampla e irrestrita; (iv) o direito de oferecer e produzir provas; (v) o direito à autodefesa, compreendendo o direito de presença e o direito de audiência; (vi) o direito à defesa técnica por advogado, considerado imprescindível nos processos de cunho sancionador; (viii) o direito à tutela cautelar em sede administrativa, mesmo na falta de disposições legais

trabalho irá esmiuçar o tema referente ao prazo razoável do processo administrativo, em razão de ser um dos principais elementos que impedem que o direito à saúde seja implementado pela Administração Pública.

De acordo com o artigo 48 da Lei nº 9.784/99 a Administração Pública tem o dever de proferir decisão sobre demandas administrativas que lhe forem propostas e sejam de sua competência<sup>86</sup>. André Saddy ressalta, ainda, que a resposta proferida pela Administração Pública deverá ser expressa, clara e compreensível<sup>87</sup>.

Além disso, o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição assegura aos cidadãos a razoável duração dos processos administrativos e judiciais<sup>88</sup>. No Brasil cada unidade da federação possui autonomia para criar leis que tratem do processo administrativo, inclusive para editar prazos<sup>89</sup>.

No entanto, algumas entidades municipais e estaduais não editaram leis que tratem sobre os prazos para as decisões administrativas. Nestes casos, será aplicado o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período, em casos motivados, definido no artigo 49 da Lei Federal 9.784/99.

Tal aplicação se dá por analogia, e não por subsidiariedade, tendo em vista que o referido prazo geral serve como um parâmetro para dar consistência ao

---

específicas, em analogia ao poder geral de cautela conferido ao juiz, em casos de proteção urgente de direitos fundamentais no âmbito administrativo; (ix) o princípio do formalismo atenuado, sempre a favor do cidadão e jamais da Administração; (x) a obrigação da Administração de resolver o requerimento administrativo sem dilações indevidas e dentro de um prazo razoável; (xi) o direito a uma decisão fundada, na qual sejam efetivamente considerados os argumentos deduzidos pelos interessados; (xii) o direito à interposição de recursos à autoridade hierárquica superior; (xiii) impossibilidade de condicionar a interposição de recursos ou impugnação de atos ao pagamento prévio de dívidas, multas ou constituição de cauções, sempre que isto possa impedir o exercício dos direitos; entre outros desdobramentos.” (HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014 p. 448).

<sup>86</sup> BRASIL, *Lei nº 9.784, 1999*: Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

<sup>87</sup> SADDY, André. Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n.20, novembro de 2009, p.02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em 01.10.2014

<sup>88</sup> Art. 5, LXXVIII da CF: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>89</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014, p. 150.



princípio da razoável duração do processo, nos casos em que não há um prazo específico definido<sup>90</sup>.

Contudo, é importante mencionar que prazo razoável não é sinônimo de prazo legal, pois é possível que em determinadas situações concretas o prazo legal não seja razoável em razão da especificidade da demanda proposta perante a administração<sup>91</sup>.

Essa situação torna-se ainda mais evidente quando se fala em direito à saúde. Imagine que o pedido tenha sido apresentado por um indivíduo doente, em estado grave, que necessitasse da internação imediata em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou do fornecimento de um medicamento para a sua sobrevivência. Neste caso é incoerente afirmar que aguardar um prazo legal de trinta dias ou mais seria razoável<sup>92</sup>.

Assim sendo, quando a Administração Pública demora a emitir uma decisão, ela poderá gerar uma prática ilícita quando não respeita o prazo legalmente estabelecido por lei infraconstitucional, ou poderá incorrer em uma prática inconstitucional por desrespeitar o direito à duração razoável do processo.

Note-se que o direito à razoável duração do processo, por força do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, incide de forma direta e imediata sobre a atividade administrativa, uma vez que os direitos fundamentais não incidem apenas sobre as atuações legislativas e jurisdicionais, mas também sobre a função administrativa<sup>93</sup>.

Portanto, “a Administração está antes de tudo obrigada a cumprir o direito fundamental à razoável duração do processo, e apenas secundariamente compelida a cumprir o prazo fixado na lei.”<sup>94</sup>.

Desta forma, o prazo legal consiste no prazo máximo para a Administração proferir decisão sobre uma demanda que a ela foi proposta. Será possível, assim, que a Administração tenha o dever de decidir antes do prazo legal estipulado, em razão do princípio da razoável duração do processo, nos casos emergenciais.

---

<sup>90</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, 452.

<sup>91</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014, p. 151

<sup>92</sup> *Ibidem*, 150.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 151

<sup>94</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa... Op. Cit.*, p. 452.

Contudo, esta diferenciação entre prazo razoável e prazo legal não representa uma relatividade absoluta em relação aos prazos processuais, conforme defende Marcos Gómez Puente. Para este autor o prazo legal serve apenas como um parâmetro, sendo que poderá ser afastado tanto em favor do particular, caso a situação concreta exija, e até mesmo poderá ser estendido em favor da administração pública, nos casos em que demonstrar que as circunstâncias exigiram tal prolongamento<sup>95</sup>.

A partir deste entendimento resta enfraquecida a posição jurídica do cidadão, uma vez que os prazos tornam-se demasiadamente flexíveis, inexistindo, assim, um lapso temporal máximo que coaja a administração pública a decidir.

É importante notar que os prazos fixados por lei consistem em uma garantia aos indivíduos de que há pelo menos um período temporal máximo dentro do qual a Administração será obrigada a decidir o processo administrativo<sup>96</sup>.

Relativizar este prazo representaria retirar do cidadão esta garantia mínima destinada ao particular, fazendo, assim, com que um processo administrativo que já se demonstra muitas vezes inefetivo em razão da demora, torne-se ainda mais prejudicial aos cidadãos, principalmente no que se refere ao tema da saúde pública, uma vez que as demandas relativas a este tema não podem sujeitar-se a prazos prolongados e indefinidos.

Portanto, o entendimento mais adequado em relação a este assunto é o de que os prazos legais são coercitivos, no sentido de que a Administração Pública não poderá ultrapassar o lapso temporal estipulado pela lei.

No entanto, em razão do princípio da razoável duração do processo, será possível que a Administração Pública seja compelida a decidir antes do prazo legal estipulado, principalmente quando se tratarem de demandas na área da saúde. Isto porque estes casos geralmente apresentam situações emergenciais, as quais não podem esperar um prazo de 30 dias ou mais para ter seu pedido apreciado.

Veja-se, então, que quando a Administração Pública não profere decisão dentro de um prazo razoável (que poderá ser igual ao prazo legal ou inferior a ele,

---

<sup>95</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002 p. 508-509

<sup>96</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 454.

caso a situação concreta assim exija), este descumprimento fará com que a passividade administrativa seja antijurídica<sup>97</sup>.

Frise-se que a antijuridicidade da conduta refere-se à prática de um comportamento contrário ao ordenamento jurídico, que é verificado quando a Administração Pública descumpre o preceito do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, ao deixar de proferir decisão dentro de um prazo razoável.

Destarte, antijuridicidade não se confunde com culpabilidade, já que esta tem um significado diferente, pois visa verificar se a Administração, ao praticar uma antijuridicidade, agiu com culpa ou não, isto é, se ela tinha a possibilidade, no caso concreto, de ter adotado uma conduta diversa que evitasse a prática antijurídica, tornando, assim, a conduta reprovável perante o direito e passível de sofrer uma sanção jurídica. Por outro lado, sendo comprovado que não havia possibilidade de ser adotado outro comportamento por parte da Administração, esta fica eximida da culpa<sup>98</sup>.

Constata-se, portanto, que a omissão do ente administrativo quando viola o prazo razoável será sempre uma conduta antijurídica, pois violou uma norma constitucional, porém poderá não ser culpável, nos casos em que for comprovado que a Administração não tinha condições de adotar um comportamento diferente.

Nas situações em que for configurada responsabilidade subjetiva do Estado é necessária a comprovação da culpa para fins de responsabilizar o Poder Público. Por outro lado, quando se está diante da responsabilidade objetiva, a existência de nexos de causalidade entre o resultado e a conduta já é suficiente, não sendo necessária a comprovação da culpa<sup>99</sup>.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello quando a falta se der por meio da omissão da Administração estará configurada a responsabilidade subjetiva do Estado, mas se ocorrer em razão de uma ação estará configurada a responsabilidade objetiva<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, PP. 454-455

<sup>98</sup> Idem

<sup>99</sup> Para aprofundar o estudo sobre o tema da responsabilidade do Estado por omissão em matéria de direitos sociais fundamentais veja: HACHEM, Daniel Wunder. *Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión*. *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 12, n. 1, p. 285-328, n./jun. 2014.

<sup>100</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 862

Contudo, tal posicionamento não é pacífico, pois Emerson Gabardo defende a adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos, com base no artigo 37, § 6º da Constituição Federal<sup>101</sup>.

André Saddy entende que o silêncio da Administração (ausência de resposta da administração dentro do prazo) é configurado como uma ausência de um dever jurídico de agir, podendo ser considerado como um ato ilícito. Conseqüentemente, este autor sustenta que incide sobre o silêncio administrativo a responsabilidade civil objetiva<sup>102</sup>.

O silêncio administrativo gera inúmeras conseqüências para os cidadãos, contudo, é tema pouco abordado na doutrina brasileira. Geralmente, discute-se a possibilidade de indenização ao prejudicado pela inação da Administração Pública<sup>103</sup>.

Ocorre que no tocante ao direito à saúde, a indenização posterior muitas vezes é ineficaz, pois as demandas das pessoas enfermas, principalmente aquelas em estado emergencial, precisam de uma resposta momentânea, sendo que a demora da Administração em proferir uma decisão pode ser irreparável, pois o que está em risco é a vida do indivíduo.

Desta forma, a proposta deste trabalho é de abordar métodos administrativos aptos a compelir a Administração Pública a proferir uma resposta para as demandas de saúde em tempo hábil, bem como, no caso de descumprimento do prazo razoável, tratar de uma alternativa para que o direito do cidadão seja efetivado.

## 2.2. Silêncio Administrativo

Inicialmente, é importante mencionar que o silêncio da Administração (situação fática que ocorre quando a decisão administrativa não é proferida dentro

---

<sup>101</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. (Coords.). *Direito Público moderno: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

<sup>102</sup> SADDY, André. Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n.20, novembro de 2009, p.35. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>.

Acesso em 01.10.2014.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 5.

de um prazo razoável), é diferente do silêncio administrativo, que é um “*instituto jurídico que se configura quando reunidos certos requisitos e enseja determinados efeitos jurídicos*”<sup>104</sup>.

De acordo com Daniel Hachem o silêncio administrativo surgiu no século XIX, na França, “*como uma técnica jurídica voltada a resolver o problema do caráter revisor da jurisdição contencioso-administrativa*”.

No direito francês vigia um sistema dualista de jurisdição, ou seja, ao lado da jurisdição comum foi criada a jurisdição administrativa (contencioso administrativo). Isso porque os franceses, após a revolução, cultivaram uma desconfiança em relação ao judiciário, bem como buscavam garantir de todas as maneiras o princípio da separação dos poderes. Assim criaram o contencioso administrativo, a fim de que as decisões administrativas não ficassem sujeitas ao judiciário, mas sim a própria Administração<sup>105</sup>.

