

POLÍTICAS PÚBLICAS E LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO: ANÁLISE DA STA-AGR 175

PUBLIC POLICIES AND RESTRICTION OF THE DISCRETIONARY POWER: ANALYSIS OF STA-AGR-175

*Ruan Espíndola Ferreira**

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a discricionariedade administrativa no âmbito de prestação de políticas públicas que implementem direitos fundamentais sociais. Para tanto, quatro tópicos serão discutidos. No primeiro, analisaremos a questão dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, enfatizando a sua justiciabilidade diante de institutos como reserva do possível e mínimo existencial. No segundo tópico, analisaremos as políticas públicas fazendo a sua interface com o poder discricionário, enfatizando a restrição por que este vem passando, doutrinariamente, com a consequente supremacia dos direitos fundamentais. No terceiro tópico, analisaremos alguns parâmetros para a interferência judicial na implementação das políticas públicas. Por fim, no quarto tópico, discorreremos sobre a STA-AgR 175, por se tratar de um marco jurisprudencial sobre a judicialização da saúde no Brasil.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais; políticas públicas; poder discricionário; judicialização da saúde.

Abstract

This study aims to analyze administrative discretionary power under the provision of public policies that implement social rights. For this purpose, four topics will be discussed. At first, we analyze the issue of social rights as human rights, emphasizing its justiciability before booking institutes as possibility and existential minimum. On the second topic, we'll analyze the public policy making its interface with discretionary power, restraint by emphasizing that this has been going, doctrinally, with the consequent supremacy of human rights. In the third topic, we analyze some parameters for judicial interference in the implementation of public policies. Finally, in the fourth topic, we will discuss the STA-AgR 175, because it is a hard case on the legalization of health in Brazil.

Keywords: Human social rights; public policy; discretionary power; judicialization of health.

Introdução

A implementação dos direitos sociais carrega consigo argumentos que superam a dogmática jurídica, envolvendo-se cada vez mais com argumentos de ordem política,

*Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. e-mail: ruanespindola@gmail.com

ideológica, econômica, dentre outros. O tema, como grande parte dos assuntos constitucionais, ultrapassa as barreiras da doutrina constitucionalista e alcança outras disciplinas jurídicas, sobremaneira o direito administrativo, financeiro e, em certa medida, tributário.

O presente trabalho tem como escopo analisar o alcance do poder discricionário na implementação das políticas públicas e os limites da atuação do Poder Judiciário no seu controle.

Para tanto, serão traçadas quatro etapas: num primeiro momento, discorrer-se-á sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais, traçar-se-á algumas considerações sobre a sua justiciabilidade, levando em consideração a ponderação com outros princípios, com a reserva do possível e o mínimo existencial.

Num segundo momento, discorrer-se-á sobre a discricionariedade, notadamente no âmbito das políticas públicas, demonstrando a sua paulatina limitação ao longo da evolução da teoria administrativista. Far-se-á também algumas considerações sobre a possibilidade de seu controle por parte do Poder Judiciário.

Num terceiro momento, pretende-se discorrer sobre alguns limites à atuação judicial no controle das políticas públicas, sobremaneira por questões relativas às capacidades institucionais do Poder Judiciário.

Finalmente, sob enfoque ao que foi dito nos tópicos antecedentes, analisar-se-á o agravo regimental da suspensão de tutela antecipada 175, doravante STA-AgR 175, que trata da questão da judicialização da saúde no Brasil, focando no voto dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

1. Problematização: a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais

Um dos assuntos mais conturbados no ramo do direito constitucional atualmente é referente à eficácia das normas dos direitos sociais prestacionais¹. Neste ponto, é notável o

¹ Os (1) *direitos prestacionais em sentido amplo*, de acordo com Alexy (2008, p. 433-511), são aqueles que reclamam uma atividade positiva do Estado, contrapondo-se, pois, aos (2) *direitos negativos*, os quais reclamam uma abstenção estatal. Eles – direitos prestacionais – se subdividem em (1.1) *direito a proteção*, (1.2) *direito a organização e procedimento* e (1.3) *direito a prestações em sentido estrito*, também denominados direitos sociais prestacionais. O autor os define como “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares” (p. 499). Por isso, consegue-se antever que os direitos fundamentais são tidos como direitos multifuncionais, ou seja, não mais se quedam à função de direitos de defesa, mas, igualmente, assumem a condição de direitos objetivos e subjetivos Cf. SARLET, 1999, p. 289.

avanço ocorrido na doutrina² e jurisprudência brasileiras, que passaram a enxergar as normas definidoras de direitos sociais como normas de aplicabilidade imediata – tornando possível a exigência da atuação estatal em juízo (SARMENTO, 2010, p. 179) –, não mais como normas meramente programáticas³, que era a visão de outrora.

A bem da verdade, parte da doutrina ainda classifica as normas definidoras de direitos sociais como norma programáticas, visto que contêm um conteúdo/programa a longo prazo. Todavia, as normas de direitos sociais não se reduzem a tal programa, visto possuírem aplicação imediata e eficácia irradiante. Nesse sentido, norma programática não deve ser vista como antagonista à implementação dos direitos sociais, sob o risco de descaracterizar a supremacia constitucional.

No que pese o avanço doutrinário e jurisprudencial em relação aos direitos sociais prestacionais e a consequente boa vontade para a sua implementação, vê-se, na mesma medida, a celeuma existente decorrente da dificuldade de estabelecimento de limites para a atuação do Poder Judiciário, para a adjudicação dos direitos em questão. Portanto, a ausência de atuação de outrora, hodiernamente dá lugar a uma atuação desorganizada, cuja continuidade da eficiência chega a ser questionada.

Nesse sentido, algumas considerações são necessárias. Primeiramente deve-se discutir se os direitos sociais prestacionais são direitos fundamentais e em que medida. Posteriormente, deve-se discutir a possibilidade da interferência do Poder Judiciário na sua efetivação, relacionando-o com o mínimo existencial e com a reserva do possível. Por fim, discutir-se-á interferência do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, meios, tradicionalmente, de adjudicação dos direitos sociais prestacionais.

1.1. Direitos sociais fundamentais

Antes de discorrer sobre os direitos sociais fundamentais, convém tecer algumas considerações sobre a fundamentalidade em sentido material e formal desses direitos. Temos que a *fundamentalidade formal*

Encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte

² Nesse sentido, merece destaque a denominada *doutrina brasileira da efetividade* (BARROSO, 2009, p. 291 ss.), que procurou tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na máxima extensão de sua densidade normativa.

³ A inserção dos direitos sociais como normas programáticas tem como premissa que as constituições condensam princípios definidores dos fins do estado de conteúdo eminentemente social, todavia, a sua relevância seria eminentemente política, servindo meramente como pressão política sobre os órgãos competentes. (CANOTILHO, 2003, p. 474-475).

integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) [...] de *direitos pétreos* [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF). (SARLET, 2011, p. 74-75)

A *fundamentalidade material*, por sua vez, relaciona-se à correspondência entre os direitos fundamentais e o núcleo dos valores que informa a Constituição, “especialmente os princípios enumerados no Título I da Constituição Federal, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana” (OLSEN, 2008, p.23). Decorrem, pois, da “circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade” (SARLET, 2011, p. 75). Portanto, a diferenciação entre *fundamentalidade formal* e *material* é, antes de tudo, a diferenciação se o direito fundamental é um direito de forma ou de conteúdo. Se o direito fundamental é algo inserido em um campo destinado aos direitos fundamentais ou se o conteúdo de fundamentalidade independe do local em que ele esteja inserido.

