



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL DOS  
DIREITOS SOCIAIS

Mayara Ketley de Jesus Souza

Rio de Janeiro  
2020

MAYARA KETLEY DE JESUS SOUZA

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL DOS  
DIREITOS SOCIAIS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro  
2020

## A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Mayara Ketley de Jesus Souza

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho pretende demonstrar que os direitos sociais possuem um núcleo essencial, por vezes com demasiada carga valorativa, que vinculam a Administração Pública, uma vez que garantem uma existência mínima e digna dos indivíduos. Por meio de fundamentação legal e doutrinária mostrar-se-á que os atos administrativos se submetem a juridicidade constitucional, o que reduz o âmbito da discricionariedade do administrador, bem como legítima atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos. Desta forma, o escopo desse estudo é demonstrar que o Estado Democrático de Direito permite um controle judicial dos atos que não priorizam a efetivação dos direitos sociais fundamentais e se distanciam de valores e princípios éticos e morais.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito e Política. Direitos Sociais. Discricionariedade. Controle de Juridicidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Os direitos sociais como fundamentais para garantia de um mínimo existencial e digno. 2. A juridicidade como limite à discricionariedade administrativa. 3. A legitimidade da interferência do Judiciário no controle da juridicidade em prol dos direitos sociais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a legitimidade do controle realizado pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo no que tange a implementação de políticas públicas sociais, usando como parâmetro a juridicidade, em razão da vinculação da Administração Pública aos ditames constitucionais, o que limita o seu campo de atuação discricional.

Nesse contexto, indaga-se é possível entender que os direitos sociais são direitos fundamentais, na medida que garantem a própria existência humana e, portanto, vinculam as escolhas do administrador público? Até que medida este pode fazer jus à autonomia pública, sob o fundamento da reserva do possível e do mérito administrativo, para negar políticas públicas que efetivam os direitos sociais? Pode-se defender uma atuação ativista do Judiciário ao interferir no âmbito decisório do Poder Executivo na tutela dos direitos sociais por meio de um controle de juridicidade?

O tema tem muita importância dentro do Direito Constitucional, Direito Administrativo e Teoria do Direito e Política, uma vez que debate acerca da interferência entre os Poderes do Estado e sobre a vinculação dos princípios, bem como tem relevância social, já

que reflete em inúmeras demandas postas à julgamento no Judiciário, em que os demandantes pretendem a efetividade dos direitos sociais por meio da condenação do Executivo à implementar determinada política pública.

Para abordar o tema, vão ser analisadas as posições doutrinárias acerca do assunto, de forma a desenvolver teses e conclusões próprias sobre a temática.

Inicia-se o primeiro capítulo buscando analisar que os direitos de segunda geração além de serem autoaplicáveis, concretizam um mínimo necessário para a existência humana, ou seja, a sua efetivação garante a própria dignidade humana.

O segundo capítulo destina-se a abordar que a vinculação da Administração Pública à juridicidade limita a campo de atuação discricional do administrador, já que impõe para além da lei em sentido estrito, o dever de cumprir valores constitucionais que consolidam a proteção da pessoa humana.

Por fim, no terceiro capítulo busca-se demonstrar que a legitimação do Poder Judiciário se origina do núcleo duro da CRFB/88 e de uma dimensão ética que deve nortear a sociedade, bem como que se trata de uma atuação fundamental na busca da superação das desigualdades sociais e regionais, já que tem como fim a concretização dos direitos fundamentais sociais. De modo que é possível haver controle judicial sem que isso configure uma interferência indevida entre os Poderes da República, na medida em que o âmbito de subjetividade administrativa é vinculado à juridicidade, ou seja, se submete à dignidade humana, concretizada pelos direitos sociais.

Para tanto, a pesquisa jurídica será desenvolvida na forma qualitativa, quanto a abordagem do seu objeto de pesquisa, pois se pretende utilizar de conteúdos bibliográficos pertinente à temática, que serão analisados e fichados na fase exploratória da pesquisa, que também será explicativa, na medida em que produzirá ideias para compreender as causas e efeitos de determinado fenômeno.