Note-se que a jurisdição administrativa possuía apenas uma função revisora da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, limitando-se a declarar a conformidade dos atos administrativos com a lei. Logo, não cabia ao juiz administrativo condenar o Estado a praticar uma determinada ação ou impor-lhe medidas coercitivas a fim de compeli-lo a agir<sup>106</sup>.

Em razão desta lógica do sistema francês não havia tratamento para a omissão da Administração Pública, já que estando o contencioso administrativo restrito à função revisora de atos, não havia possibilidade de lidar com os casos omissivos.

Desta forma, a fim de criar uma alternativa para possibilitar a apreciação dos casos de omissão pela jurisdição administrativa, foi criada a ficção jurídica do silêncio administrativo, que consistia em considerar a ausência de resposta da administração como uma decisão denegatória, a fim de possibilitar a revisão do processo pelo contencioso administrativo<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 455.

<sup>105</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 04

<sup>106</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa...Op. Cit.*, p. 455

<sup>107</sup> GIL, José Luis Meilán. El Silencio de la Administración. *AFDUC* 16, 2012, pp. 275-294, ISSN: 1138-039X. pp. 277-278.

Então, o principal objetivo da figura do silêncio administrativo era permitir que o cidadão pudesse interpor recurso perante a justiça administrativa em face de um comportamento omissivo da administração.

Segundo Gaston Jèze foi atribuído ao silêncio administrativo um sentido negativo (e não positivo), por ser considerado que a manutenção do “*status quo*” seria menos grave do que autorizar a criação de uma situação nova, sem a análise da administração<sup>108</sup>.

Contudo, tal racionalidade favorecia a Administração Pública e prejudicava o cidadão. Portanto, no século XX, surgiram leis específicas atribuindo para determinados casos efeitos positivos para o silêncio da Administração. Já na Espanha<sup>109</sup> e na Alemanha<sup>110</sup> os efeitos positivos foram adotados como regra geral.

Conforme aponta Fernando E. Juan Lima há discussões na doutrina a respeito da natureza do silêncio administrativo, se ele se trata de uma ficção jurídica, de uma presunção, de uma infração ou de um verdadeiro ato<sup>111</sup>. Será tratada aqui a distinção entre a natureza jurídica dos resultados produzidos pelo silêncio administrativo positivo e negativo.

Perceba-se que o silêncio administrativo sob uma perspectiva do Direito, equivale a um fato<sup>112</sup> ao qual a ordem jurídica pode vir a consagrar efeitos negativos ou positivos, sendo que ele ocorre quando a Administração Pública descumpre o dever de decidir de forma expressa dentro de um prazo razoável.

Adota-se aqui, portanto, o posicionamento de Daniel Hachem que entende que o silêncio administrativo consiste em um “*comportamento ilícito do Estado no*

<sup>108</sup> Gaston Jèze, apud HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014 pp. 456-457

<sup>109</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*, p. 457.

<sup>110</sup> De acordo com Thiago Marrara “*A autorização fictícia [...] nasce como regra geral do processo administrativo alemão para conferir-lhe mais agilidade em benefício dos administrados e, sobretudo, em benefício de empresas estrangeiras que desejarem prestar serviços no território alemão*” (MARRARA, Thiago. A “*autorização Fictícia*” no direito administrativo. *RDA- Revista de Direito Administrativo*. n. 251, maio/agosto de 2009, Belo Horizonte, p. 2.

<sup>111</sup> LIMA, Fernando E. Juan. El Silêncio Administrativo: Problemas Actuales. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 7, setembro de 2006, Salvador, p. 3 > Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-FERNANDO%20JUAN%20LIMA.pdf>

<sup>112</sup> Luiz Manuel Fonseca Pires diferencia ato administrativo de fato administrativo: “*ato e fato administrativo são diferentes, então, porque os atos são declarações, são “falas prescritivas”, nas lições de Celso Antonio Bandeira de Mello, enquanto os fatos não são prescrições ou enunciados, o fato nada diz, apenas acontece*”. (PIRES, Luis Manuel Fonseca. Licenças urbanísticas e o silêncio administrativo: as tutelas judiciais possíveis diante da omissão da Administração Pública. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 5, n. 28, p. 3474-3484, jul./ago. 2006)

*exercício de sua função administrativa, ao deixar de obedecer tempestivamente à imposição legal de ditar uma resolução em um processo submetido à sua apreciação*<sup>113</sup>.

Ressalta-se, assim, o caráter prejudicial deste fenômeno, a fim de não se pensar que esta técnica poderá ser adotada para isentar a administração pública de resolver explicitamente expedientes administrativos<sup>114</sup>.

O instituto do silêncio administrativo deve ser usado como uma forma de diminuir os prejuízos causados aos cidadãos pela Administração Pública, bem como para compeli-la a decidir dentro de um prazo adequado, mas não para legitimar a inação administrativa.

A natureza jurídica do resultado gerado pelo silêncio negativo é diversa do produzido pelo silêncio positivo. Aquele consiste em uma ficção legal, já que presume uma resposta negativa ao pedido administrativo, com o intuito de permitir ao cidadão que entre com recurso contra a omissão estatal. Evidencia-se, dessa maneira, um fim eminentemente processual, representando uma “*modalidade anômala de término do processo administrativo*”. Já o silêncio positivo gera um ato administrativo de caráter presumido, consistindo em uma forma de conclusão do feito<sup>115</sup>.

Verifica-se, com isso, que o silêncio administrativo negativo jamais consistiu em uma solução para o problema da inação da Administração Pública. Consistia em uma garantia jurisdicional, já que era utilizado como instrumento para possibilitar a impugnação da omissão administrativa.

Assim, não é coerente a utilização desse instituto no Brasil, uma vez que neste país não há restrição jurisdicional para rever atos administrativos omissivos, pois estes também podem ser apreciados pelo judiciário.

Destaca-se que a utilização deste fenômeno no sistema nacional é ainda mais prejudicial quando se está diante de uma demanda de saúde, pois no caso de omissão a pretensão jurídica do indivíduo seria negada, sendo este obrigado a

<sup>113</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 457

<sup>114</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUNOZ, Jaime. El silencio administrativo. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, ano 1999, n° 3, Madrid, La Ley, p. 2123-2124, mayo./jun. 1999. p. 2123 e Daniel Wunder Hachem (HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela ... Op. Cit.*, p. 457

<sup>115</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela ... Op. Cit.*, p. 458

recorrer ao judiciário. Além da demora, em nada isto solucionaria o problema do excesso de demandas judiciais de saúde.

Além disso, tal alternativa, ao invés de compelir a administração a se manifestar de forma célere quanto aos processos que são de sua competência, incentivaria a administração pública a se manter inerte, pois ao considerar automaticamente negada a pretensão jurídica do particular nos casos de omissão “*funciona paradoxalmente como um prêmio à infração cometida pelo Poder Público, que não será obrigado a despende um centavo sequer do erário para satisfazer o direito, ao menos até que sobrevenha (e se sobrevier) uma ordem judicial*”<sup>116</sup>.

Ademais, o silêncio administrativo negativo também possibilita que o poder público automaticamente negue uma pretensão, se eximindo da necessidade de motivar os seus atos. Esta situação é completamente ilegal e inconstitucional, em razão da violação do art. 50, I da Lei nº 9.784/99<sup>117</sup> e ao princípio da motivação, dedutível do princípio da publicidade inscrito no art. 37, *caput* da Constituição Federal<sup>118</sup>.

Por fim, tratar com a omissão dessa maneira resulta em um encargo muito maior para o particular, uma vez que para ter a sua pretensão apreciada será obrigado a ingressar com uma ação no poder judiciário, tendo que enfrentar obstáculos burocráticos e financeiros para obter a tutela de seu direito, a qual a Constituição determina que deveria ser apreciada pela administração de forma espontânea<sup>119</sup>.

Resta claro, portanto, que o silêncio administrativo negativo não é uma alternativa eficiente para o problema da omissão estatal no Brasil. Por outro lado, embora também seja alvo de críticas, o silêncio positivo é uma opção muito mais efetiva, pois visa beneficiar o cidadão que teve seu direito descumprido pela Administração Pública, bem como compele esta a criar mecanismos para proferir decisões de forma mais célere, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

<sup>116</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 460

<sup>117</sup> BRASIL, *Lei 9784, 1999*: Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

<sup>118</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa... Op. Cit.*, p. 460.

<sup>119</sup> Idem.



### 2.3. Silêncio positivo como alternativa para efetivação do direito à saúde

Nos termos de André Saddy o efeito positivo destinado ao silêncio da Administração “*trata-se da atribuição legal que expressamente concede o que foi peticionado, solicitado ou requerido se decorrido o prazo para a autoridade pronunciar-se*”<sup>120</sup>. Portanto, o efeito positivo é uma técnica que faz com que a demanda proposta perante a Administração Pública seja automaticamente considerada favorável no caso de desrespeito aos prazos.

Em razão das deficiências apresentadas pelo efeito negativo atribuído à omissão da Administração, o silêncio administrativo positivo passou a ganhar mais espaço nos sistemas jurídicos. A Espanha, inclusive, editou a Lei n 4/1999 estabelecendo o efeito positivo como regra geral para a inação administrativa após o transcurso do prazo máximo para proferir uma resposta<sup>121</sup>. Assim, decorrendo o prazo que o Poder Público possuía para manifestar-se, automaticamente é atribuída uma resposta favorável ao pleito.

Note-se que surge com isso um ato administrativo presumido, sendo que dispõe a lei espanhola que a Administração não poderá proferir decisão contrária naquele mesmo processo que já foi atingido pelos efeitos positivos do silêncio do ente público.

No entanto, mesmo neste regime que adota os efeitos favoráveis como regra geral, não é qualquer pedido que poderá ter sua pretensão automaticamente aceita no caso de decurso do prazo sem resposta para a Administração. Alguns requisitos são necessários para que este fenômeno ocorra, conforme será demonstrado na sequência.

Destarte, é imprescindível que a demanda levada para a apreciação do Estado não seja contrária ao direito, pois é inadmissível o deferimento presumido no caso de pedidos ilícitos ou inconstitucionais. Da mesma forma, é evidente que o

---

<sup>120</sup> SADDY, André. Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n.20, novembro de 2009, p.14. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em 01.10.2014.

<sup>121</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 460

silêncio administrativo apenas vai ser acionado quando a inércia ocorrer por parte da Administração e não do requerente<sup>122</sup>.

Destaca-se, também, que a referida regra geral espanhola não é absoluta, pois normas específicas poderão atribuir efeito denegatório ao retardo da Administração<sup>123</sup>. Por este motivo a Lei 4/1999 estipula que a Administração está obrigada a “*publicizar e manter atualizadas as relações de processos administrativos com a indicação dos seus prazos máximos de duração e dos efeitos que serão produzidos pelo silêncio administrativo*”<sup>124</sup>.

Além disso, também deverá informar ao titular do processo administrativo o prazo máximo legalmente traçado para que tenha sua demanda apreciada, bem como sobre as consequências do silêncio no seu processo em concreto. Caso a Administração deseje extinguir o ato administrativo presumido originado do silêncio positivo, será necessário respeitar os mesmos requisitos para o desfazimento de atos administrativos expressos, já que o ato presumido gera os mesmos efeitos destes<sup>125</sup>.

Tal sistema exige, ainda, o respeito à situação jurídica consolidada, diante da edição de um ato administrativo expresso que venha a revogar o ato administrativo presumido. Isto porque o deferimento presumido gera as mesmas garantias de estabilidade e permanências dos atos explícitos.

