



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos de Graduação

Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre direito à saúde

From judicialization of social rights to the necessary administrative respect for court precedents: an empirical analysis of jurisprudence related to the right to health

Luzardo Faria

Resumo: Esse artigo objetiva encontrar soluções para o problema do ativismo judicial e da judicialização dos direitos fundamentais sociais. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a instituição do paradigma de Estado Social de Direito, surgiram incontáveis ações judiciais com o intento de condenar a Administração Pública à efetivação de tais direitos. Realizou-se uma pesquisa empírica em cima da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região dos casos de judicialização do direito fundamental social à saúde em que havia o pedido para concessão judicial de medicamento para tratamento de Hepatite C Crônica.

Palavras-chave: Ativismo judicial; direitos fundamentais sociais; dimensão objetiva; atuação administrativa; precedentes judiciais.

Abstract: This article aims to find solutions to the problem of judicial activism and “judicialization” of fundamental social rights. With the advent of the 1988 Federal Constitution and the institution of the Welfare State paradigm, countless lawsuits with the intent to condemn the Public Administration to consummate these rights emerged. This research is based on an empirical research of precedents of the TRF4 about the cases in which fundamental social right to health was discussed and there was a request for the concession of medicines to treat chronic C hepatitis.

Keywords: Judicial activism; fundamental social rights; objective dimension; administrative actuation; judicial precedents.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p341-366>

Artigo submetido em: novembro de 2014 **Aprovado em:** novembro de 2014

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como “Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo”. A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À NECESSIDADE DE RESPEITO ADMINISTRATIVO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF4 SOBRE DIREITO À SAÚDE

Luzardo FARIA*

Sumário: 1 Introdução; 2 A judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: entre efetividade constitucional e ativismo judicial; 3 A judicialização dos direitos fundamentais sociais na prática: uma análise empírica da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; 4 Por um Direito Administrativo Constitucional: os direitos fundamentais sociais integram o interesse público; 5 A exploração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais e o respeito administrativo aos precedentes judiciais; 6 Conclusão; 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora ao elencar dentro do seletorol de direitos fundamentais os direitos sociais. Essa *eficácia jurídica reforçada* justifica-se pela busca irrefutável da realização dos objetivos fundamentais da República.¹ No entanto, passados mais de 25 anos da promulgação da Lei Fundamental, esse conteúdo mais denso, sustentado pela singular força jurídico-normativa dos direitos fundamentais, não se demonstrou, por si só, como a panaceia das mazelas sociais enfrentadas pela sociedade brasileira.

Nesse novo paradigma de Estado Social de Direito, o Poder Judiciário brasileiro vem sendo elevado a uma categoria de importância inédita. O controle judicial de políticas públicas, todavia, acaba, muitas vezes, por intervir indevidamente nas competências da Administração Pública, prejudicando todo o Poder Público – e, conseqüentemente, também a sociedade civil.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2008, p. 875-903), o direito público brasileiro, de modo geral, está passando por um fenômeno que o transpõe, abruptamente, “*da falta de efetividade à judicialização excessiva*”. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, se, em um primeiro momento, sofria-se com a carência de políticas públicas eficazes e bem planejadas – o que levou a saúde e a educação pública, por exemplo, às péssimas condições em que se encontram hoje; no atual cenário, com a *força normativa da Constituição*, judicializou-se excessivamente esse problema, induzindo a

* *Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná.*

¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: 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.

concessões judiciais arrazoáveis, seja por seu alto custo ou pela sua falta de essencialidade.

Desse modo, aqui se reconhece – como não se poderia deixar de fazer – a crucial importância de um Judiciário voltado à concretização dos mandamentos constitucionais. O ativismo judicial descomedido, no entanto, pode ser tão prejudicial ao Estado Democrático e Social de Direito quanto a omissão administrativa.

Aceita-se aqui, portanto, o desafio lançado por Clèmerson Merlin Clève (2011, p. 30), para quem “no universo dos direitos sociais é preciso continuar o esforço doutrinário, superar dogmas e mitos, bem como promover a participação popular”. Sendo assim, a solução da problemática apresentada parece extrapolar os limites da atuação jurisdicional, convocando a Administração Pública a operar em um campo onde, atualmente, descansa em sua passividade.

2 A judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: entre efetividade constitucional e ativismo judicial

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro não previa meios proveitosos de efetivação dos direitos sociais. Seu conteúdo era considerado meramente programático. Não passavam, portanto, de enunciados recordativos ao Poder Legislativo, que deveria regulamentar tais normas, para que então pudessem ser efetivadas.²

Com a nova Lei Fundamental, a ordem jurídico-constitucional brasileira sofre uma transição paradigmática. Instituído o Estado Social e Democrático de Direito, o Poder Público não mais necessita – aliás, nem deve – aguardar a produção legislativa ordinária para buscar a efetivação dos direitos sociais.

Nesse novo cenário, os direitos sociais são considerados direitos integralmente fundamentais,³ tanto material – sua efetivação é imprescindível para a concretização da dignidade da pessoa humana – quanto formalmente – estão dispostos no Título II do texto constitucional, o qual é denominado “*dos direitos e garantias fundamentais*”. José Afonso da Silva (2002, p. 106), nessa linha, destaca que consiste em severa violação ao princípio da dignidade da pessoa humana uma sociedade na qual preponderam grandes desigualdades sociais, econômicas e culturais. Dessa forma, é

² Essa ordem passiva, que, ao encarar os direitos sociais como normas programáticas, esperava a atuação legislativa concretizante, é criticada por Bacellar Filho (2013, p. 152).

³ A jusfundamentalidade dos direitos sociais não é, todavia, tema pacífico na doutrina constitucional. Apesar de esta problemática não ser o foco deste trabalho, pode-se, sistematicamente, ressaltar três linhas de pensamento contrárias àquela ora defendida: (i) uma que defende que os direitos sociais são juridicamente fundamentais apenas em sua parcela necessária para a participação do processo democrático cf. (NINO, 1997); (ii) uma para qual a jusfundamentalidade dos direitos sociais acompanha tão somente o seu conteúdo de mínimo existencial cf. (TORRES, 2009); (iii) e, por fim, a que defende a inaplicabilidade do regime jurídico dos direitos fundamentais individuais, civis e políticos aos direitos sociais cf. (GEBRAN NETO, 2002).

incabível se falar em *vida digna* em uma comunidade na qual milhões de homens e mulheres são diariamente torturados pela falta de condições básicas de saúde, educação, moradia etc. Estão inseridos, portanto, no rol de direitos que compreendem os valores básicos e as decisões axiológicas da sociedade brasileira.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, §1º, confere a todos os direitos fundamentais a condição de serem aplicados imediatamente, ou seja, sem depender de legislação infraconstitucional regulamentadora para serem efetivados.⁴ Com isto, os direitos fundamentais – dada a sua suma importância para a realização dos objetivos fundamentais da República – prescindem de regulamentação para poderem gerar efeitos na ordem jurídica, podendo, inclusive, ser requeridos em juízo. Vinculam, ainda, todo o Poder Público – e também a sociedade civil – à sua efetivação.