## 1. OS DIREITOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTAIS PARA GARANTIA DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL E DIGNO

Com a influência das ideias iluministas no século XVIII e pelo movimento constitucionalista que entendia a Constituição como instrumento para a tutela de direitos individuais em contraposição ao arbítrio do rei, nasce o Estado Liberal do Direito, que tinha como escopo restringir o poder absoluto do soberano e exaltar o direito natural, inerente a natureza do homem, que resultava da vontade geral.

A defesa de um direito inerente ao homem é fruto de uma inversão na visão das relações políticas, oriunda do Estado Moderno, segundo o qual a sociedade deve ser vista de baixo para cima, ou seja, a análise dos direitos deve ser feita a partir dos indivíduos que compõem a sociedade e não mais uma concepção segundo a qual se prioriza primeiro a sociedade como um todo e depois o indivíduo<sup>1</sup>.

Em meados do século XIX, o Estado passa a se preocupar mais com campos sociais, econômicos, prestando serviços públicos e tentando alcançar o bem-estar social. Isto é, neste momento, o interesse público tem supremacia sobre os individuais.

Acrescenta-se aos preceitos disseminados pelo Estado Social, a ideia de se ter uma maior participação popular no processo político, no controle da Administração, nas decisões governamentais, surgindo um novo modelo de Estado, o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, além de prever como finalidade da República o supracitado modelo de Estado em seu art. 1º, parágrafo único, também estabeleceu do art. 5º ao 17 os direitos fundamentais, na qual o art. 6º prevê grande parte dos direitos sociais, tais como trabalho, saúde, educação, segurança, moradia, lazer<sup>2</sup>.

A Constituição reconheceu com demasiada amplitude os direitos sociais, verdadeiros direitos prestacionais, cuja efetividade depende de condições materiais e atitudes positivas do Estado, no que se diferencia dos direitos liberais clássicos, que, em regra, apenas exige uma abstenção dele; logo, não geram custos. Por isso, essa ambição constitucional, no que tange os direitos sociais recebe críticas, já que sua implementação demanda recursos públicos por vezes escassos.

Embora a Constituição tenha previsto os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, a discussão acerca desse enquadramento é importante, na medida em que isso influencia no que se refere a sua proteção e concretização, pois quando considerados como direitos fundamentais deixam de ser meras normas de condutas não exigíveis.

Isso decorre das características próprias dos direitos fundamentais, tais como a normatividade potencializada, cláusulas pétreas, aplicação direta e imediata, vinculação do Poder Público e exigibilidade subjetiva<sup>3</sup>.

Destaca-se que considerar os direitos sociais como cláusulas pétreas, assim como

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevir. 2014, p. 8.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>3</sup> MACEDO, Aruza Albuquerque; SILVA, Cleyton Barreto. *A fundamentalidade dos direitos sociais*. Disponível em: <[https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/afundamentalidadedosedireitossociais.pdf](https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/afundamentalidadedosedireitossociais.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2019, p. 11.

prevê o art. 60, §4º da CRFB/88<sup>4</sup>, é imprescindível, pois possibilita o seu exercício de forma livre sem receio de futura restrição. Da mesma forma, necessária o entendimento pela sua aplicação imediata, conforme previsto no art. 5º, §1º da CRFB/88<sup>5</sup>, uma vez que autoriza o Judiciário concretizar tais dispositivos legais sem depender de uma regulamentação prévia.

No mesmo sentido, entender esses direitos como fundamentais é compreender que eles vão além de meras normas programáticas, são verdadeiras forças vinculantes que impõem limitações ao atuar do Poder Público. E aceitá-los em sua dimensão subjetiva, é proporcionar que eles sejam exigíveis judicialmente, conforme afirma Luiz Roberto Barroso<sup>6</sup> “um direito subjetivo constitucional confere a seu titular a faculdade de invocar a norma da Constituição para assegurar o desfrute da situação jurídica nela contida”.

Neste momento, importante delimitar que enquanto os direitos individuais são aqueles inerentes a pessoa considerada em si mesma, ou seja, há uma identificação imediata com a existência humana, os direitos sociais dependem da inclusão da pessoa humana na sociedade para que haja sua efetivação<sup>7</sup>.