Embora a adoção do silêncio positivo como regra geral seja mais benéfica para o cidadão, tal sistema foi objeto de diversas críticas.

Juan Alfonso Santamaria Pastor defende que não é concebível que uma autorização da Administração possa ser proferida por meio do silêncio, uma vez que é responsabilidade do Poder Público verificar se a pretensão do particular não se opõe ao interesse público. Ele afirma, ainda, que a lógica do setor privado possui interesses diversos do interesse público, portanto, o silêncio positivo ao deferir uma

---

<sup>122</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014, p. 160

<sup>123</sup> GIL, José Luis Meilán. El Silencio de la Administración. *AFDUC* 16, 2012, pp. 275-294, ISSN: 1138-039X. p. 280

<sup>124</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p.461

<sup>125</sup> Idem

determinada pretensão, sem possibilitar que a administração analise tal pedido, pode gerar problemas públicos irreparáveis<sup>126</sup>.

Outro ponto negativo ressaltado pelo referido autor é que o próprio particular também é prejudicado por esta técnica, em razão da insegurança jurídica causada por uma decisão advinda do silêncio, uma vez que ele não saberá se a administração irá, posteriormente, manter o ato presumido. Neste sentido, ele considera que o silêncio negativo é mais benéfico, pois em pese não confira nada ao particular, possibilita ao cidadão a obtenção de uma decisão definitiva pelo Tribunal<sup>127</sup>.

Por fim, autores como Fernando Garrido Falla<sup>128</sup> e Vicenç Cudola<sup>129</sup> trazem outra crítica ao silêncio positivo ao dizer que ele seria uma solução de pouca eficácia para a efetivação de direitos que necessitassem de uma prestação positiva do Estado para a sua implementação. Isso porque de acordo com estes autores a simples presunção de reconhecimento de um determinado direito não é suficiente se não há como compelir o Estado a prestar a demanda solicitada.

Por outro lado, há autores que apontam efeitos favoráveis produzidos pelo silêncio positivo, afirmando que tal método incentiva a agilidade da Administração fazendo com ela busque apreciar os processos e proferir respostas expressas dentro do prazo legal, a fim de evitar a incidência do deferimento presumido. Além disso, tais autores defendem que o silêncio positivo é muito mais benéfico para o cidadão<sup>130</sup>.

Note-se que tais críticas e elogios foram feitos principalmente no âmbito do sistema Espanhol, o qual adotou o silêncio positivo como regra geral. Assim, a fim

<sup>126</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. *Documentación Administrativa*, nº 208, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 107-120, 1986. p. 109. Disponível em <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/DA/208/DA\\_208\\_0107.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/DA/208/DA_208_0107.pdf)>. Acesso em 01.10.2014

<sup>127</sup> Ibidem, p. 112

<sup>128</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 16, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 85-116, ene./abr. 1955, p. 99

<sup>129</sup> AGUADO Y CUDOLÀ, Vincenç. Silencio administrativo e inactividad: limites y técnicas alternativas. Madrid: Marcial Pons, 2001, p.355 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 463.

<sup>130</sup> Neste sentido: RODRÍGUEZ-ARANA MUNOZ, Jaime. El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos. *Revista del Poder Judicial*, nº 53, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 309-324, ene./mar. 1999 p.315-318; e BOLEA FORADADA, Juan Antonio. El retraso de la Administración y el silencio administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 51, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 303-318, sep./dic. 1966, p. 311.

de verificar a possibilidade de aplicação de tal instituto para fins de dar maior eficácia para a promoção do direito à saúde no Brasil, é necessário analisar as peculiaridades do sistema brasileiro, e verificar se a aplicação da referida técnica será útil.

Conforme explica André Saddy o “*Direito brasileiro não possui, ao menos a nível federal, uma regra geral*” que regule a situação do silêncio da administração. A solução que usualmente tenta-se dar aos casos de omissão é a responsabilização do Estado, por meio de indenizações<sup>131</sup>. Contudo, esta prática não resolve o problema, e nos casos referentes à saúde é absolutamente insuficiente, pois o atraso na resposta do pedido pode ser fatal para o enfermo.

Em termos de regulamentação, o máximo que existe no Brasil são leis específicas que esporadicamente preveem a atribuição de efeitos (silêncio positivo ou silêncio negativo) para a inação da Administração Pública<sup>132</sup>.

Nos casos em que não houver qualquer efeito previsto para a omissão administrativa, restará ao particular a possibilidade de entrar com um recurso administrativo ou recorrer ao Judiciário após o decurso do prazo legal (ou do prazo razoável)<sup>133</sup>.

Além disso, para André Saddy no ordenamento jurídico brasileiro apenas poderá ser reconhecido o silêncio administrativo positivo ou negativo quando existir uma previsão expressa. Ele afirma que não há “*possibilidade de qualquer efeito legal sem a devida previsão normativa*”<sup>134</sup>.

Por outro lado, Daniel Wunder Hachem defende que sendo o silêncio administrativo uma infração jurídica por omissão, deverá a ele ser aplicada a mesma resposta que a lei dá ao descumprimento do prazo pelos particulares. Veja-se que o “*efeito jurídico atribuído à inércia do indivíduo em impugnar judicialmente, dentro do prazo legal, as violações à sua esfera jurídica praticadas pela Administração*” é a prescrição do seu direito de recorrer ao Judiciário. Assim, o silêncio do indivíduo

<sup>131</sup> SADDY, André. Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n.20,novembro de 2009, p.7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em 01.10.2014

<sup>132</sup> Idem.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 09

<sup>134</sup> SADDY, André. Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n.20,novembro de 2009, p.11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em 01.10.2014

“equivale a um consentimento que, transcorrido o lapso temporal legalmente fixado, não poderá mais ser revisto”<sup>135</sup>.

Perceba-se, então, que se foi a Administração que agiu de forma contrária à lei não é coerente punir o cidadão presumindo a negativa do pedido que deveria ter sido julgado pelo poder Público, pois desta forma ele estará sendo prejudicado já que será obrigado a recorrer ao Judiciário.

Assim sendo, a melhor alternativa para sanar o problema do silêncio da Administração é conferir efeitos positivos ao silêncio dos entes públicos em matéria de direitos fundamentais sociais. Note-se que não é necessária a previsão expressa para ser aplicado o silêncio positivo, pois o direito à razoável duração do processo e o direito à tutela administrativa efetiva, por serem direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, justificando, assim, a aplicação do silêncio positivo no caso de omissões administrativas<sup>136</sup>.

Contudo, o silêncio administrativo não deverá ser aplicado para todo e qualquer caso, sua incidência dependerá da observância de alguns requisitos. Primeiramente o pedido não poderá ser contrário à lei, bem como deverá ser “*uma pretensão jurídica jusfundamental à qual o ordenamento jurídico confere dimensão subjetiva, autorizando a sua exigibilidade perante o Estado*”<sup>137</sup>.

Em segundo lugar, o pedido deverá ter sido apresentado por meio de uma forma adequada, bem como ter sido instruído com a documentação necessária para a concessão do feito. Por fim, o particular deverá ter obedecido aos “trâmites legalmente previstos”<sup>138</sup>.

Daniel Hachem afirma que o início da produção de efeitos positivos deverá ocorrer logo após ter transcorrido o prazo legal fixado para a Administração decidir. Na falta de prazo estabelecido, deverá ser aplicado de forma analógica o prazo de 30 dias fixado pelo artigo 49 da Lei Federal 9.784/99<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 465-466.

<sup>136</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Silencio administrativo y derechos económicos y sociales. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, n. 429, p. 63-92, 2014, pp. 83-84.

<sup>137</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa..Op Cit.; p. 467*.

<sup>138</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014, pp. 167-168.

<sup>139</sup> Idem.

É importante destacar que este autor não defende que o silêncio positivo deva ser aplicado como regra geral no Brasil, para todo e qualquer caso de omissão administrativa, mas apenas em determinados casos, como aqueles que envolvem os direitos fundamentais sociais<sup>140</sup>.

Perceba-se que este escritor reconhece que “o ideal seria que o legislador brasileiro previsse o reconhecimento de efeitos positivos ao silêncio administrativo em caso de pedidos envolvendo a tutela de direitos fundamentais sociais”, a fim de proporcionar maior segurança jurídica ao cidadão. No entanto, ele também entende que na falta de uma medida legal específica, não é aceitável que os prazos sejam tratados de maneira obrigatória para o cidadão e apenas indicativa para o Estado<sup>141</sup>.

Entende-se aqui que tal posicionamento é mais adequado, pois de fato não é aceitável que em um Estado Social e Democrático de Direito (que estabelece constitucionalmente a razoável duração do processo, bem como o direito à tutela administrativa efetiva) a inação da administração pública seja presenteadada “como uma negativa tácita que exime o Poder Público até dos deveres legais de motivar a rejeição da pretensão e de ditar resolução expressa”<sup>142</sup>.

Contra a possível crítica de que o silêncio administrativo positivo poderia gerar insegurança jurídica Daniel Hachem acertadamente afirma que quando tal solução não é adotada, mas sim aquela que confere efeitos negativos à omissão da administração “a segurança que se proporciona é em favor de uma Administração infratora” que não cumpre os prazos legalmente estabelecidos e não sofre nenhuma consequência por sua ilegalidade, mas transmite o prejuízo para o cidadão, que terá seu pedido negado, sem sequer ter tido o direito de ter sua demanda apreciada. Portanto, ele conclui que “é muito maior a incerteza do particular que não recebe resposta à sua petição do que a sua insegurança de não saber se, uma vez produzido silêncio, posteriormente a Administração irá cassar o seu direito”<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014, pp. 169.

<sup>141</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p.469

<sup>142</sup> Idem.

<sup>143</sup> Idem

Além disso, não é correto afirmar que a adoção do silêncio administrativo criaria um “*caos social*”<sup>144</sup> em razão dos pedidos evidentemente prejudiciais ao interesse público serem aceitos, pois conforme afirma Daniel Hachem não é qualquer demanda que será atingida pelo silêncio positivo, mas apenas aquela “pretensão jurídica jusfundamental, cuja dimensão subjetiva autorize a sua exigibilidade perante o Estado”<sup>145</sup>.

O artigo 54 da Lei 9.784 estabelece que: “*o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*”. Diante do exposto neste dispositivo legal verifica-se que a demora da administração para proferir uma decisão definitiva que proporcione segurança jurídica ao cidadão é tão grave, que se chegou a estabelecer um prazo que faz decair o direito do Estado de modificar atos nulos<sup>146</sup>.

Assim sendo, se foi estabelecido um prazo máximo para que um ato contrário ao direito gere estabilidade para o particular, não é coerente impedir que seja fixado um período máximo temporal que permita ao cidadão fruir regularmente de um direito em conformidade com o ordenamento jurídico e que não foi viabilizado em razão da administração pública não cumprir o seu dever de apreciar o pedido em prazo razoável.

Veja-se, ainda, que também não merece vingar a alegação de que o deferimento presumido não teria utilidade. Note-se, primeiramente, que não há grande discussão quando a demanda pretendida é uma declaração ou licença para o exercício de um determinado direito, já que nestes casos é evidente que o silêncio positivo, de imediato, soluciona o problema do cidadão.