Há, no entanto, parte da doutrina que entende que o instituto da *aplicabilidade imediata* não deveria ser estendido aos direitos sociais – ao menos não em seu conteúdo integral. Dentre os argumentos utilizados para rebater a tese de que os direitos sociais são imediatamente aplicáveis em sua integralidade o mais fortemente suscitado é aquele de que os direitos sociais, por serem, em tese, direitos que exigem uma prestação do Estado, não poderiam ser integralmente aplicados de modo imediato – tampouco pleiteados judicialmente – tendo em vista a exigência de altos custos financeiros à máquina estatal.⁵

Aqui não se está pretendendo que o Estado concretize os anseios e as aspirações de todos os cidadãos em sua integralidade. Em um país de dimensões continentais como o Brasil, é inegável a impossibilidade fática de se assegurar a toda a população as perfeitas condições de saúde, moradia, educação, segurança etc. Os recursos financeiros estatais são, indiscutível e obviamente, escassos. No entanto, em respeito ao art. 5º, §1º, da Constituição, bem como ao princípio da máxima efetividade constitucional, a *reserva do financeiramente possível* não pode ser aceita como um obstáculo genérico à aplicabilidade dos direitos sociais, mas como um direcionador da forma pela qual deverão ser alocados os recursos públicos, não constituindo uma atenuante ou excludente da responsabilidade extracontratual do Estado.

Além disso, quando se está falando de ativismo judicial e judicialização da saúde, deve-se lembrar da existência de outras duas reservas legais oponíveis à efetivação dos direitos sociais pela via judicial: (i) a *reserva imanente de ponderação* e (ii) a *reserva do politicamente oportuno ou adequado*. Segundo lições de Jorge Reis Novais (2003, p. 273), a primeira caracteriza-se pelo dever incondicional do juiz de ponderar o direito à saúde com os mais diversos outros direitos que estiverem em conflito no caso concreto. Afinal, como lembra o constitucionalista alemão Martin Borowski (2000, p.

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵ Essa posição é defendida, por exemplo, por Pisarello (2007, p. 60).

40), "os direitos garantidos como princípios são direitos limitáveis". A segunda, objetiva o respeito às decisões legislativas e administrativas, tomadas após longos debates, realizados com os membros eleitos pela população para geri-la.

No entanto, apesar da incidência irrefutável dessas reservas, o entendimento mais compartilhado pela doutrina constitucionalista atualmente é o de que, ao se tratar da parcela relativa ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, há a consolidação de um *direito público subjetivo oponível ao Estado*,⁶ caracterizado pela possibilidade de requerimento judicial.⁷ Esse posicionamento, inclusive, é compartilhado também em plano internacional, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais da Organização das Nações Unidas (ONU).

Com estes elementos, o Poder Judiciário passa a assumir, nesse novo formato da organização e separação dos poderes, um inédito papel de importância na concretização e efetivação dos direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 441-442), criticando a excessiva judicialização da política e o consequente ativismo judicial exacerbado, diz estarmos vivendo em uma "supremocracia". Daniel Wunder Hachem (2014a, p. 48-54), referindo-se a esta problemática, afirma que o Judiciário se tornou uma "porta das esperanças" daqueles que não recebem da Administração Pública a tutela de seus direitos fundamentais sociais.

Apesar de que se entenda, consoante lição do constitucionalista português Jorge Miranda (1993, p. 283-284), que os direitos fundamentais vinculam positivamente os órgãos jurisdicionais à sua máxima efetivação possível, deve-se entender que, em alguns casos, a via judicial não é o caminho mais adequado para a satisfação das necessidades sociais dos cidadãos. Lista-se, para isso, três básicos motivos: (i) o acesso ao Poder Judiciário é limitado às classes média e alta da população – deixando ao relento àqueles que mais precisariam da tutela judicial; (ii) a maior parte das ações judiciais que tem por objeto prestações de direitos fundamentais sociais é de cunho individual e não coletivo; (iii) o planejamento de políticas públicas, voltadas ao atendimento de todas as esferas da sociedade, compete à Administração Pública (HACHEM, 2013, p. 353).

⁶ Sobre a noção de direito público subjetivo: "Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los elementos de perjuicio y de la ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y se restablezca la integridad de sus intereses" (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2008, p. 34-54).

⁷ Esse entendimento é difundido, entre outros, pelos seguintes autores: Barcellos (2011, p. 280); Clève (2012, p. 27-28); Sarlet (2012, p. 411-414); Torres (2009, p. 87-89).

3 A judicialização dos direitos fundamentais sociais na prática: uma análise empírica da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Para ilustrar o cenário de judicialização dos direitos fundamentais sociais ao qual aqui se refere, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Justiça Federal do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul) a respeito dos casos que versavam sobre a concessão judicial de medicamento para tratamento de Hepatite C. Ao todo, foram analisadas as 89 ações julgadas naquele tribunal com esse objeto entre os anos de 2007 e de 2014.

Para se realizar essa pesquisa, buscou-se, no sistema de eletrônico de pesquisa de jurisprudência do TRF-4, por "hepatite c", "medicamento" e "individual" e por "hepatite c", "medicamento" e "coletivo". Depois de mais de 400 resultados oferecidos com essas variáveis, chegou-se aos 89 casos que de fato tratavam, no mérito, do tema da pesquisa. Com base nesse universo, separou-se as ações em grupos a partir das seguintes perguntas, as quais possibilitaram as conclusões que serão descritas adiante: (i) o pedido foi realizado individual ou coletivamente? (ii) O pedido foi concedido? (iii) Quais foram os fundamentos para justificar a negativa da concessão?⁸ (iv) Qual era a eficácia do tratamento postulado? (v) Foi analisada a situação financeira do requerente? Se sim, isso foi relevante para a concessão? (vi) Houve um requerimento prévio em âmbito administrativo desse medicamento?