A partir dessa diferenciação existem autores, como Ricardo Lobo Torres<sup>8</sup>, que não incluem os direitos sociais ao rol dos direitos fundamentais, estes seriam apenas aqueles de primeira geração ligados a vida e a liberdade. Isso porque, pelas características dos direitos sociais de não ter propriamente uma efetividade imediata, dependendo de uma ação do Estado, isso ocasionaria uma vulgarização no núcleo considerado fundamental.

Além disso, não seriam fundamentais, porque estes direitos seriam baseados em escolhas, que devem ser feitas por meio de participação popular e o reconhecimento deles como tal aniquilaria o exercício à cidadania, que passaria para as mãos dos juízes. E também em razão do argumento democrático-majoritário, no sentido de que dependendo da conjuntura econômica eles poderiam ser restringidos em prol de uma maioria de cidadãos.

Contudo, o próprio autor supracitado<sup>9</sup> afirma que “os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”. Ou seja, em que pese ele defender que os direitos sociais não são originalmente fundamentais, entende que alguns

---

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

<sup>7</sup> GARCIA, Emerson (Coord.) et al. *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 361.

<sup>8</sup> TORRES apud Ibidem, p. 362.

<sup>9</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>>. Acesso em: 02 out. 2019, p. 33.

adquirem este patamar superior em razão de serem responsáveis por viabilizar um mínimo material necessário para a existência do homem.

Por essa linha argumentativa pode-se extrair uma visão positiva na defesa da fundamentalidade, qual seja, o fato dela reconhecer, ainda que minimamente, um núcleo de direito sociais essencial a vida humana e, portanto, fundamental. E uma visão negativa, que é, justamente, a restrição na sua interpretação e o enfraquecimento da sua normatividade, o que poderia esvaziar o conteúdo de tais ditames tão importantes.

Todavia, defende-se que os direitos sociais são fundamentais, porque além de vincularem a fruição dos próprios direitos individuais, por exemplo, para que se garanta o direito à vida é necessária, sobretudo, a prestação de um serviço de saúde de qualidade. Também, porque o mínimo existencial preexiste a configuração de Estado, o que diminui o âmbito de vontade das maiorias parlamentares<sup>10</sup>.

O que significa dizer que a exigência a prestação dos direitos fundamentais, incluindo os sociais, sujeita o princípio majoritário e por terem caráter principiológico é natural que sofram ponderação diante circunstâncias de cada caso concreto a ser analisado pelo Judiciário.

Entende-se que de nada adiante a liberdade jurídica para um indivíduo que vive abaixo do mínimo existencial e digno, se não há uma liberdade fática, que consiste num poder agir, de acordo com Alexy<sup>11</sup>. Segundo ele “os direitos fundamentais, se seu escopo for o livre desenvolvimento da personalidade humana, também estão orientados para a liberdade fática (...)”.

Importante salientar que não é suficiente entender os direitos sociais como fundamentais apenas quando garantem um mínimo vital. Visto que, na verdade esse entendimento minimiza o grau de fundamentalidade destes direitos e, conseqüentemente, sua rigidez normativa. Com isso, sua eficácia poderia ficar submetida a questões de orçamento, ideológicas e de previsão legislativa infraconstitucional, o que limitaria a atuação do Judiciário.

E os direitos sociais têm como escopo tutelar de forma especial as classes menos favorecidas, na medida em que tenta compensar as desigualdades criando meios de acessos aos bens da vida, que em razão do alto custo tais pessoas não podem usufruir.

Portanto, tais direitos estão num patamar axiológico superior, na medida em que garantem interesses ligados tanto a fruição concreta da liberdade, como a vida e a própria dignidade humana, interesses que consistiriam em uma existência não só mínima e essencial,

---

<sup>10</sup> GARCIA (Coord.), op. cit., p. 367.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Meireles, 2008, p. 506.

mas digna.

Neste viés, o constituinte originário estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, III da CRFB/88<sup>12</sup>, o que demonstra o dever de compreender os direitos de segunda geração como fundamentais com máxima amplitude e efetividade, de forma a ser garantido para além do mínimo.