Por outro lado, quando se fala em direitos sociais, a discussão torna-se mais interessante. Quando o pedido buscar a efetivação de um direito que exige uma prestação fática do Estado, embora o silêncio positivo não possibilite a imediata fruição do direito, ela permitirá que este seja implementado de maneira muito mais ágil. Isto porque o deferimento presumido “*faz nascer em favor do cidadão um título*

---

<sup>144</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. *Documentación Administrativa*, n° 208, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 110, 1986

<sup>145</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa...* Op. Cit. p. 469.

<sup>146</sup> Idem.

*jurídico tácito, que lhe permitirá exigir diretamente o seu cumprimento na esfera judicial, autorizando-o a postular tutelas de natureza mandamental*<sup>147</sup>.

Diante de todo o exposto, defende-se neste trabalho que a tese de Daniel Hachem a respeito da aplicabilidade do silêncio positivo poderá auxiliar na efetivação do direito à saúde.

Conforme já afirmado, o direito à saúde é direito fundamental social, sendo imprescindível para que uma pessoa possa ter uma vida digna. Contudo, a Administração Pública não tem dado a devida atenção para assunto, por este motivo, conforme demonstrado no capítulo I, o número de demandas referentes aos pedidos relacionados com a saúde tem aumentado excessivamente.

Na maioria das vezes recorre-se ao judiciário em razão do atendimento insatisfatório oferecido pela Administração Pública. Veja-se que de imediato o problema não será resolvido com a aplicação do deferimento presumido, contudo, o cidadão poderá postular uma tutela mandamental, a fim de que seja emitida uma ordem para que a Administração Pública conceda o pedido do requerente.

Isso irá abreviar o tempo que levaria para julgar tal demanda, já que não será necessário analisar o mérito da causa, pois a simples apresentação do pedido realizado perante a Administração, que não obteve resposta dentro do prazo, já irá conceder ao cidadão o direito de ter seu pleito atendido, cabendo ao judiciário apenas obrigar a Administração Pública a fornecer um certo medicamento pleiteado ou a custear determinado tratamento.

Por exemplo, pense no caso de um indivíduo que precisa de internamento urgente para realizar uma cirurgia, contudo, não há leitos nem profissionais disponíveis pelo SUS. Este cidadão entra com uma demanda administrativa solicitando que o Poder Público custeie a realização do procedimento cirúrgico em um hospital particular. Após sete dias este cidadão ainda não teve seu pedido apreciado.

Considerando que o seu estado de saúde é grave e que o atraso na realização da operação poderá gerar efeitos irreversíveis é possível considerar que a Administração Pública excedeu o prazo razoável para oferecer uma resposta. Neste caso, haverá a aplicação do silêncio administrativo positivo e o indivíduo terá seu pedido presumidamente deferido. Assim, bastará o sujeito apresentar ao

---

<sup>147</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Admnsitrativa...* Op. Cit. p. 470



Judiciário cópia do requerimento realizado perante a Administração e demonstrar que não recebeu resposta dentro do prazo razoável. O juiz, por sua vez, tão somente analisará se realmente foi feito requerimento à Administração Pública e se este não foi respondido dentro de um prazo legal ou razoável, bem como se o objeto do pedido era lícito e se a demora da resposta não se deu por culpa do cidadão. Estando preenchidos estes requisitos irá proferir decisão obrigando o Poder Público a custear a realização da cirurgia em hospital particular, sem ser necessário analisar o mérito da causa.

É nítido, portanto, que haverá maior celeridade no atendimento das demandas de saúde. Além disso, a fim de evitar a incidência do silêncio presumido, a Administração Pública será compelida a tomar providências que possibilitem a apreciação dos processos administrativos dentro do prazo legal e razoável.

Deve-se atentar, ainda, para algumas peculiaridades que deverão ser observadas no caso de pedidos referentes a medicamentos ou tratamentos. Nestas situações, a fim de não serem concedidas pretensões exorbitantes, o Poder Judiciário, além de analisar o preenchimento dos requisitos já mencionados, deverá também verificar se há prescrição médica para o medicamento/tratamento, e se não é de caráter experimental ou internacional (no caso do tratamento ter que ser realizado fora do país).

Caso não seja comprovada a eficácia da substância ou no caso do tratamento apenas poder ser realizado fora do país, não deverá haver o deferimento presumido, a fim de evitar gastos desnecessários (nos casos em que não há comprovação da eficácia do medicamento) ou gastos desarrazoados (no caso de tratamento muito caro a ser realizado no exterior).

A observância destes pressupostos irá evitar que sejam deferidas pretensões desarrazoadas que causem grande déficit no orçamento público e irá garantir que aqueles pedidos cuja dimensão subjetiva autorize a sua exigibilidade perante o Estado sejam atendidos de forma mais eficaz.

Conclui-se, assim, que a aplicação da técnica do silêncio positivo, embora não seja suficiente para resolver todos os problemas ligados à questão da saúde, é uma solução para a inércia administrativa, já que oferece ao particular uma resposta para a sua demanda, mesmo quando a Administração deixa cumprir seu dever de proferir uma decisão em tempo legal ou razoável. Além disso, conforme já mencionado, irá fazer com que a Administração Pública crie mecanismos que façam

com que os entes administrativos apreciem os pedidos realizados pelos particulares dentro do período exigido pela lei (estas medidas tomadas podem ser no sentido de aumentar o quadro de funcionários e fiscalizar o desempenho destes, entre outros).

### **CAPÍTULO III - PROMOÇÃO DA IGUALDADE POR MEIO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS: PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS E PRECEDENTES JUDICIAIS**

Observou-se anteriormente que a técnica do silêncio administrativo pode auxiliar na tutela administrativa efetiva do direito à saúde, uma vez que irá proporcionar maior agilidade no atendimento das demandas dos particulares pela Administração Pública.

Contudo, tal instituto não é suficiente para garantir a efetivação do princípio da igualdade. Portanto, cabe ainda estudar outra ferramenta que irá auxiliar a Administração Pública a tutelar de forma efetiva e igualitária o direito à saúde.

Neste sentido, é imprescindível a observância dos precedentes administrativos e judiciais já consolidados em favor do cidadão, como forma de assegurar-lhes uma proteção igualitária.

Assim, este capítulo será destinado a tratar da aplicação dos precedentes administrativos e judiciais pela Administração Pública como forma de efetivar igualmente o direito à saúde.

#### **3.1. Princípios constitucionais que fundamentam o respeito aos precedentes administrativos e judiciais**

Os precedentes consistem em decisões anteriores que em razão da sua relevância serão aplicadas posteriormente em casos similares, a fim de assegurar a observância do princípio da igualdade e da segurança jurídica.

É importante mencionar que os sistemas de *common law* basearam a segurança jurídica no sistema de precedentes judiciais, ou seja, não a relacionam com o conhecimento das leis, mas sim com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário<sup>148</sup>.

Conforme bem aponta Estefânia Barboza “*nesse sistema, em que pese o juiz não se encontrar limitado pela lei, se encontrava limitado pelos precedentes*”. Assim, a doutrina do *stare decisis* não admite a possibilidade de “*ignorar decisões*

---

<sup>148</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica*. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni>. Acesso em: 08/10/2014

*anteriores que retratam a prática constitucional e a moralidade política da comunidade*<sup>149</sup>.

Por outro lado, a partir da segunda metade do século XX alguns países adotaram Cartas Constitucionais democráticas que positivaram os direitos humanos, a fim de evitar novas barbáries, como as cometidas pelo Nazismo durante a Segunda Guerra Mundial<sup>150</sup>.

Assim, nos sistemas de tradição *civil law* buscou-se a codificação do direito para garantir a segurança jurídica, na medida em que determinaram previamente uma lei, a qual apenas seria aplicada pelo juiz. Contudo, a mera codificação não garante a segurança jurídica, pois os direitos humanos e fundamentais possuem conteúdo abstrato, não sendo possível prever o resultado da sua interpretação no caso concreto<sup>151</sup>.

Neste contexto, veja-se o exemplo do direito à saúde, embora tipificado na constituição, conforme mencionado no capítulo I, ele é multifuncional, isto é, possui diversas funções, as quais poderão ser interpretadas de diferentes maneiras.

Pense-se apenas na polêmica da distribuição de medicamentos para visualizar a sua complexidade: quais medicamentos deverão ser custeados pelo Poder Público, apenas aqueles inscritos na lista do SUS ou o caso concreto pode exigir que outras substâncias sejam fornecidas pelo ente administrativo? É possível a concessão de tratamentos internacionais ou experimentais?

Enfim, um único direito, mesmo que positivado, gera diversas controvérsias a respeito da sua aplicação, sendo, portanto, insuficiente a mera codificação para reduzir os efeitos da insegurança jurídica, inclusive, quando se fala em direito à saúde.

Desta forma, considerando que “o princípio da segurança jurídica busca propagar o sentimento de previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos da regulação de condutas no seio da sociedade”, nota-se que mesmo nos países que adotam o sistema do *civil law* é necessário o respeito aos precedentes judiciais.

<sup>149</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014, p. 179

<sup>150</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A revolução dos direitos humanos e a expansão do judicial review nos estados contemporâneos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, p. 42-63, jan/junho. 2013, p. 43

<sup>151</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo...Op. Cit., p. 179

Aliás, o princípio fundamental da segurança jurídica também impõe ao Estado a obrigação de obedecer a lógica manifestada em decisões administrativas pretéritas. Neste sentido Silvia Díez Sastre afirma que a explicação da necessidade de se aplicar os precedentes nas decisões administrativas, em geral, fundamenta-se no valor da coerência, da segurança jurídica e na proteção da igualdade<sup>152</sup>.

De acordo com a mencionada autora a ideia de precedente está ligada com a possibilidade de controlar a tomada de decisão, possibilitando que comportamentos futuros possam ser previsíveis<sup>153</sup>.

Seguindo este raciocínio Daniel Wunder Hachem afirma que o princípio fundamental da segurança jurídica impõe ao Poder Público o dever de “*respeitar a sua racionalidade manifestada em decisões administrativas anteriores*”<sup>154</sup>.

Logo, quando a Administração decidir casos de forma benéfica a um determinado indivíduo e deliberar de forma contrária a outro (sujeito às mesmas condições) ofenderá o princípio da segurança jurídica. Isso porque tal conduta enfraquece a possibilidade do cidadão de poder confiar no procedimento habitual da administração, uma vez que não terá a possibilidade de prever, com base em entendimento consolidado anteriormente pelo Poder Público, que sua demanda será deferida ou indeferida<sup>155</sup>.

A propósito, como bem aponta Estefânia Barboza, não se pode esquecer que a igualdade é a base da segurança jurídica, pois esta não pode ser alcançada quando Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores<sup>156</sup>.

Veja-se que o princípio da igualdade, conforme visto no capítulo I, tópico 1.3, “*é o verdadeiro fundamento para a consagração constitucional dos direitos sociais*”, pois a sua principal função consiste em possibilitar que todos possam “*desfrutar de posições substancialmente igualitárias no âmbito da sociedade*”<sup>157</sup>.

<sup>152</sup> SASTRE, Silvia Díez. El Precedente Administrativo – Conceito y Efectos Jurídicos. In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO. Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 264.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa...* Op. Cit., p. 472.

<sup>155</sup> Idem.

<sup>156</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 237

<sup>157</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014 p. 471.