A primeira constatação relevante que se tira é a comprovação de que, na maior parte dos casos, a demanda judicial de prestação de saúde é realizada individualmente. Nas ações analisadas, percebeu-se que 95,5% dos casos tratavam de um pedido individual. O cenário é grave: além de inflar a máquina judiciária, esse número tão grande de ações individuais – que poderiam ser substituídas por algumas poucas na via coletiva –, acarreta um tratamento desigual aos cidadãos, por parte do Poder Público. Por mais que a jurisprudência sobre esse tema já esteja bem desenvolvida e praticamente pacificada, a individualização excessiva de prestações de saúde acaba por dar preferência àqueles que possuem as condições financeiras e os conhecimentos necessários para acessar o Judiciário, excluindo dos benefícios as classes menos abastadas, que vem a ser exatamente a parcela da população brasileira que mais precisa do fornecimento gratuito daqueles medicamentos. Como se não bastasse, existe ainda outro problema: em demandas individuais o juiz não se preocupa com

⁸ A pergunta foi direcionada apenas aos casos em que houve a negativa da concessão pois a fundamentação dos casos em que o medicamento postulado foi concedido baseava-se nos seguintes argumentos básicos: (i) o direito à saúde, enquanto direito social, foi elevado, com a Constituição Federal de 1988, à condição de direito integralmente fundamental; (ii) O Estado, em atendimento ao art. 5º, §1º da CF, possui o dever constitucional de efetivar os direitos fundamentais sociais imediatamente; (iii) Não cabem quaisquer alegações de impossibilidade financeira ou intervenção de competência para impedir a concessão, uma vez que o direito à saúde guarda uma inerente relação com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana.

todo o contexto econômico, jurídico e social que o envolve. Buscando apenas a realização de uma *micro justiça*, não raramente condena o Estado ao dispêndio de altos valores, o que pode inviabilizar o bom planejamento financeiro das políticas públicas de saúde.

Os quatro casos de demanda coletiva, vale ressaltar, foram julgados improcedentes, pelo motivo de não se poder fazer uma concessão ampla e genérica dos medicamentos postulados, visto que diferentes genótipos (níveis) da doença de Hepatite C requerem diferentes tratamentos. Sendo assim, na visão dos magistrados, a via individual seria a mais correta para a tutela desse direito.⁹ Percebeu-se, inclusive, que todos os magistrados que proferiam tais decisões, concederam o medicamento postulado em outras oportunidades, quando realizado o requerimento individualmente. No entanto, por mais que, de fato, não se possa conceder genericamente os medicamentos pelo motivo de cada genótipo da doença requerer um tratamento diferente, o mínimo que poderia se esperar do Poder Judiciário é que realizasse uma concessão coletiva de determinado medicamento ao menos para aqueles cidadãos que se encontrarem nas mesmas situações que os possibilitariam uma decisão positiva pela via individual.

A judicialização da saúde é, como já citado anteriormente, tema recorrente no Direito brasileiro. Já é de algum tempo que se percebe o aumento das ações judiciais postulando o fornecimento gratuito de medicamentos. Para acompanhar esse avanço, doutrina e jurisprudência desenvolveram-se e adaptaram-se a essa nova realidade. O Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, ao julgar a STA 175 no ano de 2010, determinou parâmetros para orientar os juízes nesses casos.¹⁰ Mais recentemente, em maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça promoveu a I Jornada Nacional de Direito da Saúde, aprovando 45 enunciados interpretativos sobre essa problemática.¹¹ Com base nisso, impera-se uma análise da observância desses parâmetros e enunciados nos julgamentos dos casos concretos.

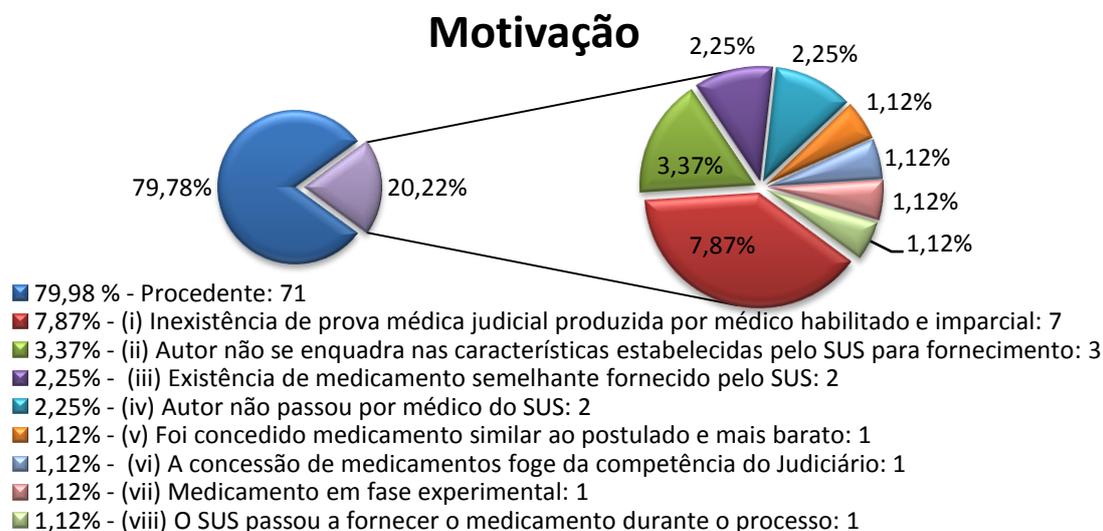
Nessa esteira, uma interessante análise que pode ser realizada é sobre a proporção de (im)procedência dos pedidos. Das 85 ações individuais, em 71 ocasiões o medicamento foi fornecido, sendo justificado, em grande parte das vezes, que o direito à saúde, por sua jusfundamentalidade e pela relação inerente que mantém com o direito à vida, deve ser efetivado pelo Poder Público, cabendo ao Judiciário essa função, quando a

⁹ As quatro decisões que negaram provimento ao pedido de concessão judicial do medicamento foram as seguintes: TRF4, AG 5021220-97.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 18/12/2012; TRF4, EINF 2006.70.00.000547-6, Segunda Seção, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 25/06/2010; TRF4, AC 0005010-02.2003.404.7201, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 24/05/2010; TRF4, MCI 2009.04.00.046142-0, Quarta Turma, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, D.E. 15/01/2010.

¹⁰ Esses parâmetros são explicados sistematicamente em: Mendes; Gonet Branco, (2013, p. 639-642).

¹¹ Os enunciados podem ser conferidos pelo site: www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/_ENUNCIADOS%20APROVADOS%20NA%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20DA%20SAUDE%20-%20PLENRIA%2015-5-14_revisado%20Carmem%203.pdf. Acesso em 17 de jun. de 2014.

Administração se fizer omissa. Para julgar improcedente o pedido, diversos foram os argumentos adotados nos outros 18 casos, como fica ilustrado no gráfico a seguir:



Evidencia-se, assim, que nos casos em que foi julgado improcedente o pedido, observou-se, de modo praticamente pacífico¹² os parâmetros e enunciados citados acima: (i) a prova pericial médica sobre a necessidade do medicamento é medida que se impõe, visto que seria irracional o Judiciário determinar o fornecimento de um medicamento ineficaz ou desnecessário;¹³ (ii) o respeito às características determinadas pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) estabelecidos pelo SUS demonstra um apreço às decisões administrativas previamente tomadas;¹⁴ (iii e v) o fornecimento de medicamento semelhante, mas igualmente eficaz, já distribuído pelo SUS, é mais uma demonstração de respeito às decisões

¹² O caso em que se justificou a não concessão do medicamento pelo motivo de interferência ilegítima na competência da Administração é o único que destoa desse cenário, uma vez que, como explicado anteriormente, o Poder Judiciário.