A verdade é que a qualificação de direitos como fundamentais não se limita a qualificação positiva, seja da Constituição Federal, seja das normas internacionais, isto é, não se trata de uma escolha legislativa, mas emana do próprio atributo jusfundamental que é a garantia da dignidade da pessoa, que por sua vez, erradia valores que norteiam a vida em sociedade e vinculam os cidadãos e os Poderes da República.

Assim, a efetividade dos direitos sociais, por meio de políticas públicas, viabiliza princípios jusfundamentais, na medida em que tutela a possibilidade de fruição de uma vida ou existência digna, além de assegurar autonomia psíquica para exercer as escolhas oriundas da cidadania.

Portanto, é por meio das políticas públicas sociais que se alcança os ditames constitucionais, sendo certo que estes mandamentos, sejam eles normas-regras, sejam normas-princípios, pois os direitos fundamentais expressam um sistema, sobretudo, de valores, fundamenta e serve como parâmetro para o controle praticado pelo Poder Judiciário. Bem como, reduz o campo da discricionariedade do administrador público, como será abordado no próximo capítulo.

## 2. A JURIDICIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O Estado Democrático de Direito impôs uma nova ordem ao Estado-administração em que se distancia da legalidade em sentido estrito como fonte direta de conduta e se aproxima do princípio da juridicidade. O Estado passa não só a ter que agir apenas de acordo com a previsão da lei, mas também deverá atuar da melhor forma, o que abrange padrões éticos e morais, para atingir os fins coletivos e a justiça social.

Assim, a Administração Pública na busca do interesse público vai utilizar também como parâmetro os princípios oriundos da própria norma posta ou da sua essência. No ordenamento jurídico tais valores têm funções normativas, interpretativa e integradora, já que além de regular a aplicação do direito no caso concreto, serve como norte para entender a lei,

---

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

bem como supre suas lacunas<sup>13</sup>.

A juridicidade, tem previsão expressa no §1º, inciso I da Lei nº 9.784/99<sup>14</sup> ao estabelecer que os processos administrativos federais vão ser regidos pela “Lei e pelo Direito”, apontando uma distinção entre lei e direito com escopo de ampliar a delimitação das condutas administrativas, inclusive as decisões de políticas públicas, para além de um aspecto formal e procedimental, que a previsão abstrata da lei em sentido estrito gera.

Afirma Sandro Dezan e Samuel Brasil Jr<sup>15</sup> que o termo “processo” previsto na supracitada norma vincula o Estado-administração, “não somente nas suas relações públicas em contraditório, mas também nas formalizações, desenvolvimentos e conclusões de procedimentos”.

A normatividade emanada pelos valores e princípios do ordenamento jurídico faz com que eles vinculem todas as decisões administrativas, ou seja, preceitos como justiça, dignidade humana, honestidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, solidariedade, etc. devem ser balizas da atuação, sobretudo, discricional da Administração Pública nas ações que envolvem a efetividade dos direitos sociais fundamentais.

Isso porque, a função executiva do Estado é exercida por meio de poderes, prerrogativas e faculdades, que se manifestam por meio de decisões que podem ou não ter uma carga valorativa subjetiva.

A discricionariedade administrativa seria justamente um campo de livre atuação do administrador público conferido pelo próprio ordenamento jurídico. E isso pode decorrer, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>16</sup>, da hipótese da norma, quando trouxer disposição imprecisa, do seu comando, quando apresenta alternativas de conduta, ou da finalidade dela, quando a norma tiver como fim valores.

As três causas apontadas pelo autor demonstram que nos casos de atuação discricional o administrador não consegue extrair da lei apenas uma solução, o que gera como consequência a possibilidade de escolhas, que devem ser norteados pelos ditames legais e constitucionais, sob

---

<sup>13</sup>DEZAN, Sandro Lucio. BRASIL JR. Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.º 11, jan./mar. de 2003. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/49>>. Acesso em: 25 jan. 2019, p. 218.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2020.