Nesta mesma linha de raciocínio Marinoni afirma que “a igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, está bem grifado na Constituição Federal, iluminando a compreensão, a aplicação e a construção do ordenamento jurídico”<sup>158</sup>.

Assim, não faz sentido promover os direitos sociais apenas para parte da população. Também não é coerente que pessoas que estejam nas mesmas condições recebam decisões diferentes em demandas semelhantes.

Constata-se, então, que o princípio da igualdade também impõe não apenas ao Judiciário, mas também à Administração Pública o dever de respeitar os precedentes já consolidados e favoráveis ao cidadão<sup>159</sup>.

Além disso, a própria Constituição, no artigo 5º, inciso XLI<sup>160</sup>, proíbe o tratamento discriminatório dos indivíduos em questão de direitos fundamentais sociais. Infere-se, portanto, do texto constitucional que é inaceitável que prestações sociais sejam conferidas somente para algumas pessoas, sem que sejam concedidas para outras que se encontrem sob idênticas condições.

Interpretar tal dispositivo de forma diversa, no sentido de considerar que apenas os cidadãos devem respeitar os direitos fundamentais dos outros cidadãos, significa, nos termos de Daniel Hachem, contrariar a “*racionalidade que deve permear a hermenêutica constitucional*”<sup>161</sup>.

Portanto, ao analisar tal artigo é necessário considerar que a sua principal finalidade é de impedir que os direitos e liberdades fundamentais sofram qualquer tipo de discriminação atentatória, seja por parte de particulares contra particulares, ou da administração pública contra os indivíduos, agindo por meio de ação ou omissão.

Perceba-se, com isso, que tratar de forma desigual duas pessoas que sejam titulares do mesmo direito social e que vivenciam situações concretas equivalentes representará uma forma de discriminação praticada pelo Estado. O tratamento

---

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 138-139

<sup>159</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 471.

<sup>160</sup> BRASIL, Constituição Federal, Art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

<sup>161</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa ... Op. Cit.*, p. 471.

desigual apenas pode ocorrer quando visar promover a igualdade material, qualquer outra forma de discriminação é atentatória ao direito<sup>162</sup>.

Ademais, não é apenas o princípio da igualdade que fundamenta o respeito aos precedentes, pois o princípio da impessoalidade administrativa também compele a administração pública a efetivar os direitos fundamentais sociais de forma isonômica, sem conceder privilégios ou desvantagens para determinados indivíduos<sup>163</sup>.

Portanto, a conduta de conceder direitos para um indivíduo e negar-lhes para outro que se encontra em idêntica situação, configurará uma conduta antijurídica, pois representará uma Administração que atua de forma “*personalista*”, favorecendo um determinado indivíduo em prejuízo de outro<sup>164</sup>.

Diante do exposto infere-se que no ordenamento jurídico brasileiro os princípios da igualdade, da impessoalidade administrativa e da segurança jurídica impõe que a administração pública profira suas decisões de forma lógica e racional, respeitando os comportamentos anteriormente adotados, tanto pela própria administração como também pelo judiciário.

Negar o dever de respeitar a racionalidade das decisões pretéritas significa promover a desigualdade entre os indivíduos, já que determinadas pessoas terão suas demandas atendidas, e outras não, mesmo que se encontrem na mesma situação.

Representa, ainda, a adoção de uma administração que decide baseada em fundamentos pessoais, pois não segue um padrão institucional, mas baseia-se na vontade do administrador.

Por fim, gera um ordenamento instável, no qual não é possível haver a confiança por parte dos particulares, já que não há segurança de que as decisões respeitarão o princípio da igualdade e da impessoalidade. O cidadão estará sempre a mercê da sorte de receber um parecer favorável.

Conclui-se, assim, que a Administração Pública tem o dever de respeitar os precedentes, tanto judiciais, como administrativos. Além disso, essa prática é fundamental para uma promoção igualitária do direito fundamental à saúde. Desta

---

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 139.

<sup>163</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 472.

<sup>164</sup> Idem.

forma, os próximos tópicos irão abordar os requisitos para a aplicação dos precedentes e os seus efeitos.

### 3.2. Precedentes administrativos

De acordo com Daniel Wunder Hachem os precedentes administrativos “são o resultado de decisões anteriores proferidas pelo ente administrativo a respeito de determinada matéria, que traduzem a sua orientação interpretativa do ordenamento jurídico a propósito do assunto”<sup>165</sup>.

No direito espanhol, de acordo com Silvia Díez Sastre, utiliza-se o termo “*precedente administrativo*” para designar uma decisão anterior da administração, que resolve um determinado caso, e que poderá, em alguma medida, vincular as tomadas de decisões futuras a respeito de um caso posterior e similar<sup>166</sup>.

Verifica-se, assim, que tanto o Brasil quanto a Espanha adotam a mesma lógica para os precedentes administrativos, já que consistem naquelas decisões anteriores da administração pública que poderão, em certa medida, vincular decisões futuras sobre casos similares.

Já no direito alemão e italiano o termo “precedente” é reservado apenas para o âmbito judicial. Quando se trata de decisão administrativa é utilizada a expressão “prática administrativa”<sup>167</sup>.

Verifica-se, assim, que a influência das decisões passadas nas futuras, nesses dois ordenamentos jurídicos, não é analisada sob a perspectiva dos precedentes judiciais, ao contrário do que ocorre no Brasil e na Espanha. Segundo Silvia Sastre a prática administrativa do direito italiano e alemão é um conceito instrumental construído a partir da noção de “auto vinculação” da Administração<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 472.

<sup>166</sup> SASTRE, Silvia Díez. El Precedente Administrativo – Conceito y Efectos Jurídicos In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 265.

<sup>167</sup> Idem.

<sup>168</sup> Idem.



No Brasil, conforme bem acentua Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros, a diferença entre o precedente administrativo e o judicial “*não decorre da própria noção de precedente administrativo*”, mas sim do fato de que surge de uma decisão não judicial, mas sim da administração<sup>169</sup>.

Portanto, não será aprofundada aqui a construção da prática administrativa do direito Alemão e Italiano, mas será realizado um estudo dos precedentes administrativos no Brasil em comparação com a prática espanhola.

Note-se que na doutrina brasileira este tema ainda não foi abordado de forma exaustiva, sendo que poucos autores dedicaram-se ao estudo deste assunto. Já na Espanha existe a “doutrina do precedente administrativo”, conforme aduz Silva Sastre<sup>170</sup>.

No direito espanhol não há lei regulando a aplicação dos precedentes administrativos. Contudo, é possível extrair a necessidade de respeito aos precedentes a partir do artigo 54,1, “c”, da Lei espanhola de procedimento administrativo, uma vez que de acordo com este dispositivo a Administração Pública está obrigada a motivar a mudança de critérios ao proferir novas decisões que destoem daquelas anteriormente proferidas<sup>171</sup>.

No entanto, a Lei não explica se há outros efeitos provenientes dos precedentes administrativos, porém a coerência na atuação da administração, bem como, no caso do direito espanhol, os princípios jurídicos da “*igualdade, confiança e interdição da arbitrariedade*”<sup>172</sup> exigem uma construção dogmática do tema. Assim, a doutrina e a jurisprudência ficaram encarregadas de delimitar os requisitos de aplicação e os efeitos jurídicos provenientes das decisões passadas<sup>173</sup>.

<sup>169</sup> BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. *Segurança Jurídica Extajudicial e Precedentes Administrativos: Uma Investigação sobre a aplicação de precedentes a partir da análise dos mapas de citação*. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento-. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014, p. 37.

<sup>170</sup> SASTRE. Silvia Díez. El Precedente Administrativo – Conceito y Efectos Jurídicos In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO. Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 267.

<sup>171</sup> SASTRE. Silvia Díez. El Precedente... Op. Cit., p. 266.

<sup>172</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. A estabilidade como atributo do ato administrativo. In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO. Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 304

<sup>173</sup> SASTRE. Silvia Díez. El Precedente Administrativo – Conceito y Efectos Jurídicos In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO. Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 266.

Desta forma, a chamada “doutrina do precedente administrativo” estabeleceu uma série de exigências para determinar a possibilidade de aplicação das decisões pretéritas aos casos similares futuros.

Semelhantemente, o Direito brasileiro não possui uma regra geral positiva que discipline de forma detalhada a aplicação dos precedentes administrativos. Contudo, assim como ocorre na Espanha, o artigo 50, inciso VII, da Lei nº 9.784, estabelece que *“os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”*<sup>174</sup>.

Depreende-se deste artigo que a mudança de entendimento da Administração pública em relação à suas decisões pretéritas precisará ser expressamente motivada, sendo que ausência de motivação ocasiona a nulidade do ato. Verifica-se, assim, que se não existir uma razão plausível para a mudança na jurisprudência *“o respeito aos precedentes será obrigatório”*<sup>175</sup>.

Além disso, conforme já mencionado no tópico anterior, tendo em vista que a Administração também se sujeita aos princípios constitucionais implícitos e explícitos, o respeito aos precedentes administrativos, além de ser fundamentado pelo artigo 50, inciso VII, da Lei nº 9.784, também tem respaldo nos *“princípios da igualdade, da impessoalidade administrativa, da segurança jurídica, da proteção à confiança legítima e da proibição de discriminação atentatória aos direitos fundamentais”*<sup>176</sup>.

Entretanto, embora seja clara a necessidade de se respeitar os precedentes administrativos, da mesma forma que ocorre no direito espanhol, não há lei que regulamente o assunto, que estabeleça os requisitos necessários para que uma deliberação anterior adquira força vinculante.

Assim, em solo nacional, também há a necessidade da doutrina e da jurisprudência regularem o assunto. É neste contexto que Daniel Hachem apresenta

<sup>174</sup> BRASIL, *Lei 9.784, 1999*: Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

<sup>175</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 474.

<sup>176</sup> Idem

os pressupostos necessários para que o precedente administrativo adquira força vinculante<sup>177</sup>.

De acordo com este autor o primeiro requisito consiste na necessidade de que o precedente seja da mesma entidade da Administração Pública que decidirá o novo processo. Conforme informa Silvia Sastre requisito semelhante é exigido no ordenamento jurídico espanhol, já que se impõe que o precedente administrativo advenha do mesmo órgão que deverá resolver o caso atual. Porém, tal autora defende que no caso espanhol deveria haver certa vinculação mesmo entre órgãos diferentes, isto quando o precedente pertencesse a um órgão hierarquicamente superior.

No caso brasileiro, entendo ser mais acertada a posição de Daniel Hachem, pois em razão da autonomia das entidades administrativas não seria pertinente uma entidade, com personalidade jurídica própria, ficar subordinada à decisão de outro ente administrativo, que possui diversa personalidade e característica.

Também é preciso haver “*identidade de objetos entre a questão fática e jurídica apreciada no precedente e no novo processo*”<sup>178</sup>. Da mesma forma a doutrina espanhola também exige este requisito. Ademais, de acordo com Silvia Sastre a presença de semelhança entre as circunstâncias fáticas do precedente e do caso atual é requisito básico para a aplicação de qualquer tipo de precedente, pois é exatamente o que justifica o uso de uma solução anterior ao caso atual<sup>179</sup>.

Outro pressuposto é o de serem válidas e eficazes as normas jurídicas incidentes sobre o precedente na época da apreciação da nova situação submetida à apreciação estatal. Este requisito é muito pertinente, pois se inválidas ou ineficazes as normas que foram utilizadas para fundamentar o precedente, não é coerente a sua aplicação em um caso posterior<sup>180</sup>.