Dessa forma, cumpre destacar que o art. 5º, §2º⁴ da Constituição Federal permite a abertura a outros direitos fundamentais que não constantes no texto constitucional (ou no Título II da Constituição Federal), contanto que decorrentes dos princípios e do regime constitucional. É o que a doutrina denomina de *abertura material do catálogo dos direitos fundamentais* (SARLET, 2011; OLSEN, 2008; MENDES, COELHO, BRANCO, 2010.). Com base na abertura, a “fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana, em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 348).

Com essas considerações

e integrando a perspectiva material e formal já referida, entendemos que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais). (SARLET, 1999, p. 289)

⁴ Art. 5º [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesse diapasão, decorrente da abertura prevista pelo constituinte à proteção da dignidade humana e à gama de direitos fundamentais existentes, diversos autores reconhecem a fundamentalidade dos direitos sociais⁵, podendo-se destacar, dentre outros: Ingo Sarlet⁶, Luís Roberto Barroso⁷, Daniel Sarmiento⁸, Gilmar Mendes⁹, Paulo Bonavides¹⁰.

Percebe-se que a fundamentalidade dos direitos sociais está intrinsicamente relacionada à dignidade da pessoa humana, tratando-se, pois, de um direito que, além de ser um fim em si mesmo, é um meio para a manutenção da igualdade entre os indivíduos e consecução de outros direitos fundamentais. Ora, se o conceito de direitos fundamentais está relacionado à sua ideia de valores constitucionais, consegue-se perceber desde o preâmbulo¹¹, a preocupação do constituinte com a igualdade material, sendo, inclusive, elevado a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil¹². Nesse sentido,

A denominação direitos fundamentais sociais encontra a sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária, objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira da magistral formulação de

⁵ Deve-se mencionar, por oportuno, que parte da doutrina considera como direitos fundamentais simplesmente o rol existente no art. 5º da Constituição Federal, limitando-se, pois, aos direitos e garantias individuais e coletivos. Todavia, para manter simplesmente na discussão literal do conceito, o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) abrange o capítulo II (Dos Direitos Sociais), de modo que, nem mesmo pela interpretação literal assiste razão a essa parte da doutrina.

⁶ O autor chega a afirmar: “a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo de direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição autêntica de direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido o caráter meramente programático” (SARLET, 2011, p. 66)

⁷ Afirma o autor: “Além de organizar o exercício do poder político, todas as Constituições modernas definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal [...]. É possível agrupar os direitos fundamentais em quatro grandes teorias, que os repartem em: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos” (BARROSO, 2009, p. 95).

⁸ Para o autor: “atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2010, p. 180).

⁹ O autor se refere aos problemas dos direitos fundamentais sociais no Brasil e no direito comparado, notadamente na Alemanha e Portugal, onde não há um catálogo específico de direitos sociais, mas os Tribunais Constitucionais reconhecem a sua fundamentalidade, após se socorrer no direito comparado, afirma que não há tal problema no Brasil, uma vez que os direitos sociais estão incluídos no rol dos direitos fundamentais (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 348).

¹⁰ Afirma o autor que não há diferença entre os direitos individuais e sociais, pois ambos estão conectados a um valor maior: a dignidade da pessoa humana. (BONAVIDES, 2002, p. 595).

¹¹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

¹² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

J. Miranda, como direitos à libertação da opressão social e da necessidade. (SARLET, *apud* BRANDÃO, In: SARMENTO, SOUZA NETO, 2008, p. 465).

Ademais, a relação dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade humana se relaciona ante a proteção da integridade física e moral – portanto, pressuposto lógico para a consecução dos demais direitos fundamentais – do ser humano e que revela uma garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguuração de uma existência com dignidade (SARLET, 2011, p. 120).

Demonstrada, pois, a inserção dos direitos sociais no campo dos direitos fundamentais, passa-se a discorrer, num segundo momento, sobre os fundamentos de sua justiciabilidade.

1.2. A justiciabilidade dos direitos sociais

Em países onde não se reconhece a força normativa dos direitos sociais, tem-se corrido aos direitos individuais como reforço argumentativo para que eles sejam prestados. No Brasil, onde a sua aplicabilidade imediata é reconhecida, doutrinária e jurisprudencialmente, tal recurso não se faz necessário (SARMENTO, 2010, p. 193).

Deve-se advertir, por oportuno, que para a classificação de José Afonso da Silva (2007, p. 135-163), as normas de direitos sociais são denominadas *normas constitucionais de eficácia limitada*¹³ (SILVA, 2007, p. 135-163), de modo que a legislação infraconstitucional se faz necessária para a sua aplicação. Não obstante, há que se enfatizar que a doutrina mais moderna reconhece a sua aplicabilidade imediata, independentemente da legislação infraconstitucional, quando houver densidade normativa suficiente para a sua aplicação. Portanto, a necessidade de legislação infraconstitucional não é requisito para a sua eficácia, mas forma de garantir densidade normativa para a aplicação. No que pese, para a classificação de José Afonso da Silva (2007), haver a necessidade norma concretizadora, o princípio programático não afasta a aplicabilidade imediata decorrente do art. 5º, §1º da Constituição, tampouco impede a apreciação por parte do Poder Judiciário.

¹³ De acordo com José Afonso da Silva (2007, p. 117 ss.), as *normas de eficácia limitada* se dividem em normas de *princípio institutivo* que são aquelas que “dependem de uma legislação futura que lhe complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação” (p. 123); e *normas constitucionais de princípio programático*, que são aquelas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (p. 138).

Quanto à estrutura das normas de direitos sociais, a doutrina tem reconhecido que se trata de direito fundamental *prima facie* (SARMENTO, 2010; SARLET, 2011; ALEXY, 2008; OLSEN, 2008). Nas palavras de Alexy:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2008, p. 103-104),

Devido à carga principiológica, para que se efetive o direito em questão, far-se-á necessária a ponderação para a sua efetivação, em que estará presente de um lado o direito social e, do outro, a separação dos poderes e eventuais direitos de terceiros, decorrendo a decisão do princípio da proporcionalidade¹⁴. Esta solução demonstra ser comprometida com a efetivação dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que considera todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma margem de liberdade para os poderes políticos, decorrentes não só da legitimidade democrática, mas também da sua maior capacidade funcional (SARMENTO, 2010, p. 195).

A doutrina costuma elencar como limites aos direitos sociais, portanto pesando em uma das partes da balança da proporcionalidade, a ideia do reserva do possível, como será demonstrado.

1.2.1. A reserva do possível fática e jurídica

Os altos custos dos direitos sociais faz com que a escassez de recursos torne um limite à sua aplicação. Por este motivo, os direitos sociais vigoram sob a ótica da *reserva do possível*¹⁵, cuja definição é de difícil constatação (OLSEN, 2008, p. 199). Trata-se, ressalta-se,

¹⁴ A proporcionalidade costuma ser dividida, pela doutrina, em i – *necessidade*, que estabelece que o fim perseguido pelo estado deve ser um fim legítimo (compatível com a constituição), ao mesmo tempo que a medida deve contribuir para atingimento dos fins constitucionais; ii – *adequação*, que estabelece que dentre as várias medidas possíveis que atingem o mesmo objetivo com a mesma intensidade, o estado deve preferir aquela que traz menos ônus, que restringe com menor intensidade os direitos dos cidadãos; por fim, a iii – *proporcionalidade em sentido estrito*, que estabelece que a comparação de custo/benefício, devendo a medida ser adotada se for verificado que é benéfica.