¹³ Essa lição pode ser apreendida dos Enunciados de nº 12 (“A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses, e fazendo referência também à situação do registro na Anvisa”), de nº 14 (“Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.”) e de nº 16 (“Nas demandas que visam ao acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o autor deve apresentar prova da evidência científica e também a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS”).

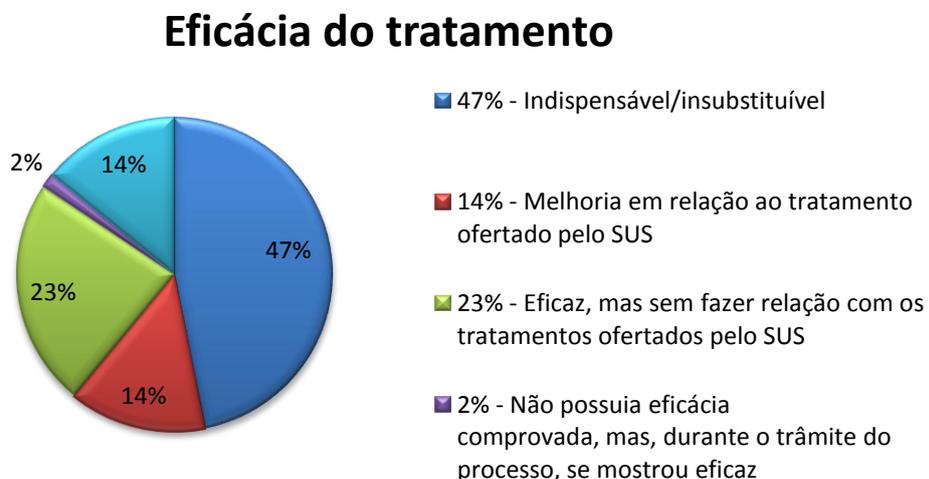
¹⁴ É o que se denota do Enunciado nº 4: “Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis no quadro clínico do paciente usuário do Sistema Único de Saúde (SUS), pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo SUS, do fármaco não protocolizado.”

administrativas;¹⁵ (iv) a consulta com médico habilitado do SUS justifica-se pela intencionada imparcialidade desses profissionais;¹⁶ (vi) a proibição de concessão de medicamento em fase experimental é medida necessária para garantir a própria segurança física dos cidadãos.¹⁷

Restam, ainda, todavia, dúvidas sobre a observância dessas orientações nos casos em que foi concedido o pedido, visto que os magistrados não passam por todos esses pontos durante a fundamentação de seu voto. Percebeu-se, por exemplo, que em apenas 14 casos foi citado o fato de o autor ter sido avaliado por médico habilitado do SUS.

Uma certa desobediência a esses critérios pode ser observada na questão da análise da eficácia do tratamento postulado. A eficácia e a necessidade do medicamento são, como citado acima, dois requisitos essenciais para que se admita a concessão judicial, devendo-se sempre, ao apreciar a situação do demandante, verificar a possibilidade de substituição por medicamento já fornecido pelo SUS. Essa questão, entretanto, só foi suscitada em 64 casos (75%) existindo, portanto, outras 21 decisões (25%) proferidas sem sequer ter-se feito menção à eficácia do medicamento pleiteado.

Tomando-se por base aqueles casos em que se analisou a eficácia do medicamento pleiteado, chega-se ao seguinte gráfico:



¹⁵ Mendes; Gonet Branco (2013, p. 641).

¹⁶ Essa orientação pode ser interpretada a partir do Enunciado nº 13: “Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas”.

¹⁷ A precaução é sinalizada no Enunciado nº 6: “A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”.

Conclui-se desses números que em 34 casos o medicamento concedido não era indispensável à vida do autor ou insubstituível por outro remédio já fornecido pelo SUS. Nessas situações, denota-se uma indevida interferência por parte do Poder Judiciário nas competências da Administração Pública, que, por meio da Portaria 863/2002 do Ministério da Saúde, já determinou quais medicamentos serão ofertados gratuitamente para o tratamento de Hepatite C, bem como as características nas quais deve se encontrar o paciente para esse recebimento. Fica claro, portanto, que nesses casos não se observaram as reservas legais de ponderação e do politicamente oportuno ou adequado, citadas anteriormente. Além disso, em 23% dos casos o juiz apenas acatou a comprovação de medicamento postulado, sem fazer qualquer comparação com aqueles ofertados pelo SUS para o tratamento da mesma moléstia.

Evidencia-se, ainda, outro grave problema: em 14% dos casos o medicamento foi concedido sem ter sido realizada perícia judicial por médico habilitado e imparcial, o que vai contra os parâmetros e enunciados citados acima. O magistrado, em plena realização de um serviço estatal e determinando a destinação de verbas públicas, não pode, jamais, deixar de tomar todos os cuidados existentes – e aos quais é orientado – para que a sua decisão seja a mais benéfica para a população.

Ainda sobre a eficácia do tratamento, percebeu-se, durante a pesquisa, mais um exemplo da falta de respeito dos magistrados com as decisões previamente planejadas e tomadas pela Administração: a Portaria do Ministério da Saúde apontada supra determina que os medicamentos “interferon peguilado” e “interferon-alfa” serão fornecidos a todos os cidadãos que se encaixarem nas características ali definidas, com exceção daqueles que já tiverem feito tratamento anterior com “interferon”, não tendo obtido sucesso na cura da doença, pelo motivo de o retratamento ser considerado, pelo SUS, como possivelmente lesivo à saúde. Em 13 dos analisados casos, entretanto, os peritos médicos deixaram claro que o autor já tinha feito tratamento com interferon, mas que, na sua concepção, o mais indicado seria fazer um novo tratamento, com pelo menos um daqueles medicamentos citados acima. Os juízes, em todas essas situações, seguiram as orientações periciais, sem relevar a posição tomada pelo SUS.

O ativismo judicial nesse cenário, portanto, parece não conhecer limites. Em apenas 9 decisões os juízes trataram da possibilidade da incidência das reservas legais impossibilitarem a concessão. Em todos os votos, no entanto, foi dispensada a ponderação, visto que o medicamento pleiteado estava integrado, na visão do magistrado, ao mínimo existencial. Infelizmente, em nenhuma ocasião tratou-se ao menos do que significava esse mínimo existencial.