Além disso, obviamente o precedente administrativo precisa ser compatível com o ordenamento jurídico<sup>181</sup>. Este é um requisito aceito de forma unânime na

---

<sup>177</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 472

<sup>178</sup> Idem.

<sup>179</sup> SASTRE. Silvia Díez. El Precedente Administrativo – Conceito y Efectos Jurídicos In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO. Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 267

<sup>180</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa... Op. Cit.*, p. 472.

<sup>181</sup> Idem.

doutrina espanhola, isto porque, conforme afirma Silvia Sastre “*não cabe igualdade na ilegalidade*”, “*não cabe reiterar um erro*”<sup>182</sup>. Da mesma maneira, em solo nacional, não é possível pretender que um precedente que desrespeita a lei seja vinculante.

Note-se que o precedente deverá consistir em uma decisão favorável ao cidadão, pois conforme defende Hachem é possível que a administração veja que sua orientação anterior era inadequada, já que “*dissonante do sistema normativo e prejudicial à cidadania*”, e então mude seu entendimento a partir daquele momento, passando a satisfazer aquela pretensão jurídica que antes era negada<sup>183</sup>.

Constata-se, assim, que aqueles precedentes contrários aos direitos do cidadão não deverão ter força vinculante, mas apenas aqueles benéficos ao particular.

Acrescenta-se aqui, contudo, que é necessário haver certa cautela na aplicação deste requisito, pois mesmo nestes casos é necessário que seja demonstrada uma coerência na mudança de posicionamento, demonstrando-se que a Administração não está agindo de forma pessoal, a fim de conceder apenas a um determinado indivíduo benefícios que para outros haviam sido negados. Modificando o entendimento para uma posição favorável, ele deverá adquirir força vinculante e aplicar-se para os próximos casos semelhantes, e não somente para um caso isolado.

É importante destacar que na ocasião de existirem razões suficientes cumuladas com a existência de um interesse público concreto deduzido de uma disposição normativa específica que exija a modificação do entendimento administrativo favorável, anteriormente firmado, será possível a modificação de posicionamento desde que a decisão seja expressamente motivada. Verifica-se, assim, que a inexistência de uma motivação suficiente para modificar a orientação administrativa também é um requisito para que o precedente seja vinculante<sup>184</sup>.

Veja-se, contudo, que será autorizado o afastamento motivado do precedente apenas para os casos análogos futuros, a fim de evitar que “*o sujeito envolvido no momento em que se está alterando o entendimento da Administração*”

<sup>182</sup> SASTRE. Silvia Díez. El Precedente Administrativo – Conceito y Efectos Jurídicos In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO. Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, pp. 269-270.

<sup>183</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Tutela Administrativa...Op. Cit.; p. 472

<sup>184</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 475.

seja “surpreendido de maneira ofensiva à segurança jurídica, à confiança legítima e à igualdade”. Destarte, “a mudança de interpretação deverá ser anunciada por ato administrativo geral e abstrato, indicando que ela será adotada futuramente naquelas situações”<sup>185</sup>.

Não poderá ser admitida, portanto, a reforma de orientação apenas para um determinado caso concreto, pois isto acarretaria ofensa aos princípios da impessoalidade e da isonomia.

Por fim, adota-se aqui o posicionamento de não exigir como pressuposto necessário para que um precedente administrativo seja vinculante a existência de reiteradas decisões no mesmo sentido. Isto porque, embora a reiteração represente maior grau de certeza do particular a respeito da orientação administrativa, sua ausência não interfere na necessidade de aplicação do princípio da igualdade, pois conforme afirma José Ortiz Díaz basta apenas um precedente para que se possa invocar a sua autoridade, uma vez que a aplicação da igualdade não depende de um critério quantitativo, mas sim qualitativo<sup>186</sup>.

Veja-se que se um precedente é legítimo e concedeu um benefício para um determinado cidadão, outro em igual situação, em razão do princípio da igualdade, terá o direito de receber a mesma resposta do ente público, mesmo que esta seja a primeira decisão a respeito do tema.

Neste sentido, Gustavo Marinho faz a seguinte afirmação: “*permitir que até a suposta consolidação do precedente a Administração Pública possa tratar de maneira diversa situações que guardam similitudes entre si é violar grosseiramente o princípio da igualdade*”<sup>187</sup>.

Silvia Sastre também é adepta deste posicionamento, pois a autora defende que “*é difícil aceitar que os efeitos dos precedentes desaparecem por completo quando o precedente ainda não está firmado em uma prática administrativa*”<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> Idem.

<sup>186</sup> ORTIZ DÍAS, José. El Precedente Administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 24. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/56122574/El-Precedente-Administrativo>. Acesso em p. 02/09/2014, pp. 102-103

<sup>187</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo, 2013. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 113-114.

<sup>188</sup> SASTRE, Silvia Díez. El Precedente Administrativo – Conceito y Efectos Jurídicos In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 270.

Portanto, entende-se aqui que para que um precedente tenha força vinculante é necessário que ele provenha da mesma entidade que irá decidir o caso atual; que exista semelhança objetiva das circunstâncias fáticas e jurídicas constantes no caso pretérito e no caso presente; que sejam válidas e eficazes as normas jurídicas incidentes sobre o precedente e na época da apreciação da nova situação submetida à apreciação estatal; que o precedente não seja contrário ao ordenamento jurídico; que a decisão passada tenha sido favorável ao cidadão; e por fim, que não exista nenhuma motivação suficiente cumulada com a existência de um interesse público concreto deduzido de uma disposição normativa específica que justifique uma mudança de orientação da Administração.

Preenchidos todos os requisitos acima mencionados, “o titular de um direito que já havia sido reconhecido pela Administração Pública poderá reivindicá-lo com *supedâneo no precedente administrativo*”.

Não poderá a Administração mudar de entendimento indeferimento o pedido, pois tal ato implicará na violação aos princípios da igualdade, da impessoalidade administrativa, da segurança jurídica e do direito à proibição de discriminação atentatória aos direitos fundamentais (art. 5º, XLI, CF). Caso esta situação ocorra caberá ao particular propor ação judicial a fim de fazer a atuação da administração pública respeitar o precedente administrativo.

Veja-se que a aplicação dos precedentes administrativos referentes aos casos de saúde irá agilizar a análise de tais processos, pois não será necessário criar nova fundamentação para cada caso.

Além disso, sendo concedidas de pronto pela Administração Pública as prestações de saúde as quais os indivíduos tem direito, não será necessário recorrer ao judiciário, diminuindo assim as demandas de saúde.

Pense-se, aqui, no caso de uma decisão administrativa que tenha deferido um determinado medicamento para um cidadão. Um outro indivíduo, portador da mesma doença e que se encontre em situação fática semelhante ao primeiro, ao pleitear perante a Administração Pública esta substância deverá, necessariamente, ter seu pedido deferido, com base na decisão anteriormente proferida. Isto irá garantir maior agilidade na apreciação das demandas, pois bastará fazer referência à decisão anteriormente proferida pra fundamentar a sua resposta, bem como garantirá um tratamento igualitário por parte do Poder Público.

Além disso, a adoção de tal medida irá garantir uma previsibilidade para os cidadãos das ações administrativas, bem como reduzirá as demandas judiciais de saúde.

Portanto, com isso, o direito à saúde será implementado de maneira universal e igualitária pelo próprio ente administrativo, bem como a administração pública irá cumprir com o seu dever de agir de forma eficiente e impessoal.

### 3.3. Precedentes judiciais

Conforme demonstrado no capítulo I, tópico 1.3, o direito à saúde tem sido grande alvo de ações judiciais que visam compelir à Administração a efetivar determinadas demandas de saúde dos particulares. Foi apontado, ainda, que esta excessiva judicialização implica em diversos problemas, principalmente no que se refere à inobservância do princípio da igualdade.

Isto porque, a maior parte das pessoas que entram com demandas judiciais, utilizam ações individuais (e não coletivas). Assim, apenas pequena parcela da população, que tem acesso material ao sistema judiciário, tem seu direito fundamental satisfeito.

Enquanto isso, outros cidadãos, geralmente em condições financeiras menos favoráveis, mesmo que se encontrem em condições idênticas daqueles que propuseram demanda ao judiciário, acabam por não ter seus direitos satisfeitos.

Veja-se que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 o art. 196 estabeleceu que a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”, além de instituir o “*acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”, estando configurado o princípio da universalidade do direito a saúde<sup>189</sup>.

Desta forma, o desrespeito à igualdade em decorrência da proteção jurisdicional ocorre naquelas hipóteses em que se instala uma falta de harmonia entre a tutela judicial individualmente concedida e a previsão constitucional

---

<sup>189</sup> BRASIL, *Constituição Federal*, 1988: Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

universalizada dos direitos fundamentais, especificamente no que se refere ao direito à saúde, já que apenas parte da população tem seus direitos efetivados pela via jurisdicional.

É fato que o juiz apenas poderá condenar a Administração Pública a realizar as ações que ela deveria ter praticado de forma espontânea, a fim de respeitar as disposições da Constituição, da lei ou de regulamentos. O juízo não cria obrigações para a Administração, apenas a condena a efetivar deveres preexistentes que deixou de cumprir<sup>190</sup>.

Consequentemente, quando o juízo concede uma prestação de saúde a um determinado indivíduo de forma isolada, este direito, em verdade, deveria ser concedido a todos os demais cidadãos, já que as disposições constitucionais, legais e regulamentares tem caráter geral, e não podem beneficiar apenas um particular que teve acesso ao judiciário, pois é dever da Administração Pública promover o direito à saúde de forma universal e igualitária.

Portanto, conforme assevera Daniel Hachem ocorre o desvio do fim constitucional de satisfazer igualitariamente os direitos fundamentais sociais “*nos casos em que se confere a tutela do direito a um único sujeito, sem obrigar a Administração a universalizar a prestação postulada e abrir acesso às outras pessoas que se encontram na mesma situação fático-jurídica*”<sup>191</sup>.

Além do mencionado dispositivo que se refere especificamente ao direito à saúde, o art. 5º, caput, da Constituição Federal, estabelece que os direitos constitucionalmente assegurados são dotados de generalidade, diretamente dedutível do princípio da igualdade.

Neste contexto, Luiz Guilherme Marinoni acertadamente afirma que “*tanto o Estado quanto os particulares estão submetidos ao princípio da igualdade. O executivo, o Legislativo e o Judiciário sofrem a mesma incidência do princípio*”<sup>192</sup>. Desta forma, é evidente que por força do princípio da igualdade a Administração Pública tem o dever de respeitar os precedentes judiciais.

---

<sup>190</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 476.

<sup>191</sup> Idem.

<sup>192</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 139



Ademais, o princípio da impessoalidade da atividade administrativa da mesma forma impõe a necessidade de tratamento isonômico pela Administração Pública, aos diversos indivíduos que vivenciem as mesmas situações fáticas.

Com isso, não importa a “*origem que levou ao cumprimento da obrigação - coerção judicial, requerimento administrativo ou atuação de ofício*”, em qualquer dos casos não é permitido ao Poder Público tratar de forma discriminatória prestações necessárias à satisfação de direitos fundamentais sociais, concedendo-as para uns poucos que entraram com demanda no judiciário e deixando desamparados os demais sujeitos que também foram investidos pela Constituição em idêntica posição jurídica<sup>193</sup>.