¹⁵ A expressão foi difundida por intermédio de decisão da Corte Constitucional alemã proferida em 1972, conhecida como *Numerus Clausus*, que versou sobre a validade da limitação do número de vagas nas universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. Na Alemanha, não está positivado o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional o utilizou como instrumento para a liberdade de escolha profissional. Contudo, enfatizou que o direito se encontra sob a cláusula

de uma restrição aos direitos fundamentais sociais¹⁶, ou seja, uma ação estatal que afeta primariamente o bem jusfundamentalmente protegido.

A expressão **reserva do possível** procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...]. É importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo (BARCELLOS, 2002, p. 236-237).

A reserva do possível corresponde a um dado da realidade¹⁷, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do direito, o qual, por se tratar de um fenômeno prescritivo, necessita do suporte fático para a sua prescrição de condutas. Portanto, ante a sua impossibilidade de prescrever o impossível, a realidade material para a sua prestação necessita ser observada.

A existência de recursos materiais, que permite a relação necessária entre o *dever-ser* da prestação e o *ser* da efetividade da prestação, está relacionada a dois aspectos: a *disponibilidade fática* e a *disponibilidade jurídica*. A primeira deve ser entendida como “a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes” (SARMENTO, 2010, p. 199). Já a reserva do possível jurídica identifica-se com o embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado (SARMENTO, 2010, p. 200). A questão principal faz referência à previsão orçamentária para que determinada despesa seja realizada, observando-se a legalidade da despesa.

Frente a essa ideia, percebe-se controversa a possibilidade de o Poder Judiciário interferir no orçamento, decorrente da sua falta de legitimidade frente aos anseios sociais, o que, em regra, deveria caber ao legislador, sob o risco de o Judiciário usurpar a sua função. Lado outro, como os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, é um contrassenso permitir que o legislador frustre a possibilidade de sua efetivação ao não alocar no orçamento as verbas necessárias à sua fruição. (SARMENTO, 2010, p. 201).

de reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir do Estado. Cf. SARMENTO, 2010, p. 196.

¹⁶ Sob este ponto, discute-se se a restrição seria *interna* ou *externa*. Para a primeira, não há duas categorias distintas, de um lado o direito fundamental e, do outro, a restrição; mas somente o direito fundamental com o conteúdo determinado. Não se trata de uma restrição, mas do limite conceitual ao direito, o denominado *limite imanente*. Já a teoria *externa* admite a existência do direito, de um lado e, distintamente, a sua restrição. A relação de restrição surge de uma necessidade externa ao direito, de associar os direitos de diferentes indivíduos com os bens coletivos (Cf. ALEXY, 2008, p. 285 ss.). Ressalta-se, por oportuno, que no que se refere aos direitos sociais, a reserva do possível atuaria como restrição externa (OLSEN, 2008, p. 126)

¹⁷ Portanto, neste momento são rechaçadas as posições doutrinárias que tratam a reserva do possível como princípio ou postulado.

Ambos os argumentos parecem estar corretos: não se deve ignorar a possibilidade das *escolhas trágicas*¹⁸ por parte do Poder Judiciário, tampouco a natureza vinculante dos direitos fundamentais para o Poder Legislativo e Administrativo.

Nesse sentido, a razão parece estar com Daniel Sarmento (2010, p. 202) ao afirmar que a preocupação com a legislação orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos sociais, todavia, não deverá ser óbice intransponível para a efetivação dos dispositivos constitucionais.

1.2.2. O mínimo existencial

O direito ao mínimo existencial¹⁹, garante condições materiais básicas aos indivíduos. Não é qualquer mínimo que se transforma em mínimo existencial, mas somente aqueles que ensejam direito a situações capazes de conferir dignidade ao indivíduo.

Sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da experiência não podem retroceder aquém de um mínimo [...] O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. [...]. Só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial. (TORRES²⁰, 2008, p. 36).

Tem-se, pois, que o fundamento do direito ao mínimo existencial, além da vida, é também a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido (SARLET, 1999, p. 36-37).

¹⁸ Tendo-se em vista que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma-se vulto a alocação de recursos. Tais decisões alocativas são consideradas *escolhas trágicas*, pois, em última instância, podem redundar em negação de direitos a uns indivíduos em detrimento de outros, causando-lhe graves prejuízos. As decisões alocativas, ressalta-se, referem-se ao quanto disponibilizar (decisão de primeira ordem) e a quem atender (decisão de segunda ordem). O caráter disjuntivo das escolhas traz, muitas vezes, uma teia de consequências inimagináveis dentro da ótica da microjustiça. Cf. AMARAL, 2010, p. 81 e ss.

¹⁹ A ideia de um *direito existencial mínimo* surgiu em decisão do Tribunal Federal Administrativo alemão proferida em 1953, a partir da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, consagrados na Lei Fundamental germânica. Cf. SARMENTO, 2010, p. 205.

²⁰ Deve-se levar em consideração que Ricardo Lobo Torres considera como fundamentais somente os direitos sociais que compõem o mínimo existencial, afirma: “parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto: de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva, consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático” (2008, p. 41).

Ainda que possa variar a definição do mínimo existencial²¹, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais “para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à ideia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial” (OLSEN, 2008, p. 318).

O mínimo existencial pressupõe uma *dimensão negativa*, o limite que impede ao estado de retirar as condições básicas necessárias à vida digna do indivíduo; e *dimensão positiva*, que envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais.

Inserir determinada prestação no âmbito do mínimo existencial deverá ser feito no caso concreto, para que se tenha o controle de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências da omissão estatal impugnada (SARMENTO, 2010, p. 205).

Reconhece-se que mínimo existencial terá grande importância para a efetivação dos direitos sociais, visto se tratar de princípios constitucionais que vinculam o legislador. Desse modo, terá legitimidade o Judiciário em fiscalizar o cumprimento das prioridades constitucionalmente estabelecidas.

Para Daniel Sarmiento (2010, p. 207), o mínimo existencial não pode ser assegurado judicialmente de forma indistinta, sem levar em consideração o custo da universalização. No entanto, servirá como ônus argumentativo ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido. Noutras palavras, o mínimo existencial tende a desequilibrar a balança em favor do necessitado, na medida em que o ônus de provar a não adjudicação dos direitos fundamentais sociais caberá ao Estado, seja alegando não se tratar de um direito componente do mínimo existencial, seja alegando a reserva do possível, em suas duas modalidades.

Sarmiento (2010, p. 208) afirma ainda que o papel do Poder Judiciário no cumprimento dos direitos sociais não se restringe ao mínimo existencial, visto que se trata de direito fundamental detentor de aplicabilidade total. Para a adjudicação dos direitos fundamentais sociais, portanto, deverá ser usada a ponderação, constituindo o mínimo existencial elemento importante da balança. Direitos além do mínimo existencial também poderão ser adjudicados por meio da ponderação, mas terão menor probabilidade de serem efetivadas.

²¹ Na jurisprudência constitucional colombiana, há um interessante conceito de mínimo existencial: “o objeto do direito fundamental ao mínimo existencial abarca todas as medidas positivas ou negativas constitucionalmente ordenadas com o fim de evitar que a pessoa se veja reduzida em seu valor intrínseco como ser humano devido ao fato de não contar com condições materiais que o permitam levar uma vida digna” (tradução livre) Cf. SARMENTO, 2010, p. 204.