Outra importante constatação que deve ser ressaltada é aquela obtida a partir da pergunta referente à situação financeira e socio-econômica do requerente. Em apenas 25 dos 89 casos (28%) o magistrado levou este fator em consideração, sendo que em 4

casos deixou claro que a concessão estava sendo direcionada a alguma pessoa com possibilidade financeira de custear o tratamento no âmbito privado, mas que essa questão não importava para sua decisão, visto que o Estado possui o dever constitucional de efetivar o direito à saúde a todos os cidadãos. Essa lógica, fundada na leitura legalista da Constituição, não compreende os direitos fundamentais como princípios (no sentido de mandados de otimização) que são. De fato, a letra da norma constitucional assevera que a saúde é direito de todos. No entanto, deve o magistrado saber que, impossibilitado o Estado de fornecer gratuitamente medicamentos para toda a população brasileira por razões de ordem financeira, deve-se privilegiar aqueles que não possuem condições de custear o tratamento postulado. Com isso, reduz-se, em certo grau, a característica de universalidade dos direitos sociais, para poder garantí-los aos cidadãos que faticamente não gozam das condições necessárias para desfrutar de saúde, educação, moradia, etc. no âmbito das relações jurídicas privadas.

Poder-se-ia citar mais inúmeras conclusões obtidas com a pesquisa realizada. O que se intencionou demonstrar, no entanto, é que o Judiciário (também) falha quando busca, isoladamente, a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Não se pode, portanto, pensar que a judicialização seria a solução para os problemas enfrentados pela falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil. A via judicial, aliás, deve ser entendida como a *ultima ratio* dessa problemática. Afinal, pensar exclusivamente na satisfação individual de tais direitos para cada cidadão, como é feito nas ações judiciais, acarreta problemas estruturais para a Administração Pública, impossibilitando-a de cumprir todos os seus deveres constitucionais (e não só aquele relativo à efetivação de determinada posição jurídica jusfundamental)¹⁸.

O que se necessita, então, é a identificação de alternativas mais eficientes e eficazes, capazes de realizar uma justiça social igualitária e que coloquem a máquina estatal nos trilhos que levarão à concretização dos objetivos intentados pela Constituição.

4 Por um Direito Administrativo Constitucional: os direitos fundamentais sociais integram o interesse público

Compreendidos os motivos que permitem a judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais na atual ordem jurídico-constitucional brasileira e os problemas advindos do ativismo judicial descabido (consequência dessa judicialização excessiva), deve-se agora buscar algumas soluções para o problema que se demonstrou acima. Conforme se citou ao longo do texto, existem incontáveis contribuições bibliográficas de qualidade sobre o tema da judicialização dos direitos fundamentais sociais. Limitam-se,

¹⁸ O termo é utilizado por Robert Alexy, ao tratar da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, segundo a qual cada direito fundamental considerado “como um todo” é um feixe de diversas posições jurídicas jusfundamentais, isto é, de variados outros direitos mais específicos, advindos de tal feixe (ALEXY, 2012, p. 163-249).

entretanto, no mais das vezes, ao campo do Direito Constitucional, tratando – ora mais genérica, ora mais especificamente – dos assuntos tratados anteriormente nesse trabalho. No entanto, por mais que toda a justificativa jurídica para a judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais (e dos seus limites) se funde em bases constitucionais, a decisão dos tribunais, quando favorável aos cidadãos – e é assim na maioria dos casos –, deverá ser cumprida pelo Poder Executivo, incumbindo-o de um dever de prestação fática. Deve-se, dessa forma, com foco na atuação da Administração Pública, estudar novos meios de se resolver esse problema.

Para isso é imperioso, inicialmente, entender os motivos que ocasionaram esse certo “rechaço” existente com a utilização e o estudo do Direito Administrativo no tema da judicialização dos direitos fundamentais sociais. O Direito Administrativo e o Direito Constitucional possuem em sua origem um fenômeno em comum: a instituição do Estado de Direito, entre os séculos XVIII e XIX.¹⁹ Com a submissão do poder estatal à ordem jurídica, primou-se em estudar a estrutura, o funcionamento e o regime jurídico dessa nova organização submetida à lei, bem como os motivos teóricos e os objetivos práticos advindos dessa submissão.

Sebastian Martín-Retorillo (1996, p. 215) leciona que, apesar da origem comum, com o passar do tempo foram acentuando-se as distinções e as separações das referidas matérias. Para o autor espanhol, o Direito Administrativo experimentou uma fuga do Direito Constitucional, causada, em grande parte, pela descontinuidade histórica e pela falta de força jurídica das normas constitucionais em detrimento da perpetuidade das práticas burocráticas vivenciadas no âmbito administrativo. Alfredo Gallego Anabitarte (1973, p. 35), tratando do direito espanhol, mas em lição que também caberia perfeitamente às instituições brasileiras, diz que esse afastamento levou “a um Direito Administrativo espanhol *acéfalo*, por causa de sua escassa relação com o Direito Constitucional, e *anacrônico*, por sua ruptura com uma consciência histórico-jurídica própria”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, todavia, erigiu-se para transformar essa lógica. Apesar de ainda trazer entre os princípios constitucionais que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*) o da legalidade, seu sentido é diverso daquele emanado das outras Constituições. Atualmente, não se fala mais apenas de uma legalidade estrita, que vincula a atividade administrativa somente aos mandamentos positivos da lei ordinária e formal. “O princípio da legalidade transmuda-se, assim, [...] em *princípio da juridicidade*, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem” (BARROSO, 2005, p. 31-32).

Sendo assim, com o advento da Constituição de 1988, toda a Administração Pública passa a estar vinculada à *efetivação dos direitos fundamentais e a concretização da*

¹⁹ A origem histórica do Direito Administrativo é tratada por Mello (2014, p. 38-43). Quanto à do Direito Constitucional, ver Barroso (2013, p. 32-55).

dignidade da pessoa humana, ainda que para isso deva atuar contra ou à margem da lei formal. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2003, p. 17), nessa linha, é efusivo ao determinar que o *Direito Administrativo Constitucional* está voltado à maximização dos direitos fundamentais. Isso, porque no paradigma do Estado Social de Direito, o *interesse público*, cuja supremacia sobre o interesse privado é princípio norteador da atividade administrativa, é revestido pela satisfação dos direitos fundamentais (principalmente, nesse contexto, os de caráter social, econômico e cultural).

Esse interesse público, aliás, não deve ser entendido tão somente de um modo amplo, que o caracteriza, conforme lições resultadas da pioneira teoria desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, como o conjunto de interesses acumulado pelos indivíduos em sua qualidade de membros da sociedade (2014, p. 62). Deve-se, para além disso, em um sentido mais amplo, ser entendido como o interesse geral da coletividade considerada em si mesma (HACHEM, 2011, p. 181-194). A partir desse prisma, portanto, é que não se pode admitir o excesso da atuação jurisdicional em matéria de direitos fundamentais sociais, já que esse fenômeno tem por consequência – quase que inevitável – o tratamento anti-isonômico dos cidadãos.