Contudo “*o que reiteradamente ocorre na prática é o êxito da ação individual e a continuidade da inércia administrativa em relação aos demais titulares do direito em questão*”<sup>194</sup>. Isto é, a Administração Pública não modifica seu comportamento no sentido de passar a conceder espontaneamente a obrigação a que foi compelida pelo judiciário a proporcionar ao autor da demanda aos demais indivíduos que se encontrem em mesma situação.

Assim, a Administração descumpra o seu dever de honrar com o interesse público que tem como núcleo central a efetivação dos direitos fundamentais sociais, desobedecendo aos princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade.

Portanto, uma forma de contornar esta situação de desigualdade ocasionada pelas decisões do judiciário em matéria de direitos sociais é a observância dos precedentes judiciais por parte dos entes administrativos.

Veja-se que os precedentes judiciais referem-se aos casos em que o Poder Público não realizou tais direitos forma espontânea, deferindo o pleito do particular, mas sim forçadamente, para dar cumprimento a ordens judiciais coercitivas que lhe condenaram a uma obrigação de fazer.

A aplicação das jurisprudências que concedem pedidos relativos a direitos sociais para situações futuras análogas que sejam requeridas em âmbito administrativo proporcionará o cumprimento aos direitos sociais fundamentais, promovendo a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Veja-se que, com isso,

---

<sup>193</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 476.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 477.

mesmo aquelas pessoas que não tiveram acesso ao Judiciário terão seu direito fundamental efetivado pela Administração Pública.

É importante destacar que a não observância das posições do judiciário, além de ferir o princípio da igualdade e da moralidade, também ofende ao princípio da eficiência administrativa<sup>195</sup>.

Note-se que ao dedicar-se a refutar os pleitos legítimos dos cidadãos que tem direito a ter suas demandas deferidas, o Estado deixa de atender a outras questões que de fato estão a agredir o erário público<sup>196</sup>.

Caso o Estado de pronto aplicasse a jurisprudência dos tribunais, agilizaria o processo de decisão, dando efetividade aos direitos dos cidadãos, bem como proporcionaria maior tempo para apreciar outras demandas atentatórias ao interesse público.

Além disso, o acatamento aos precedentes judiciais, por parte da Administração Pública *“por si só, já desafogaria, sem celeumas, os nossos Tribunais, pois não há dúvida que a Administração Pública converteu-se na grande demandante ou demandada, no contexto que timbra pela imprevisibilidade de sua atuação”*<sup>197</sup>.

Contudo, mesma situação identificada em relação aos precedentes administrativos, pode ser observada no âmbito dos precedentes judiciais, já que não há uma lei que regule de forma específica a necessidade de a Administração Pública *“respeitar os precedentes judiciais e universalizar as condenações individuais relativas a direitos sociais”*<sup>198</sup>.

*No entanto*, não é necessário existir regra legal específica para que se possa sustentar a obrigatoriedade de a Administração Pública respeitar os precedentes judiciais relativos a direitos fundamentais sociais, pois *“essa exigência se extrai diretamente dos princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade administrativa”*<sup>199</sup>.

Não se pode esquecer que os princípios constitucionais são normas revestidas de força jurídica vinculante, estando a atividade administrativa submetida

<sup>195</sup> ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro de. O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. *Espaço Jurídico*, v.9, n. 1, pp. 7-18, Joaçaba, jan/jun, 2008, p. 15

<sup>196</sup> Idem.

<sup>197</sup> FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 1, Curitiba, Juruá, pp. 13-22, 1999. p. 21

<sup>198</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa...* Op. Cit. p. 479.

<sup>199</sup> Idem.

à incidência dos direitos fundamentais. Neste contexto, Daniel Hachem acertadamente afirma que *“esperar que o legislador tenha de criar essa determinação pela via de lei formal é o mesmo que rejeitar a eficácia jurídica do princípio constitucional (e direito fundamental) da igualdade”*<sup>200</sup>.

Constata-se, assim, diante da incidência dos princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade e a eficiência administrativa, que uma solução para o ativismo judicial exacerbado, principalmente no que se refere às questões de saúde, *“é o reconhecimento de uma eficácia expandida da coisa julgada nas decisões que versem sobre direitos fundamentais sociais”*, as quais deverão atingir os pleitos análogos que deverão ser apreciados pelo ente administrativo<sup>201</sup>.

Assim, os efeitos daquela sentença judicial que concedeu a um jurisdicionado a fruição de seu direito fundamental serão aproveitados não apenas pelo autor da ação, mas por todos aqueles que demonstrarem se encontrar em idêntica situação. Assim, será assegurado o respeito aos referidos princípios constitucionais.

No entanto, não é qualquer decisão judicial que deverá ser observada pelos entes administrativos, mas apenas as sentenças irrecorríveis, que já implicaram em coisa julgada.

Além disso, no caso dos precedentes judiciais, diferentemente do que ocorre com os pressupostos dos precedentes administrativos, deverá ser considerado como requisito a reiteração do precedente, ou seja, será necessário haver jurisprudência pacificada dos tribunais locais ou das Cortes Superiores. Isto porque aqui não se está falando de decisão da própria administração, mas sim do Poder Judiciário, sendo possível haver decisões diversas<sup>202</sup>.

Portanto, apenas deverão ser aplicados aqueles entendimentos que já foram consolidados na jurisprudência, sendo que os casos isolados decididos pelo judiciário não vincularão os entes administrativos.

Com o intuito de dar efetividade ao respeito aos precedentes judiciais pela Administração Pública, Daniel Hachem aponta que os advogados públicos

<sup>200</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). Estado, Direito e Políticas Públicas: *Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. pp. 217-243 Curitiba: Íthala, 2014, p. 231.

<sup>201</sup> Ibidem, pp. 231-23

<sup>202</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 476.

responsáveis pelo processo terão o dever de comunicar ao chefe da respectiva procuradoria pública a respeito do trânsito em julgado das sentenças favoráveis ao pedido dos particulares em relação à direitos fundamentais sociais. Por sua vez, o Advogado-Geral ou Procurador-Geral terá a função de:

(i) editar ato administrativo geral, vinculando todos os advogados públicos daquela entidade a deixar de contestar as demandas de idêntica natureza em que ficar comprovada a reunião dos requisitos necessários à concessão do direito, e de recorrer de sentenças favoráveis ao cidadão que se alinhem aos precedentes judiciais; (ii) comunicar ao chefe da entidade pública em questão sobre a existência de precedentes judiciais, para que ele adote as providências necessárias para promover de forma universalizada a prestação que vem sendo concedida judicialmente<sup>203</sup>.

Constata-se, assim, que a devida aplicação por parte da Administração Pública dos precedentes judiciais em matéria de direitos sociais irá dar conta de solucionar alguns dos principais problemas causados pelo ativismo judicial, conforme já mencionado. Além disso, tal observância também traz inúmeras consequências positivas para a efetivação do direito à saúde.

Primeiramente, auxilia no combate à ofensa ao princípio da igualdade causado por concessão de demandas de saúde apenas para aquelas pessoas que tem acesso ao Judiciário, pois ao universalizar a decisão judicial, todos aqueles que também preenchem os requisitos para receber a demanda de saúde deferida pelo judiciário, serão abrangidas por tal sentença, já que a administração deverá respeitar o entendimento do judiciário.

Veja-se, por exemplo, que é entendimento majoritário do judiciário que na ausência de leitos disponíveis pelo SUS para atender a demanda pública de saúde, o Poder Público deverá custear a internação em hospitais particulares, daqueles indivíduos que necessitam do atendimento<sup>204</sup>. Cumprindo a administração o seu

<sup>203</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 480.

<sup>204</sup> Nesse sentido, veja-se o posicionamento do STJ: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM REDE PARTICULAR. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NA FALTA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. GARANTIA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL. 1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada. 2. O direito à saúde, como consectário da dignidade da pessoa humana, deve perpassar todo o ordenamento jurídico pátrio, como fonte e objetivo a ser alcançado através de políticas públicas capazes de atender a todos, em suas necessidades básicas, cabendo, portanto, ao Estado, oferecer os meios necessários para a sua garantia. 3. Um vez reconhecido, pelas instâncias ordinárias, o direito a tratamento médico-hospitalar na rede pública de saúde, o resultado prático da decisão deve ser assegurado, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC, com a possibilidade de

dever de respeitar os precedentes judiciais, ela deverá deferir tais pedidos no próprio âmbito administrativo.

Com isso, haverá um tratamento isonômico para todos os cidadãos que se encontrem nesta mesma situação. Ademais, não será mais necessário que os particulares entrem com demandas judiciais a respeito deste conteúdo, fazendo com que haja uma diminuição dos processos judiciais referentes à área da saúde.

Além disso, ao ter a obrigação de respeitar os precedentes judiciais consolidados, a Administração será compelida a “*organizar sua estrutura (física, financeira, de pessoal, etc.)*” a fim de cumprir estas prestações de maneira eficiente “*seja credenciando novos estabelecimentos para fazer frente à demanda real (...) ou mesmo contratar esse tipo de serviço (utilização de leitos hospitalares) da iniciativa privada de maneira mais vantajosa à Administração*”<sup>205</sup>.

Aplique-se, ainda, este mesmo raciocínio para os pleitos de fornecimento de medicamento que já estão sendo majoritariamente concedidos judicialmente. Veja-se especificamente o caso do tratamento da Hepatite Viral C. Constantemente os particulares recorriam ao judiciário a fim de requerer o fornecimento dos medicamentos Telaprevir e Boceprevi, em razão de serem mais eficientes para o tratamento da mencionada doença. Contudo, tais remédios não constavam na lista do SUS<sup>206</sup>. É posicionamento predominante dos Tribunais<sup>207</sup> o deferimento destes pleitos. Assim, “*a própria Administração deveria articular sua estrutura administrativa*

---

internação na rede particular de saúde, subsidiariamente, na hipótese de lhe ser negada a assistência por falta de vagas na rede hospitalar do SUS. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1409527 RJ 2013/0288479-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 08/10/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/10/2013)

<sup>205</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 481.

<sup>206</sup> Idem.

<sup>207</sup> Neste sentido, veja-se a seguinte decisão do TJ/PR: “EMENTA:1) DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDICAMENTO. BOCEPREVIR. GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. NECESSIDADE DA MEDICAÇÃO COMPROVADA POR DECLARAÇÃO MÉDICA. INOBSERVÂNCIA DOS PROTOCOLOS CLÍNICOS. IRRELEVÂNCIA. a) O direito à saúde, de aplicação imediata e eficácia plena, deve ser implementado pelo Estado (União, Estados e Municípios), desde que comprovada a doença e a necessidade de tratamento específico, mediante atestado subscrito por profissional médico. b) A propósito, é oportuno ressaltar que a prescrição específica do tratamento postulado foi feita por profissional habilitado, responsável pelo tratamento do paciente, e, portanto, por quem tem as melhores condições de averiguar as reais necessidades dele. c) É irrelevante que os medicamentos prescritos não constem no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, ante a máxima constitucional do direito à saúde a qualquer cidadão) Desse modo, sendo os medicamentos indispensáveis para o tratamento da doença e estando o paciente impossibilitado de obtê-los por meios próprios, cabe ao Estado o seu fornecimento gratuito. 2) APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJ-PR - CJ: 11241182 PR 1124118-2 (Acórdão), Relator: Leonel Cunha, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1296 12/03/2014)”

*para viabilizar a entrega universalizada dos referidos medicamentos, sempre que as condições clínicas do cidadão o recomendem*<sup>208</sup>.