Por outro lado, a visão de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 84) é de que o mínimo existencial não se constitui como um princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De efeito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente, porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o qual é irreduzível por definição e insuscetível de sopesamento. Prossegue afirmando que a “ponderação não pode ocorrer no próprio âmbito do mínimo existencial, pois inexistente colisão de mínimo existencial contra mínimo existencial, em virtude de sua coincidência com o núcleo essencial dos direitos fundamentais” (p. 169). Portanto, para efeito de adjudicação do direito componente do mínimo existencial, o Estado deverá adjudicá-lo sem a ponderação, por se tratar do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais. Além do conteúdo do mínimo existencial, como dito alhures, ficará a cargo do processo democrático.

Para efeito deste trabalho, perfilhar-nos-emos à corrente capitaneada por Daniel Sarmento (2009), Ingo Sarlet (2011), Luís Roberto Barroso (2009), dentre outros, no sentido de reconhecer os direitos sociais como direito subjetivo *prima facie*, reconhecida, pois, a sua jusfundamentalidade. Ademais, no que pese a consistência teórica da defesa de Ricardo Lobo Torres, no sentido de que o mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que impede a sua ponderação, acreditamos ser difícil a aferição do conteúdo mínimo do direito fundamental em um caso concreto, sendo, portanto, factível a sua ponderação. Seja para a determinação do que se trata de mínimo existencial, seja para a adjudicação, a ponderação será necessária. Acredita-se, portanto, para efeito deste trabalho, que a ponderação deverá ser o meio utilizado para a adjudicação dos direitos sociais, quando além do mínimo necessário à vida, se de um lado se tiver a aplicação imediata dos direitos fundamentais e, de outro, a reserva do possível.

1.3. Direitos sociais e políticas públicas

A ideia de políticas públicas em certa medida se assemelha com o conteúdo de direitos sociais, notadamente os prestacionais em sentido estrito. De toda forma, a doutrina assemelha as políticas públicas com a possibilidade de implementação dos direitos sociais ampliada pela discricionariedade (GOUVÊA, 2005, p. 325). Em outras palavras, “são escolhas circunstanciais, que não dizem respeito à essência das obrigações comunitárias percebidas por determinada sociedade” (GOUVÊA, 2005, p. 327). Tal programa de ação “tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado, (por isso) as políticas

públicas são mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais” (FIGUEIREDO, 2008, p. 16).

Muitas vezes, a política pública é o meio necessário para a adjudicação dos direitos fundamentais, todavia, ela poderá ser facilmente substituída por outra, contanto que traga o mesmo resultado ou melhor, sob risco de retrocesso social, motivo pelo qual a política pública em si não diz respeito à essência das obrigações comunitárias²², mas o direito por ela implementado.

As políticas públicas poderão ser definidas como mero ato do Poder Executivo, como também poderá ser instituída pelo Poder Legislativo. Neste caso, quando há amparo de lei para a política pública em questão, densifica-se a posição jurídica em favor do jurisdicionado, de modo que o direito social somente comportará postergações em virtude de circunstâncias excepcionais de carência de recursos ou choque com outros direitos (GOUVÊA, 2005, p. 327).

De toda sorte, percebe-se que o campo por excelência da incidência da discricionariedade²³ – e aqui se alarga o conceito para abranger não somente a discricionariedade administrativa, mas também a conformação do legislador – será o das políticas públicas.

E nesse ponto há que se reconhecer que

Evidentemente, como a Constituição brasileira é indubitavelmente programática²⁴ – traça planos, diretrizes e metas – a seus destinatários. Em larga medida, o fundamento da própria política pública está desenhada no texto constitucional, o que gera, em muitos casos, a justiciabilidade desses direitos [...] É dizer, a Constituição é em importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nas diversos segmentos e atividades por ela regulados, traçando em maior ou menor grau, os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados. (FIGUEIREDO, 2008, p. 16)

Nas palavras de Konder Comparato (2002):

Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declaram tais fins (as

²² Se a política pública, por definição, em princípio busca alcançar um fim consoante com o interesse público, nem por isso, todavia, esses dois termos se pressupõem necessariamente: quando o constituinte estabeleceu que constitui objetivo fundamental “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, o alvo, por certo, é a consecução de um objetivo de justiça social; todavia, daí não se segue, por exemplo, que o programa governamental voltado a implementar a função social da propriedade rural (art.186) e a política agrícola (art.187), por exemplo, vão efetivamente ao encontro daquele desiderato, de modo a fixar o homem no campo, assim aliviando a super densidade populacional nos centros urbanos. Cf. FIGUEIREDO, 2008, p. 15-16.

²³ Apesar de não se ter sido criterioso na técnica administrativista no decorrer de todo este trabalho, a doutrina considera que a discricionariedade é um *poder*, uma especial prerrogativa da Administração Pública.

²⁴ Não se está, neste momento, entrando no assunto de se a Constituição de 1988 é dirigente/programática. O termo, no entanto, foi usado com a acepção de que os dispositivos constitucionais vinculam o legislador ao programar um modelo de nação a que se quer chegar, por meio dos objetivos constitucionalmente consagrados.

Zielnormen dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades - as normas propriamente programáticas -, já não pode ser posta em dúvida, nesta altura da evolução jurídica.

Portanto, está-se diante de um problema aparente: ao mesmo tempo em que as políticas públicas são atos discricionários para a adjudicação dos direitos fundamentais, notadamente os sociais; temos, também, que os objetivos constitucionais são juridicamente vinculantes, o que, em maior ou menor grau, diminuiria a margem de liberdade deixada ao Poder Executivo. Para solucionar a tensão aparente, é necessário tecer algumas considerações sobre a discricionariedade administrativa e o mérito administrativo.

2. Políticas públicas e poder discricionário

Ultrapassada a discussão acerca da posição que os direitos fundamentais sociais possuem na Constituição de 1988, passa-se, neste segundo momento, a discutir a amplitude da discricionariedade que possui a Administração Pública para a implementação das políticas públicas.

Em certo sentido, já se percebe que toda a problemática dos direitos sociais gravita em torno da discricionariedade: a efetividade dos direitos, a proporcionalidade na sua concessão e, enfim, o controle das políticas públicas pela moralidade, de uma forma geral, são restrições à ideia da discricionariedade, aumentando o seu controle por parte do Poder Judiciário (GOUVÊA, 2005, p. 328). Isso, pois

É função precípua do Poder Legislativo e do Poder Executivo levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Por tal razão, gozam essas formas de expressão do poder estatal de ampla liberdade discricionária, mesmo porque são grandes as variáveis lógicas para a irradiação dos direitos fundamentais sociais. Estas variáveis, entretanto, devem sempre observar os parâmetros nucleares de irradiação (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 148).

Analisaremos o poder discricionário tanto sob a ótica da doutrina clássica, quanto sob algumas críticas por que passa com a doutrina mais recente.

2.1. Apontamentos sobre o poder discricionário

A doutrina decompõe o ato administrativo em cinco elementos: competência, objeto, forma, motivo e objeto. Carvalho Filho (2009, p. 100-115) assim os conceitua: A *competência* pode ser definida como “círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercerem

legitimamente a sua atividade”. A *finalidade*, por sua vez, é “elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público”. A *forma* é “o meio pelo qual se exterioriza a vontade” do indivíduo. Trata-se, em outras palavras, da exteriorização da vontade do indivíduo. O *objeto* é “resultado prático alcançado pela vontade administrativa”. Por fim, o *motivo* é “toda vontade emitida por agente da Administração resulta da impulsão de certos fatores fáticos ou jurídicos”.