5 A exploração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais e o respeito administrativo aos precedentes judiciais

Por todos os motivos expostos até aqui, entende-se que o desenvolvimento da Administração Pública deve acompanhar as mudanças ocorridas no Direito Constitucional, adaptando-se, cada vez, à nova realidade jurídico-constitucional que se impõe. No tema da judicialização dos direitos fundamentais sociais, porém, esse acompanhamento parece não ter sido realizado. O que impera atualmente nesse cenário é uma noção de direito público subjetivo nascida no século XIX, quando o Direito Administrativo era estudado a partir de uma *lógica liberal-individualista*. Nesse contexto, não havia grandes problemas em o Judiciário determinar que a Administração se abstinhasse ou se afastasse de determinada situação, afinal, eram tutelados apenas direitos fundamentais de liberdade.

No Estado Social de Direito, entretanto, o Judiciário impõe à Administração *deveres positivos de prestação*. Esse fenômeno, todavia, pode gerar consequências pejorativas: na busca quase cega pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, decisões pouco racionalmente fundamentadas determinam prestações irrazoáveis e desproporcionais. Essas tutelas judiciais, contudo, exigem não só o valor gasto para a satisfação daquele determinado direito, mas também todo um planejamento político prévio, a fim de que as finanças públicas possam estar bem distribuídas.

O que tem se observado, desse modo, é uma descaracterização da função principal dos direitos fundamentais sociais, a qual é, enfim, a *redução das desigualdades materiais*. Com tantas ações judiciais individuais condenando a Administração Pública,

por exemplo, ao fornecimento de medicamentos e ao custeio de uma vaga em uma escola privada, a efetivação desses direitos fundamentais sociais pela via judicial traz consigo um efeito colateral: se, em um primeira análise, satisfaz a pretensão jurídica de determinado cidadão, em uma visão mais ampla, percebe-se um aumento das diferenças sociais e um agravamento nas condições, nesse exemplo, da saúde e da educação pública brasileira.

Sendo assim, reconhece-se a importância do Judiciário como um balizador dos desvios cometidos pela Administração Pública. Aquele só deve ser acionado para a concessão dessas prestações, portanto, quando esta se fizer omissa, ou seja, como *última alternativa*. Insta-se, desse modo, pensar meios administrativos de maximização da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Daniel Wunder Hachem (2014a, p. 56-65), seguindo essa lógica, alerta que, realizada a constitucionalização do Direito Administrativo, faz-se necessária, agora, a “*administrativização*” do *Direito Constitucional*, isto é, a busca de ferramentas administrativas voltadas à concretização dos objetivos constitucionais.

Se a lógica subjetivista se mostra insuficiente, seja pelas ofensas que causa ao princípio da igualdade, pois privilegia aqueles que podem lograr acesso ao Judiciário, seja pelo caos que pode causar ao planejamento financeiro público, o primeiro passo parece ser, portanto, o de explorar a *dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais*, a fim de que sua tutela abranja toda a coletividade, de modo igualmente satisfatório. José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 144-145), tratando da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, adverte que eles “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdade ou poderes de que estes são titulares”, mas, sim, também sob uma ótica comunitarista, “como os valores ou fins que esta [a comunidade] se propõe a seguir”.

O Direito Administrativo, como ensina Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2000, p. 120), deve contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais, ainda que não exista uma pretensão subjetiva por parte dos cidadãos. Como os direitos fundamentais comportam a estrutura básica de todo o ordenamento jurídico, o Direito Administrativo, pela relação que guarda com o Direito Constitucional, se encontra direcionado à realização desses direitos, a tal ponto que essa tarefa deve ser o primeiro e último fim da atividade administrativa.

Por óbvio, seriam necessárias grandes mudanças estruturais para que os direitos fundamentais sociais pudessem passar a ser tutelados objetiva e coletivamente, por meio de políticas públicas democráticas, como aqui se pretende. O presente trabalho, no entanto, não é tão ambicioso em suas considerações e visa tão somente à indicação de soluções que podem ser tomadas ainda na atual conjuntura. Sabendo que a excessiva judicialização dos direitos fundamentais sociais é uma realidade atualmente

e que não será extinta tão cedo, o melhor a se fazer, por ora, é trabalhar, exatamente, com essas decisões.

Desse modo, a primeira solução a ser adotada em âmbito administrativo para se maximizar a efetividade dos direitos fundamentais sociais é o *respeito aos precedentes judiciais* que existem nessa área. Para serem respeitados, porém, tais precedentes, além de repetidos, devem ter sido proferidos legalmente e estarem voltados à promoção desses direitos para toda a coletividade. Não é sensato admitir, portanto, que o Estado, corriqueiramente, arque com valores altíssimos para satisfazer apenas um ou outro cidadão. Sendo assim, deve-se ressaltar, nesse ponto, a advertência de Daniel Sarmiento (2008, p. 572), para quem “não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições”.

A via judicial – em detrimento da administrativa – é a preferida dos cidadãos porque nesse âmbito o ganho de causa é muito provável – e com isso a Administração é forçada a conceder o que foi pleiteado.²⁰ Essa força vinculante das decisões judiciais é o que desdobra a sugestão aqui assinalada de respeito aos precedentes judiciais. Quando a jurisprudência estiver pacificada, portanto, o melhor que a Administração pode fazer – desde que o posicionamento dos tribunais esteja conforme o Direito, obviamente – é mais do que aceitar a decisão judicial por força de sua imposição jurídica: é internalizar esse posicionamento e passar a adotá-lo como orientação (inclusive nos procedimentos administrativos). De outro modo, estar-se-ia remando contra maré, gastando os escassos recursos e o primoroso tempo de trabalho dos Poderes Executivo e Judiciário, que, em última análise, pertencem a toda a população.

Deve-se, assim, ainda seguindo a opinião de Daniel Wunder Hachem (2014b, p. 232-233), expedir atos administrativos gerais determinando que: (i) os órgãos públicos concedam os medicamentos pleiteados na via administrativa; (ii) os procuradores públicos não mais contestem as ações judiciais que se ajustem a esse molde firmado pela jurisprudência pacificada; (iii) os advogados públicos deixem de recorrer de decisões que condenem a Administração e estejam de acordo com o entendimento consolidado pelo tribunal. Sobre o assunto, Clèmerson Merlin Clève (2014, p. 538) lembra que é perfeitamente possível a emissão de regulamentos administrativos de execução que operem *contra legem*, *ultra legem* e *praeter legem*, desde que com respaldo direto nas normas constitucionais, visando, sempre, à sua máxima efetividade.

Desse modo, estar-se-ia impossibilitando que a Administração Pública atendesse apenas aos seus interesses secundários – entendidos, na doutrina do italiano Renato

²⁰ Essa preferência pela via judicial foi mais uma das conclusões obtidas com a pesquisa jurisprudencial citada no ponto 3: em apenas 12 das 85 ações individuais analisadas (aproximadamente 14%) o juiz ou as partes citaram a existência de um requerimento administrativo prévio ao pedido judicial.