Note-se, portanto, que da mesma forma que no caso anterior, a Administração Pública, ao ter que cumprir as demandas referentes à medicamentos que já foram objeto de apreciação pelo judiciário, deverá planejar de forma adequada a aquisição de tais remédios, a fim de que a distribuição ocorra de forma eficiente, trazendo o menor custo possível para o ente público.

Conclui-se, então, que o respeito aos precedentes judiciais em matéria de saúde proporcionará a efetivação universal e igualitária do Direito à saúde. Além disso, irá compelir a Administração Pública a se organizar de forma a cumprir as demandas de saúde de forma efetiva.

Constata-se, ainda, que as demandas judiciais que versem sobre o tema da saúde consequentemente serão reduzidas, pois ao cumprir de imediato os direitos dos cidadãos, não haverá a necessidade de recorrer ao judiciário.

Por fim, a própria Administração irá agir de forma mais eficiente, já que ao respeitar os precedentes judiciais, poderá decidir de forma mais ágil, pois bastará analisar se o caso concreto adequa-se à jurisprudência consolidada, não sendo necessário construir toda uma fundamentação para responder ao pleito, uma vez que serão adotados os fundamentos e entendimentos expressados pelo poder judiciário.

Assim, restará maior disponibilidade de tempo para que a Administração Pública se dedique a analisar casos controversos, bem como relativos a outras demandas públicas.

---

<sup>208</sup> Idem.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste trabalho foi possível extrair algumas conclusões a respeito de cada capítulo apresentado, as quais serão sistematicamente pontuadas a seguir.

Extraí-se do Capítulo I, tópico 1.1, que o acesso ao direito à saúde, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser universal e igualitário. Além disso, tal direito foi acolhido expressamente no título destinado à proteção dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no artigo 6º, que trata dos direitos sociais.

Tendo em vista este novo contexto, o tópico 1.2, deste mesmo capítulo, tratou do novo conteúdo normativo concedido ao direito à saúde pela Lei Maior. Em suma, demonstrou que o direito à saúde é um direito tanto materialmente quanto formalmente fundamental. Além disso, possui uma natureza jurídica complexa, pois reúne, simultaneamente, três características: impõe deveres negativos ao Estado, exige prestações fáticas e normativas para sua efetivação, bem como ostenta titularidade transindividual e individual.

Além de possuir essa natureza jurídica complexa, o direito à saúde também é multifuncional, pois pode ser observado sob a ótica intersubjetiva, ou seja, do titular do bem jurídico protegido. Neste caso o direito cria múltiplas posições jurídicas autônomas que atribuem ao sujeito situações de vantagem. Por outro lado, também se apresenta sob uma perspectiva objetiva, isto é, do objeto a ser tutelado. Aqui cria um conjunto de deveres jurídicos ao Estado, impondo-lhe obrigações expressas ou implícitas quanto à proteção da saúde.

Assim, foi possível constatar que o direito à saúde, por ser um direito social fundamental, é mais do que mero direito subjetivo, sendo que as estratégias para a sua efetivação devem levar em conta suas características complexas e multifuncionais.

Dando continuidade ao assunto, o tópico 1.3 comprovou que a excessiva judicialização do direito à saúde apresenta-se como um entrave para a sua implementação igualitária. Portanto, para que seja efetivado de forma integral e

universal deverá ser promovido pela Administração Pública. Para tanto, será necessário desenvolver instrumentos administrativos que obriguem os entes públicos a realizar efetivamente este direito social. Desta forma, os capítulos seguintes ocuparam-se em indicar dois instrumentos específicos que compelem a Administração Pública a atuar de forma eficiente e igualitária.

O Capítulo II, então, demonstrou que a demora da Administração Pública para decidir os processos administrativos apresenta-se como uns dos principais empecilhos para a implementação do direito à saúde por parte dos entes públicos. Ademais, a falta de tratamento para esta inação faz com que reste aos particulares a necessidade de recorrer ao poder judiciário a fim de ter seu direito atendido.

Assim, atribuir efeitos positivos ao silêncio da Administração, ou seja, atribuir um deferimento automático para os pleitos administrativos (legais e que tenham atendido todos os trâmites necessários) que não receberam resposta dentro do prazo legal é uma solução para este problema. Isto porque esta técnica, além de ser favorável ao cidadão, irá compelir a Administração Pública a agilizar o processo de análise das demandas dos particulares, a fim de evitar a incidência do silêncio positivo.

Ademais, com isso, as demandas de saúde serão analisadas com maior agilidade, pois bastará o sujeito entrar com ação mandamental perante o judiciário, apresentando cópia do requerimento realizado perante a Administração e demonstrando que não recebeu resposta dentro do prazo razoável.

O juiz, por sua vez, tão somente analisará se realmente foi feito requerimento à Administração Pública e se este não foi respondido dentro de um prazo legal ou razoável, bem como se o objeto do pedido era lícito e se a demora da resposta não se deu por culpa do cidadão. Estando preenchidos estes requisitos irá proferir decisão obrigando o Poder Público a conceder a prestação de saúde pretendida, sem ser necessário avaliar o mérito da causa. É nítido, portanto, que haverá maior celeridade no atendimento das demandas de saúde.

É importante destacar que foram apontadas algumas peculiaridades que deverão ser observadas no caso de pedidos referentes a medicamentos ou tratamentos. Nestas situações, a fim de não serem concedidas pretensões exorbitantes, o Poder Judiciário, além de analisar o preenchimento dos requisitos já mencionados, deverá também verificar se há prescrição médica para o



medicamento/tratamento, e se não é de caráter experimental ou internacional (no caso do tratamento ter que ser realizado fora do país).

A observância destes pressupostos irá evitar que sejam deferidas pretensões desarrazoadas que causem grande déficit no orçamento público e irá garantir que aqueles pedidos cuja dimensão subjetiva autorize a sua exigibilidade perante o Estado sejam atendidos de forma mais eficaz.

Por fim, o Capítulo III indicou que os princípios da igualdade, da impessoalidade administrativa e da segurança jurídica impõe que a administração pública profira suas decisões de forma lógica e racional, respeitando os comportamentos anteriormente adotados, tanto pela própria administração como também pelo judiciário. Conclui-se, assim, que os entes administrativos têm o dever de respeitar tanto os precedentes administrativos como os judiciais.

Tal conduta irá garantir uma implementação universal e igualitária do direito à saúde, bem como irá solucionar o problema da desigualdade ocasionado pelo ativismo judicial, já que as jurisprudências consolidadas deverão ser estendidas para todas aquelas pessoas que se encontrem em situação análoga a do indivíduo que teve seu direito garantido pelo Judiciário.

Isto posto, em suma, infere-se do presente trabalho que o direito fundamental à saúde apenas poderá ser efetivado de forma integral e igualitária através da atuação da Administração Pública, sendo que a técnica do silêncio positivo, bem como o respeito aos precedentes (administrativo e judiciais), são instrumentos administrativos que auxiliam na promoção integral, efetiva e igualitária do direito em questão.

## REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde. *Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorâma no âmbito da Justiça Federal e Aparentamentos na seara das Justiças Estaduais*. Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa--o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em 2.10.214

AGUADO Y CUDOLÀ, Vincenç. *Silencio administrativo e inactividad: limites y técnicas alternativas*. Madrid: Marcial Pons, 2001

ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro de. O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. *Espaço Jurídico*, v.9, n. 1, pp. 7-18, Joaçaba, jan/jun, 2008

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A revolução dos direitos humanos e a expansão do *judicial review* nos estados contemporâneos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, p. 42-63, jan/junho. 2013

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. *Segurança Jurídica Extajudicial e Precedentes Admisnitrativos: Uma Investigação sobre a aplicação de precedentes a partir da análise dos mapas de citação*. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento-). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Souza Neto, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLEA FORADADA, Juan Antonio. El retraso de la Administración y el silencio administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 51, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 303-318, sep./dic. 1966

BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais, in *Revista Direitos Fundamentais & Justiça n. 3*, abr./jun, 2008

BRASIL, *Constituição Federal*, 1988.

BRASIL, *Lei nº 9.784, 1999*: Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das universidades e dos municípios*.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo, 2013. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CLEVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

CLÉVE, Clemerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: fórum, 2011.

DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino; DALLARI, Sueli Gandolfi; DELDUQUE, Maria Célia; et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2012.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Livraria do Advogado Editora, 2007.

FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 1, Curitiba, Juruá, p. 13-22,1999.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. (Coords.). *Direito Público moderno: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 16, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 85-116, ene./abr. 1955.

GIL, José Luis Meilán. El Silencio de la Administración. *AFDUC* 16, 2012, ISSN: 1138-039X, pp. 275-294,

GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.

GROSMAN, Lucas S. *Escasez e Igualdad: Los derechos sociales en la Constitución*. Ed. Buenos Aires: Librería, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A Maximização dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais pela Via Administrativa e a Promoção do Desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, pp. 340-399, janeiro/junho, 2013

HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 12, n. 1, p. 285-328, n./jun. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013

HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 147-175, abr./jun. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Silencio administrativo y derechos económicos y sociales. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, n. 429, p. 63-92, 2014

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Estado, Direito e Políticas Públicas: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2014, pp. 217-243

MARINONI, Luiz Guilherme. *Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica*. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni>. Acesso em: 08/10/2014

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

MARRARA, Thiago. A “autorização Fictícia” no direito administrativo. *RDA- Revista de Direito Administrativo*. n. 251, maio/agosto de 2009, Belo Horizonte.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ORTIZ DÍAS, José. El Precedente Administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 24. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/56122574/El-Precedente-Administrativo>.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A estabilidade como atributo do ato administrativo. In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO. Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Licenças urbanísticas e o silêncio administrativo: as tutelas judiciais possíveis diante da omissão da Administração Pública. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 28, p. 3474-3484, jul./ago. 2006

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013).

PIVETTA. Saulo Lindorfer. *A concretização do direito fundamental à saúde pela administração pública: Políticas públicas e a democratização da esfera administrativa brasileira*. 85f. Trabalho de Graduação (Bacharelado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010).

RODRÍGUEZ-ARANA MUNOZ, Jaime. El silencio administrativo. *La Ley: Revista Jurídica Espanola de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, ano 1999, nº 3, Madrid, La Ley, p. 2123-2124, mayo./jun. 1999

SADDY, André. Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n.20, novembro de

2009, p.02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em 01.10.2014

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. *Documentación Administrativa*, nº 208, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 107-120, 1986. p. 109. Disponível em <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/DA/208/DA\\_208\\_0107.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/DA/208/DA_208_0107.pdf)>. Acesso em 01.10.2014

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, janeiro de 2002. p.2 Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-OLFGANG-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-OLFGANG-SARLET.pdf). Acesso em: 03/09/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIRETO. Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SASTRE. Silvia Díez. El Precedente Administrativo – Conceito y Efectos Jurídicos. In: VALIM. RAFAEL; OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO. Augusto Neve Dal. (Coord.). *Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: \_\_\_\_\_; Daniel SARMENTO (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v.12, Rio de Janeiro, 2003.