A discricionariedade estará adstrita somente aos dois últimos elementos do ato administrativo: o *objeto* e o *motivo*. Todos os demais deverão estar adstritos à exigência legal. A discricionariedade é assim conceituado por José Eduardo Martins Cardozo:

Campo de atuação livre outorgado pela lei ao administrador, dentro dos próprios limites que essa outorga normativa estabelece. É, em outras palavras, uma liberdade de escolha da conduta administrativa a ser adotada, a partir de um universo de condutas admitidas como válidas pela ordem jurídica vigente (CARDOZO, 2005, p. 49).

Os critérios de escolha do administrador deverão estar limitados pela razoabilidade que, se não configurada, o administrador incorrerá em abuso de poder (CARVALHO FILHO, 2005, p. 26). Ademais, parece restar claro que a discricionariedade se reduz à margem legal deixada pelo legislador, ou, nas palavras de Binbenojm (2008, p. 198), na “moldura balizadora das decisões do órgão competente”. Portanto, se não houver previsão legal, não se pode interpretar a existência da discricionariedade.

A doutrina separa ainda a discricionariedade em *discricionariedade de escolha* e *discricionariedade de decisão*. O primeiro acontecerá quando a norma que legitima a discricionariedade prever vários resultados possíveis e o administrador escolher por um deles. Já na discricionariedade de decisão, está-se diante de um campo livre de decisão em que o administrador é vinculado somente pela finalidade expressa na lei (BINENBOJM, 2008, p. 219).

Juntamente com a ideia de discricionariedade, encontra-se a ideia de *mérito administrativo*, entendido como o

Campo de liberdade constituído por mais de uma alternativa válida posta à disposição do administrador público para a prática de um ato administrativo, identificado pela interpretação do ordenamento jurídico e dos fatos que, no plano concreto, propiciarão o exercício dessa competência administrativa (CARDOZO, 2005, p. 57).

Vê-se, pois, que a discricionariedade é a técnica, a atividade, enquanto o mérito é o elemento político ínsito no ato oriundo da atividade (GOUVÊA, 2005, p. 322). O mérito poderá ser decomposto em dois elementos: a *conveniência* – que estará caracterizada quando

o ato interessar ou satisfizer o interesse público; e a *oportunidade* – caracterizada quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público.

Ressalta-se que além de limitado pela razoabilidade e pela margem legal, como demonstrado acima, a doutrina vem limitando paulatinamente o poder discricionário. Um exemplo significativo é a *teoria dos motivos determinantes*, que afirma que “a administração deverá responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo” (BINENBOJM, 2008, p. 206).

Portanto, vê-se desde logo que ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais vêm ocupando o ápice do ordenamento jurídico e toda a legislação infraconstitucional deve estar de acordo com eles, sob o risco de ser inconstitucional a lei que ao ato discricionário deu legitimidade ou ilegal o ato discricionário em si, a discricionariedade vêm sendo redesenhada para se adaptar aos novos ditames constitucionais. A sua releitura, reitera-se, é no sentido de compatibilidade com os direitos fundamentais e, conseqüentemente, de estreitamento da margem de liberdade do administrador.

Com a proposta um pouco mais ousada, Gustavo Binенbojm (2008) propõe uma reformulação sobre o poder discricionário, que será demonstrado a seguir.

2.2. O primado dos direitos fundamentais: a teoria dos estágios de vinculação do ato administrativo²⁵

Gustavo Binенbojm (2008) inova na teoria administrativista ao propor a superação do binômio ato vinculado/ato discricionário pela teoria dos estágios de vinculação do ato administrativo, cuja classificação se dá por graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa. Assim, teríamos (2008, p. 110):

- i – Atos vinculados por regras* (constitucionais, legais ou regulamentares);
- ii – Atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados* (constitucionais, legais ou regulamentares);
- iii – Atos vinculados diretamente por princípios* (constitucionais, legais ou regulamentares).

²⁵ No que pese a tentativa de superação, a proposta de Gustavo Binенbojm parece ser uma questão simplesmente semântica. Atribuir ao ato discricionário o nome atos vinculados diretamente por princípios é um pressuposto lógico da própria permanência do instituto após a Constituição de 1988. Da mesma forma, como se viu, o ato discricionário, assim denominado por outra parte da doutrina, também possui limites implícitos pelos princípios constitucionais. A novidade, contudo, se queda em estabelecer uma nova categoria de limitação, qual seja, os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados.

Os *atos vinculados por regras* corresponderiam ao que a teoria clássica denomina de *atos vinculados*, não havendo, portanto, necessidade de adentrar com maior especificidade no assunto.

Quanto aos *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados*²⁶, embora não se confunda a discricionariedade com os conceitos jurídicos indeterminados, percebe-se que ambos são técnicas legislativas que traduzem a abertura das normas jurídicas carecedoras de complementação. Após a interpretação do conceito jurídico indeterminado, não há uma relação necessária de se o administrador se verá diante de uma hipótese de ato vinculado ou ato discricionário. A diferença entre ambos se dá, então, que a incerteza do conceito jurídico indeterminado estará findada após a interpretação, momento em que o administrador poderá ou não se ver diante de uma atuação discricionária. Portanto, a indeterminação do conceito jurídico indeterminado se dará num momento inicial, enquanto do ato discricionário, no momento da aplicação do ato. Vê-se, portanto, que a vinculação é diminuída decorrente do espaço deixado ao administrador para a apreciação e escolha dos meios adequados à solução aos casos concretos (BINENBOJM, 2008, p. 218).

Quanto ao controle jurisdicional, o ato decorrente do conceito jurídico indeterminado será plenamente controlado quanto à zona de certeza, tanto a positiva quanto a negativa. Quanto à zona de incerteza, percebe-se que o controle será parcial, cuja linha demarcatória que separa a certeza da dúvida não poderá ser delineada *a priori*. De toda sorte, o controle jurisdicional parcial será balizado pelos princípios da administração pública. Ademais, a apreciação do Judiciário deve-se limitar à motivação e justificação da prática, tornando-se “sustentável” (BINENBOJM, 2008, p. 224).

Quanto aos *atos vinculados diretamente por princípios*, que, na classificação tradicional, corresponderiam aos *atos discricionários*, percebe-se o menor grau intensidade do controle jurisdicional. Para o autor, os atos administrativos requerem a observância aos princípios contidos no art. 37²⁷, *caput*, CF e do art. 2º²⁸, *caput*, da lei 9784/99. Portanto, vê-se que o controle judicial dos atos administrativos, referente aos atos discricionários, se estende à

²⁶ A doutrina reconhece que o conceito jurídico indeterminado é composto por uma *zona nuclear de certeza* (núcleo) e por uma *zona periférica de incerteza* (halo). Em relação ao núcleo, a doutrina ainda o diferencia quanto à *zona de certeza positiva* (que é certo o enquadramento do ato com o conceito) e *zona de certeza negativa* (que é certa a falta de relação do ato com o conceito). Cf. BINENBOJM, 2008, p. 221-222.

²⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...].

²⁸ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência[...].

observância de tais princípios. Assim, a “*princípioalização* do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade” (BINENBOJM, 2008, p. 212), não havendo, pois, diferença entre o ato administrativo vinculado e o ato administrativo discricionário, “sendo a diferença o *grau de vinculação*” (BINENBOJM, 2008, p. 212). Se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão diretamente vinculados aos princípios.