Alessi (1978, p. 232-233), como os interesses singulares da Administração Pública enquanto pessoa jurídica - de não despender recursos para efetivar os direitos postulados judicialmente, postura unissonamente combatida pela doutrina.

Outro grande problema de se aceitar que o Estado atue judicialmente em combate contra aqueles cidadãos que, oportunizados pelas normas constitucionais, postulam judicialmente prestações de direitos fundamentais sociais é o de permitir que em alguns casos a tutela seja concedida e em outros, não. Tal cenário, obviamente, afronta o princípio constitucional da impessoalidade administrativa, cuja essência, segundo lição de Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 114), “está no fato de o tratamento dado por agentes estatais a casos individuais e concretos estar fundamentado numa decisão anterior geral e abstrata”.

Desse modo, com a atuação administrativa voltada à promoção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, tender-se-á a uma universalização das prestações (ora individuais) desses direitos, eliminando, com isso, ao menos, o problema do tratamento desigual e anti-isonômico protagonizado pelas decisões judiciais. Coexistirão, ainda, inevitavelmente, diversos outros problemas relacionados à efetivação dos direitos fundamentais sociais, seja pela via judicial, seja pela via administrativa, que demandarão estudos específicos, sempre movidos pela intenção de conferi-los maior efetividade.

6 Conclusão

Não são recentes o desenvolvimento de pesquisas e o surgimento de ações judiciais que comprovem o ativismo judicial e a judicialização dos direitos fundamentais sociais no direito público brasileiro. Com a força jurídico-normativa dos mandamentos impostos pela Constituição Federal de 1988 e a imperiosa ascensão do Poder Judiciário nos últimos anos, inúmeros problemas sociais, que anteriormente eram tratados apenas no âmbito político, passaram a ser analisados sob a ótica do Direito. Os direitos sociais, ao serem elevados nessa nova ordem jurídica à condição de direitos fundamentais, sofreram, inevitavelmente, essas consequências.

De fato, como se procurou demonstrar no primeiro ponto do presente trabalho, é juridicamente justificável a sublevação jusfundamental dos direitos sociais, reconhecendo-lhes, inclusive, a característica de judiciabilidade. Esse socorro judicial para a concretização dos direitos fundamentais sociais é, aliás, em determinadas situações, mais do que possível: faz-se necessário. Sendo assim, comprovou-se que essa judicialização, por ser constitucionalmente aceitável e devida, não pode ser totalmente rechaçada.

Deve-se, no entanto, identificar seus limites. Afinal, o ativismo judicial imoderado é prejudicial para todo o Estado Democrático e Social de Direito. Atualmente,

entretanto, os magistrados superam sua *dificuldade contramajoritária*²¹ sem as devidas e esperadas argumentações e ponderações. Decisões judiciais condenam a Administração Pública a prestações de altíssimo custo e nem sempre essenciais, inviabilizando o bom planejamento de utilização das finanças públicas.

Resta evidente, nesse ponto, que o atual método para a satisfação dos interesses individuais e coletivos referentes aos direitos fundamentais sociais deve ser repensado. Não se pode admitir que, como regra, o Judiciário tome o posto da Administração Pública e conceda prestações judiciais de modo desigual e imparcimonioso. A primeira solução que se insurge para a resolução dessa problemática parece ser uma maior atuação administrativa de ofício nesses casos.

Em vista de identificar algumas medidas administrativas que podem ser tomadas para ajudar a melhorar esse cenário, demonstrou-se que o Direito Administrativo brasileiro já sofreu um processo de constitucionalização. O contrário (a “administrativização” do Direito Constitucional), no entanto, ainda espera por ser realizado. O que se pretendeu, portanto, foi a identificação de ferramentas do Direito Administrativo para a solução desse imbróglio que se desenvolve no seio do Direito Constitucional.

O primeiro problema constatado foi que as ações judiciais que envolvem prestações de direitos fundamentais sociais ainda são regidas por uma lógica liberal-individualista, desenvolvida no século XIX. Naquele momento histórico, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais era suficiente para a sua satisfação, vez que não passavam, em sua maior parte, de direitos “de defesa” ou “de liberdade”, exigindo apenas uma posição abstencionista da Administração Pública. Com a instauração do paradigma do Estado Social de Direito, em meados do século XX, todavia, essa lógica anacrônica se demonstrou insuficiente. Para a tutela dos direitos fundamentais sociais – que, de modo geral, exigem da Administração Pública prestações fáticas –, necessita-se de maior atenção à sua dimensão objetiva, que reclama, sem carecer da espera de decisões judiciais, uma atuação administrativa igualitária.

O principal objetivo desse trabalho, portanto, foi a demonstração de que a atuação jurisdicional, apesar de necessária em certos casos, não é suficiente para solucionar os problemas advindos do paradigma jurídico vigente. A verdade é que a Administração Pública nunca – desde o início de sua instituição nos séculos XVIII e XIX até os dias atuais – desfrutou da autonomia necessária para a concretização espontânea e igualitária dos direitos fundamentais sociais. Sempre esteve presa: em um primeiro momento, à inflexibilidade das amarras da lei formal; e, atualmente, ao rigor do cumprimento das decisões judiciais. Isto posto, o caminho aqui indicado para ser

²¹ O termo é cunhado pelo constitucionalista norte-americano Alexander Bickel para retratar o problema advindo da falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para a tomada de decisões com consequências político-sociais, como no caso do controle judicial de políticas públicas (BICKEL, 1986, p. 16-17).

seguido para uma maior satisfação do interesse público relativo a esses direitos é o de uma atuação administrativa mais autônoma e espontânea, para permitir a concessão de prestações mais justas e igualitárias.

7 Referências bibliográficas

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed., 2. tir. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1986.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, num. 59, Mayo-Agosto 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder normativo da Administração Pública. In: _____ (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: volume II: organização do Estado e dos poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derecho Administrativo: programa, sistemática y guía para su estudio*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1973.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 11ª ed., vol. II. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, n. 13, Curitiba, p. 340-399, jan./jul. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014a. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

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

MARTÍN-RETORILLO, Sebastian. *El Derecho Civil en la Genesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol. IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho Administrativo y Constitución*. Granada: CEMCI, 2000.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los derechos fundamentales en el Estado social y el Derecho Administrativo Constitucional. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXV, nº 293, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-22, feb. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. Proteção Social 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.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo. vol. 4. n. 2. p. 441-463. jul./dez. 2008.

Apêndice

TRF4, AC 5000548-46.2010.404.7208, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 02/05/2014.

TRF4, AC 5020836-52.2013.404.7000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 02/05/2014.

TRF4, APELREEX 5001137-54.2013.404.7007, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 22/04/2014.