Os direitos fundamentais, e a sua eficácia irradiante condiciona e baliza a discricionariedade administrativa. Portanto, é certo que a presença dos direitos fundamentais no ápice do ordenamento jurídico, estreitará as margens da discricionariedade por parte do administrador. Está-se, portanto, diante do *estreitamento do mérito administrativo*. A depender da hipótese de estreitamento, ela poderá ser *reduzida a zero*. Isso, pois

A discricionariedade significa que a Administração pode escolher entre alternativas diferentes, todas elas conformes ao direito; todavia, em um determinado caso, ela pode deparar-se com a redução de sua possibilidade de escolha a *uma* alternativa, se todas as outras resultarem vedadas por incidência de princípios (BINENBOJM, 2008, p. 233).

Daniel Sarmiento (2010, p. 209), é ainda mais radical sobre o assunto, ao afirmar que:

Conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizadas, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais como o da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência.

Com a separação entre *discricionariedade da decisão* e *discricionariedade de escolha*, poderá ocorrer de um ser reduzido a zero, enquanto o outro não. Nesse sentido, poderá o administrador não ter discricionariedade quanto ao *se* agir, mas continuará sendo discricionário o ato de *como* agir. Essa configuração poderá acontecer precipuamente quando a possibilidade de ação estiver relacionada com os direitos fundamentais, de modo que a vinculação imediata do poder discricionário a eles, a depender do caso, não possibilita a discricionariedade à administração sobre a possibilidade de agir – não se trata de faculdade –, mas à maneira como proceder.

Com essas considerações, acredita-se ser possível agora resolver a aparente contradição levantada ao final do item 1.3. Deve-se notar, pois, que não há contradição, uma vez que a discricionariedade, pelo que ficou demonstrado, será reduzida em decorrência da prevalência dos direitos fundamentais. Assim, poderão ocorrer muitos casos em que a Administração Pública não terá a discricionariedade da decisão, repita-se, mas tão somente a da escolha, notadamente em casos em que o objetivo da política pública é constitucionalmente

protegido. Mais do que isso, fica-se evidente que a existência de que a norma infraconstitucional que densifica a política pública prestadora dos direitos sociais, reduz a zero a discricionariedade de decisão, restando somente a de escolha. Isso, é claro, depois de feita a análise de proporcionalidade e razoabilidade, levando-se em consideração tanto a reserva do possível quanto a adjudicação dos direitos fundamentais.

É de relevância para a análise em questão que a restrição da análise de decisão está intrinsecamente ligada ao instituto da inconstitucionalidade por omissão. Isso, pois, garantir eficácia plena às normas constitucionais, caso não efetivadas pelo administrador, enseja a apreciação por parte do Poder Judiciário de se a mora administrativa desrespeita os dispositivos constitucionais.

Portanto, percebe-se que num caso bem evidente – a existência da norma constitucional não efetivada pelo administrador público²⁹ – poderá ensejar a inconstitucionalidade por omissão, seja por meio da ação direta, seja por meio do mandado de injunção, ambos igualmente eficazes. A questão mais problemática é no sentido de delimitar o limite e definir parâmetros da intervenção do Poder Judiciário sem que adentre no campo dos demais Poderes.

3. Parâmetro para o controle judicial das políticas públicas

Conjugando-se três fatores: i – sendo a política pública um dos meios eficazes para a adjudicação dos direitos fundamentais, notadamente os de índole social; ii – sendo a margem de discricionariedade diminuída em detrimento dos objetivos a serem alcançados inculpidos na Constituição; iii – não podendo o Poder Judiciário eximir-se de apreciar lesão ou ameaça a direito³⁰, parece restar clara a possibilidade de controle das políticas públicas por parte do Judiciário. “Atualmente, a melhor doutrina não aceita a ideia de que exista uma esfera de poder estatal absolutamente imune ao controle judicial, sobretudo em campo envolvendo direitos fundamentais” (SARMENTO, 2010, p. 209).

E, diga-se de passagem, parece claro que a questão fulcral do tema ora debatido não é a *possibilidade* do controle, mas o *limite* da atuação do Poder Judiciário. E, embora o

²⁹ E a lei 9868/99 ainda estipula que a prática do ato deverá ocorrer em 30 dias por parte da Administração: Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

³⁰ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

presente trabalho não tenha a pretensão de assentar um parâmetro fixo, acredita-se necessário fazer algumas considerações sobre a matéria.

Em *primeiro* lugar, cumpre destacar que o papel do Poder Judiciário de interferência no campo das políticas públicas será subsidiário, visto que, embora haja a possibilidade de sua interferência para a boa fruição dos direitos fundamentais, não é a sua função precípua. Assim:

O Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 148).

Nesse sentido, é importante tecer uma observação: a já existência de política pública, mas de forma ineficaz, poderá também ser levada ao crivo do Poder Judiciário, uma vez que se trataria de uma inconstitucionalidade parcial por omissão, que deverá ser sanada. Nessa hipótese, ainda, não se trataria de ingerência do Poder Judiciário na seara administrativa, mas em dar cumprimento àquilo que a própria Administração Pública criou.

Em *segundo* lugar, a atuação do Poder Judiciário também deverá estar limitada ao princípio da proporcionalidade.

Se o Poder Judiciário está autorizado a examinar os meios utilizados e os fins a serem alcançados pelas demais formas de expressão do poder estatal no desenvolvimento das políticas públicas, não poderá estabelecer soluções iníquas, desproporcionais ou desarrazoadas para o caso concreto. Uma vez que também desenvolve políticas públicas por meio de suas decisões, o Poder Judiciário haverá de harmonizar-se com os critérios de justiça, de proporcionalidade, de razoabilidade que informam o ordenamento jurídico (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 162).

Em *terceiro* lugar, é salutar a criação de *standards* para a construção de uma teoria jurídico-fundamentalmente adequada do controle por parte do Poder Judiciário. Assim, traz Binjenbojm (2008, p. 239 ss.) os seguintes parâmetros: i – quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o controle judicial; ii – quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, menor deverá ser o controle judicial; iii – quanto maior o grau de politicidade da matéria, menor deve ser o grau de controle judicial; iv – quanto maior o grau de participação social no processo de deliberação que resultou na decisão, menor deve ser o controle por parte do Judiciário; por fim, v – quanto maior o grau de restrição imposto aos direitos fundamentais, maior deve ser o controle judicial³¹.

³¹ O autor (BINENBOJM, 2008, p. 241) também estabelece alguns *standard* para o caso de choque entre os *standards*, o que ele denomina de *standards dos standards*. Assim, i – o juiz deverá dar preferência à proteção dos direitos fundamentais; ii – o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo; iii – o

Em *quarto* lugar, coloca-se a questão das capacidades institucionais do Poder Judiciário para a apreciação das políticas públicas. Além da dificuldade decorrente da falta de *expertise* dos juízes, há também o problema resultante da dinâmica dos processos judiciais, o que atrapalha o Poder Judiciário ter a visão *macro social*, por estar acostumado à *visão de túnel*, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada poderão ser eliminados do cenário. Sob este aspecto, Daniel Sarmiento (2009, p. 210, ss.), traz duas possíveis soluções: a falta de *expertise* poderá ser atenuada atribuindo a responsabilidade de fiscalização a peritos e instituições independentes e imparciais com reconhecida capacidade técnica na área em discussão, algo semelhante ao que ocorreu na África do Sul, em que a Suprema Corte determinou que certo órgão técnico fiscalizasse uma obra³². Quanto ao problema da visão de túnel, a deficiência poderá ser atenuada com o poder instrutório do juiz, bem como com o incentivo de terceiros no processo, como o *amicus curiae* e a audiência pública.