TRF4, APELREEX 5018555-42.2012.404.7200, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 10/04/2014.

TRF4, APELREEX 5001379-32.2012.404.7109, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 10/04/2014.

TRF4, APELREEX 5003134-83.2010.404.7102, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 03/04/2014.

TRF4 5018094-54.2013.404.7000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 01/04/2014.

TRF4, AG 5001381-18.2014.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 14/03/2014.

TRF4, AG 5024106-35.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 27/02/2014.

TRF4, AG 5019441-73.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 20/02/2014.

TRF4, AC 5003076-88.2012.404.7109, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 20/02/2014.

TRF4, AC 5001273-66.2013.404.7002, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 18/11/2013.

TRF4, AC 5000507-77.2013.404.7207, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 11/11/2013.

TRF4, AC 5006867-86.2012.404.7102, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 24/10/2013.

TRF4, AG 5024106-35.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 15/10/2013.

TRF4, AG 5014596-95.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 11/10/2013.

TRF4, AG 5017596-40.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 04/10/2013.

TRF4, AC 5003720-52.2012.404.7102, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 19/09/2013.

TRF4, EINF 5016939-50.2012.404.7000, Segunda Seção, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 17/09/2013.

TRF4, AG 5006052-21.2013.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 30/08/2013.

TRF4, AG 5019441-73.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 29/08/2013.

TRF4, AG 5014596-95.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 09/07/2013.

TRF4, AG 5007239-64.2013.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 28/05/2013.

TRF4, APELREEX 5001996-86.2012.404.7207, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 22/05/2013.

TRF4, AG 5003534-58.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 09/05/2013.

TRF4, AC 5002639-20.2012.404.7215, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 24/04/2013.

TRF4, AG 5007239-64.2013.404.0000, Quarta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 12/04/2013.

TRF4, AG 5020207-63.2012.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 20/03/2013.

TRF4, AG 5015471-02.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 19/12/2012.

TRF4, AG 5021162-94.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 18/12/2012.

TRF4, AG 5021220-97.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 18/12/2012 (coletivo).

TRF4, AG 5016344-02.2012.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 17/11/2012.

TRF4 5017049-97.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 16/11/2012.

TRF4, AG 5016063-46.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 16/11/2012.

TRF4, AG 5015928-34.2012.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 09/11/2012.

TRF4, AG 5013331-92.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 08/11/2012.

TRF4, AG 5011860-41.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 05/09/2012.

TRF4, AC 5001558-69.2012.404.7204, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 18/07/2012.

TRF4, APELREEX 5022983-22.2011.404.7000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 05/07/2012.

TRF4, AC 0007721-70.2009.404.7200, Quarta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 15/05/2012.

TRF4, AG 5004093-49.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 19/03/2012.

TRF4, AG 5004059-74.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 19/03/2012.

TRF4, AC 5020679-84.2010.404.7000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 16/03/2012.

TRF4, AG 5002890-52.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator Vilson Darós, juntado aos autos em 29/02/2012.

TRF4, AG 5015226-25.2011.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 18/10/2011.

TRF4, AC 5002886-26.2010.404.7003, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 06/10/2011.

TRF4, APELREEX 5000650-58.2011.404.7200, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 29/07/2011.

TRF4, AG 5005621-55.2011.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 28/07/2011.

TRF4, AG 5002264-67.2011.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 11/05/2011.

TRF4, APELREEX 0001825-56.2008.404.7208, Quarta Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 18/05/2011.

TRF4, AGVAG 5000621-74.2011.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 14/04/2011.

TRF4, AC 5004613-11.2010.404.7200, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 08/04/2011.

TRF4, AG 5010122-86.2010.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 06/04/2011.

TRF4, AG 5000022-38.2011.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 06/04/2011.

TRF4, AG 5010117-64.2010.404.0000, Terceira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 15/03/2011.

TRF4, AG 5000621-74.2011.404.0000, Terceira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 14/03/2011.

TRF4, AG 5006548-55.2010.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, juntado aos autos em 28/01/2011.

TRF4, AC 0001453-10.2008.404.7208, Quarta Turma, Relatora Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 17/12/2010.

TRF4, AG 5002962-10.2010.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Sérgio Renato Tejada Garcia, juntado aos autos em 22/09/2010.

TRF4, AG 2009.04.00.019290-1, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 06/09/2010.

TRF4, AG 5001431-83.2010.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 13/09/2010.

TRF4, APELREEX 0012288-07.2005.404.7000, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 08/09/2010.

TRF4, AG 5002962-10.2010.404.0000, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 13/07/2010.

TRF4, EINF 2006.70.00.000547-6, Segunda Seção, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 25/06/2010.

TRF4, AG 5001431-83.2010.404.0000, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 08/06/2010.

TRF4, AC 0005010-02.2003.404.7201, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 24/05/2010.

TRF4, AC 0004161-85.2007.404.7202, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 19/05/2010.

TRF4, APELREEX 2005.71.00.025270-2, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 26/04/2010.

TRF4, AC 0004161-85.2007.404.7202, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 06/04/2010.

TRF4, AG 2009.04.00.013667-3, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 14/04/2010.

TRF4, MCI 2009.04.00.046142-0, Quarta Turma, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, D.E. 15/01/2010.

TRF4, AG 2009.04.00.018197-6, Terceira Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 20/01/2010.

TRF4, AG 2009.04.00.016826-1, Terceira Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 20/01/2010.

TRF4, AG 2009.04.00.012467-1, Terceira Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 20/01/2010.

TRF4, EINF 2007.72.00.004319-0, Segunda Seção, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, D.E. 08/01/2010.

TRF4, AC 2009.72.00.002454-3, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 10/02/2010.

TRF4, AG 2009.04.00.016813-3, Terceira Turma, Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 28/10/2009.

TRF4, AG 2009.04.00.018449-7, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 17/08/2009.

TRF4, AG 2009.04.00.013466-4, Terceira Turma, Relator Nicolau Konkel Júnior, D.E. 26/08/2009.

TRF4, AG 2009.04.00.012325-3, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 15/07/2009.

TRF4, EINF 2007.72.00.008087-2, Segunda Seção, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 08/07/2009.

TRF4, AG 2009.04.00.019290-1, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 19/06/2009.

TRF4, AG 2009.04.00.016813-3, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 23/06/2009.

TRF4, AG 2009.04.00.006646-4, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão João Batista Lazzari, D.E. 15/06/2009.

TRF4, APELREEX 2008.72.00.004677-7, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão João Batista Lazzari, D.E. 15/06/2009.

TRF4, AG 2007.04.00.042084-6, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 29/01/2008.

TRF4, AC 2005.71.00.036843-1, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 07/12/2007.

TRF4, AG 2007.04.00.028033-7, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 13/11/2007.

TRF4, AC 2004.72.00.011001-2, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 31/08/2007.