Até o presente momento, pretendeu-se demonstrar a força normativa dos direitos sociais, os quais limitam a discricionariedade administrativa no que se refere às políticas públicas. Pretendeu-se, também, fixar alguns parâmetros para a atuação do Poder Judiciário na seara que, precipuamente, não é a sua. O passo seguinte será destinado à análise da STA-AgR 175, a qual trabalha o tema até agora estudado, com o objetivo principal no direito social à saúde.

4. Análise de caso: STA-AgR 175

A STA-AgR 175 é um caso emblemático no que a doutrina convencionou a chamar de judicialização³³ da saúde. A decisão proferida foi um marco no que se refere à distribuição

juiz deverá dar preferência à legitimidade de investidura da autoridade (*expertise*); iv – o juiz deverá dar preferência ao grau de participação social no processo de tomada de decisão que deu origem ao ato.

³² Trata-se do caso *Grootboom*, realizado em 2000, em que centenas de pessoas miseráveis, que estavam vivendo em barracas improvisadas de plástico depois de terem sido despejadas da área particular que antes ocupavam, e que reivindicavam do Estado a garantia imediata de abrigos adequados. A Corte entendeu que, apesar da consagração do direito à moradia na Constituição sul-africana, não seria possível reconhecer a cada indivíduo um direito subjetivo à habitação, nem no seu núcleo essencial. Todavia, afirmou que poderia controlar a razoabilidade das políticas públicas realizada pelo governo, no sentido de efetiva promoção do direito à moradia. No caso, a o governo sul-africano contava com política pública habitacional, mas a Corte entendeu que era falha, por não incluir medidas emergenciais focadas nas pessoas em situação de carência desesperadora, motivo pelo qual determinou a reformulação da política pública. A parte interessante do julgado, é que a Suprema Corte atribuiu a um órgão técnico independente – *Human Rights Commission* – de reconhecida *expertise* e prestígio naquele país, a tarefa de supervisionar a elaboração e implementação do novo programa, reportando-se ao tribunal. Cf. SARMENTO, 2010, p. 211.

³³ Judicialização e ativismo são termos distintos, embora muitas vezes usados como sinônimos. Judicialização é uma *opção* do constituinte, refere-se ao caráter analítico da constituição, à gama de direitos fundamentais com

de remédios pelo SUS. Para efeitos metodológicos, serão analisados os votos dos ministros Gilmar Mendes, relator, e Celso de Mello, visto que os demais se limitaram a concordar com o Relator. Por oportuno, deve-se ressaltar que a ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, também é um caso emblemático na judicialização da saúde, todavia, devido à perda superveniente do objeto, a sua análise se reduz ao voto do relator e algumas considerações sobre a judicialização da saúde, as quais são, em grande parte, repetidas em seu voto da STA-AgR 175, motivo pelo qual nos deteremos à análise da STA.

4.1. Síntese do caso³⁴

O TRF da 5ª Região, em antecipação da tutela recursal, determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem à jovem portadora de doença neurodegenerativa, *Niemann-Pick tipo C*, o medicamento chamado *Zavesca*, que possibilitaria o aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, remédio este que a família não tinha condições de custear.

Interposta pela União a suspensão de tutela antecipada – STA – desta decisão, o caso chegou ao STF. A União argumentava que o objeto do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes, além das normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário no âmbito administrativo. Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa.

Sem vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, o Min. Rel. Gilmar Mendes indeferiu o pedido de STA, motivo pelo qual a União interpôs Agravo Regimental. Com base em informações coletadas na audiência pública sobre saúde, realizada no STF, o Min. Gilmar Mendes entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de

força normativa e a inafastabilidade da tutela judicial. Ativismo, por seu turno, refere-se a uma *atitude* por parte do Poder Judiciário em exercer função que não a sua característica.

³⁴ Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

saúde devem ser fornecidos pelo Estado e entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil.

Os Ministros Ellen Gracie, Eros Grau, Ayres Britto e Marco Aurélio acompanharam o voto do relator. O Min. Celso de Mello também concordou com o relator, mas trouxe outros argumentos para reforçar a tese a respeito do tema.

Exposta a situação, passa-se à análise do caso em questão.

4.2. A judicialização do direito à saúde e o limite ao mérito administrativo

Alguns pontos do julgamento da STA, que coadunam com a nossa argumentação, merecem ser destacadas.

O Min. Gilmar Mendes inicia o seu voto se referindo à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, amparado na doutrina alemã, lembrando que é a dimensão prestacional dos direitos fundamentais a que atrai maior número de críticas à judicialização, uma vez estará diante do binômio necessidade da prestação/ limitação de recursos públicos. Afirma:

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. (fl. 80).

Portanto, afirma que a falta de recursos universais, implicaria em escolhas alocativas, que implicaria na ideia das *escolhas trágicas* pautada por critérios de macrojustiça. Nesse sentido, o Poder Judiciário, por estar vocacionado para a microjustiça não teria condições de “analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo” (fl. 81).

De outro lado, completando o binômio, cita os defensores da judicialização da saúde, pautado da ideia do mínimo existencial e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. E, diante dessa tensão, afirma:

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (fl. 81-82).

O Min. Rel. ainda lembra o fato de que os direitos sociais sofrem alguns desafios nas constituições de outros países, que não são configuradas aqui. É o caso da Alemanha, em que não há o catálogo de direitos sociais, como ocorre no Brasil, de modo que a sua fundamentalidade, lá, ocorre sobremaneira pautada na argumentação. Assim, reconhece o autor que os direitos sociais, por força da Constituição de 88, são verdadeiros direitos fundamentais.

Ao fazer a análise decomposta do art. 196³⁵, CF, afirma que o direito à saúde se configura tanto como um direito individual como um direito coletivo à saúde. Afirma ainda que tratar o referido artigo como norma programática, uma vez que contém dispositivo de direito social, retirar a força normativa da Constituição. Entretanto, ressalta:

Esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde (fl. 85).

Com isso, vê-se, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionado ao não comprometimento do funcionamento do SUS.

Nesse sentido, pautado na Audiência Pública sobre saúde, o Min. acredita que deve ser redimensionada a questão da saúde pública no Brasil, pois geralmente, a “intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas” (fl. 91).

No que pese o objeto até aqui abordado ter sido discricionariedade para a implementação da política pública, se ela já for existente, mas inoperante, entendemos não haver discricionariedade por parte da Administração em não dar continuidade à implementação dos direitos sociais. É o que foi discutido na parte em que se tratou da discricionariedade de escolha e discricionariedade de decisão. Para o caso em tela, já há a legislação que implantou o SUS, de modo a inexistir a discricionariedade de decisão, restando existente tão somente a discricionariedade de escolha, ou seja, a margem, deixada pela legislação do SUS, da maneira de implementação, de acordo com os ditames legais. Portanto, não se está diante de uma ampla zona de discricionariedade por parte da Administração, como afirma o Min. Gilmar Mendes:

no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas

³⁵ 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes (fl. 92).

Portanto, a já existente política pública, não faz com que o Poder Judiciário interfira na esfera de Poder que não a sua, mas determina o seu cumprimento, casos em que “a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente” (fl. 92).

Reconhecido, pois, que o direito à saúde é um direito subjetivo público, caso o medicamento não seja fornecido, é preciso distinguir se a não prestação decorre de i – omissão legislativa ou administrativa, ii – de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou iii – de uma vedação legal a sua dispensação.

Em tais casos, a intervenção do Poder Judiciário deve ser vista com maior cuidado. Caso se trate de omissão legislativa ou administrativa, ao passo de que o direito tutelado seja constitucionalmente garantido, é plenamente cabível o controle judicial para assegurar ao cidadão o tratamento de saúde a que faz jus. No entanto, caso se trate de decisão administrativa de não fornecer a prestação ou de vedação legal ao tratamento, em primeiro momento, não se pode admitir a intervenção judicial, sob pena de invasão do espaço de discricionariedade conferido ao administrador. Em sendo o caso de não fornecer determinado tratamento de saúde, é necessário verificar a existência de motivação para a negação do fornecimento, que foi a sequência do voto do Min. Gilmar Mendes.

Vê-se, que o voto do Min. Gilmar Mendes se focou na eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais, bem como na possível contenção de intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa, quando houver motivação. Ficou evidente, ainda, que o Poder discricionário é limitado pelos direitos fundamentais. Enfatiza-se, também, que a limitação institucional ao Poder Judiciário foi atenuada, vez que a decisão do Min. Gilmar Mendes foi tomada após a audiência pública sobre saúde, como analisamos no item 3, em que o Min. usou de seu poder instrutório para amenizar a visão de túnel que possui em decorrência do processo.

Quanto ao voto do Min. Celso de Mello, algumas considerações são válidas. Após reconhecer a aplicação imediata dos direitos fundamentais, o Min. Celso de Mello afirma que não é a incumbência precípua do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, mas, se tais políticas públicas estiverem fundadas na Constituição, ainda que excepcionalmente poderá o Poder Judiciário implementá-la, se e quando os órgãos estatais competentes, por

descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer a eficácia e integridade dos direitos fundamentais (fl. 110).

Continua afirmando que mais do que nunca é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como limitação à discricionariedade administrativa (fl. 111). Nesse sentido, a intervenção jurisdicional é justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significado real ao direito à saúde. Dá prosseguimento citando a obra de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, acerca da limitação da discricionariedade na implementação das políticas públicas, que vale a transcrição:

Nesse contexto constitucional, em que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não completando o não fazer (...). Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social (...). Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e implementação de políticas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração (...). As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional (fl. 111-112).

Vê-se, nesse sentido, que a discricionariedade administrativa fica bastante reduzida, chegando-se a falar, inclusive, na ausência de discricionariedade da decisão, restando ao administrador tão somente a discricionariedade na escolha. Portanto, do voto do Min. Celso de Mello, extrai-se tanto a importância da aplicação imediata dos direitos fundamentais, legitimando o Poder Judiciário interferir em matérias afetas às políticas públicas, quanto à sua importância para limitar o poder discricionário em matéria de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais.

Parece restar claro, ainda, que a parte doutrinária deste texto se encaixou na análise do caso, sendo, pois, alcançado o objetivo inicial proposto de que doutrina e jurisprudência já enxergam a limitação do Poder Discricionário pelos direitos fundamentais.

É nesse contexto apresentado que se afirma que a decisão analisada constitui-se em um marco para a implementação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, quando não feita no momento oportuno pelos demais poderes, ou quando feita de maneira ineficaz.

Conclusão

Pelo exposto, algumas conclusões são tiradas:

i. Os direitos sociais constituem-se verdadeiros direitos fundamentais, *prima facie*. Pensar de forma diversa seria desconsiderar a força normativa da Constituição. Como todo direito fundamental, os direitos sociais estão sujeitos à ponderação. Especificamente quanto aos direitos sociais, em regra, eles serão ponderados com os institutos do mínimo existencial e reserva do possível.

a. O mínimo existencial deverá ser visto um reforço argumentativo, objeto de ponderação, mas, a depender do caso concreto, não deverá ser fator limitativo, tampouco como *quantum justiciável* de direitos sociais.

b. A reserva do possível, no que pende ser um fator limitativo dos direitos sociais, não poderá ser usada como obstáculo que revele o censurável propósito de frustrar a adjudicação dos direitos sociais.

ii. Em regra, os direitos sociais são implementados pelas políticas públicas, marcadas pela discricionariedade tanto administrativa quanto legislativa.

iii. No que pese a doutrina limitar gradativamente o poder discricionário – se usado sem proporcionalidade e razoabilidade, por exemplo, caracteriza abuso de poder –, trata-se de ato legítimo e de importância significativa para a incapacidade do legislador de detectar todas as hipóteses de incidência da norma.

iv. Parte da doutrina, mais recente, busca limitar ainda mais o poder discricionário, colocando os direitos fundamentais como seus limites. No que pese a intenção, acredita-se que a inovação seja reduzida, haja vista que os limites legais que balizam o ato discricionário já devem estar de acordo com a Constituição, logo, com os direitos fundamentais, sob risco de ser inconstitucional a legislação que confere a discricionariedade administrativa e ilegal o próprio ato administrativo.

a. Diferente, contudo, e agora inovador, é a proposta doutrinária que reduz a discricionariedade de decisão quando se está em campo de direitos fundamentais, não restando a discricionariedade quando se tratar de fazer ou deixar de fazer a política pública, mas somente a discricionariedade de *como* fazer.

v. Sendo legítimo o controle judicial das políticas públicas, deve o Poder Judiciário tomar certos cuidados para não exceder suas atribuições, bem como não atrapalhar a decisão mais correta devido a suas capacidades institucionais.

- a. A atuação do Poder Judiciário deverá ser subsidiária.
 - b. A atuação do Poder Judiciário deverá ser balanceada pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade.
 - c. Importante, para o caso, é a criação de *standards*, como meio jurídico-fundamentalmente adequado: Mais intensa a intervenção, quanto maior o grau de objetividade extraída dos relatos normativos; Menos intensa a intervenção, quanto maior o grau de tecnicidade da matéria; Menos intensa a intervenção, quanto maior o grau de politicidade da matéria; Menos intensa a intervenção, quanto maior o grau de participação social que resultou na decisão; Mais intensa a intervenção, quanto maior o grau de restrição aos direitos fundamentais;
 - d. A visão de túnel, decorrente da dinâmica processual, bem como a falta de *expertise*, poderão ser solucionadas com maior instrução processual, bem como fiscalização por parte de outras instituições com capacidade técnica.
- vi. A STA-AgR 175 bem demonstra a atuação do Judiciário na fiscalização de políticas públicas. Os itens acima apontados foram devidamente verificados na decisão. No caso em tela, não se tratava de criação de política pública por parte do Poder Judiciário, mas na sua eficaz solução, pois se configurava inconstitucionalidade por omissão, ainda que parcial.
- vii. A divisão fictícia em três Poderes deve ser repensada – para além da nova configuração de *freios e contrapesos* –, tendo em vista a impossibilidade fática de eles serem aparentemente isolados ante uma Constituição repleta de direitos e garantias fundamentais, a qual possui eficácia plena e não atribui a *um* Poder o papel de implementá-los, mas a todos, de maneira harmônica.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERTAGNOLLI, Ilana. Judicialização do direito fundamental à saúde: uma análise do Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada: STA n. 175-CE. **Direito e humanidades**. Disponível em: <http://seer.us.cs.edub/index.php/revistadireito/article/view/1144>. Acesso em: 15. Mai. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 28-39, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, out. 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil - uma visão geral. **Revista eletrônica da faculdade de direito da PUC/SP**, v. 1, p. 1-55, 2008. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/736/509> Acesso em: 02. Jun. 2012.

GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOUVÊA, Marco Marselli. Balizamento da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: _____. **O direito público em tempo de crise:** estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: livraria do advogado, 1999, p. 287-330.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo:** história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7 ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

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

XAVIER, Marina Corrêa. O Controle Judicial de Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal: comentário à decisão proferida na STA 175. **Observatório de Jurisdição Constitucional.** Ano 4. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/30>. Acesso em 03. Mai. 2012