<sup>15</sup> DEZAN, op. cit., p. 221.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 19.

pena de ser arbitrária. De acordo com Maria Sylvia Zanella de Di Pietro<sup>17</sup> o poder discricionário é baseado em escolhas baseadas em critérios de mérito, quais sejam, oportunidade, conveniência, justiça, igualdade.

A arbitrariedade nasce justamente quando o ato administrativo extrapola tais limites da discricionariedade, o que pode ocorrer quando a motivação demonstrar interesse particular e imoral e quando não há justificativa objetiva, isto é, na ausência de comprovação de que a atuação atende a lei<sup>18</sup>.

Importante ressaltar que há uma distinção entre discricionariedade em potencial e discricionariedade efetiva, a primeira é abstrata, quando ainda prevista em lei, a segunda é quando se está diante de um caso concreto e o administrador, entre todas as alternativas igualmente válidas, deveria escolher a melhor para a realidade fática<sup>19</sup>.

Com isso, é possível concluir que diante o caso concreto não há discricionariedade na atuação propriamente, já que as alternativas devem se restringir a uma, àquela que melhor atende a justiça social daquele caso, o que, conseqüentemente, vai atender a lei e a juridicidade. Isto é, tais parâmetros – lei e juridicidade – e a justiça no caso reduzem a discricionariedade a zero.

A atuação do administrador público na implementação de políticas públicas, quando busca a efetividade dos direitos sociais, na maioria das vezes, é uma escolha de direitos em que um será sacrificado em prevalência de outro, em razão da escassez dos recursos públicos.

Nesse contexto, nasce na doutrina alemã a tese reserva do possível, a qual preceitua que os direitos prestacionais estão condicionados a possibilidade financeira do Estado. E essa disponibilidade financeira estaria no campo da discricionariedade das decisões governamentais. Argumento este amplamente defendido pelos órgãos públicos para restringir a prestação dos direitos sociais no Brasil.

Para Ingo Wolfgang e Marina Filchtiner<sup>20</sup> a reserva do possível tem três dimensões, a real disponibilidade dos recursos, a disponibilidade jurídica deles, principalmente considerando as competências tributárias e orçamentárias no contexto da Federação, bem como a questão da proporcionalidade e da razoabilidade. Contudo, afirmam que essas questões devem servir como

---

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

<sup>18</sup> NIETO, Alejandro. apud SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 254.

<sup>19</sup> SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 134.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 29 jan. 2020, p. 19.

garantia a máxima efetividade dos direitos sociais e não como barreira.

Em que pese se reconhecer que a carga política das decisões e o estado econômico do Estado influencia diretamente na prestação dos direitos sociais, a margem de subjetividade na ponderação dos direitos deve sempre observar os limites constitucionais, de forma que não afronte o núcleo existencial e digno dos direitos.

Para tanto, necessário a observância de parâmetros para além das leis em abstrato, buscando também direção nos valores jusfundamentais, de modo que se a decisão pela não prestação ou a prestação deficiente do direito comprometer a vida digna do indivíduo deve ser anulada e revista.

Com isso, vale destacar que, sobretudo, na administração do orçamento público e diante a uma escolha trágica, agentes políticos se subordinam a moralidade, a eficiência, a proporcionalidade, tanto no aspecto da proibição do excesso como no da prestação insuficiente, que atinge diretamente o mínimo existencial digno. Portanto, o Poder Público tem o dever de minimizar a reserva do possível e dar prioridade a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, já que estes são responsáveis pela concretude da existência mínima e digna dos cidadãos.

Assim, na prática, a fim de não se caracterizar como decisão arbitrária, ou seja, para que se demonstre que o ato teve motivação moral e justificação objetiva, é importante uma atuação transparente da Administração Pública, comprovando que de fato não há recursos disponíveis para a efetividade do direito social exigido e que isso não compromete o núcleo essencial do direito, que é a vida digna, bem como demonstrar a efetiva e eficiente aplicação dos recursos, prova de fácil demonstração para o Poder Executivo.

E essa exigência se justifica justamente porque se os direitos sociais fundamentais ficarem restritos de efetividade em razão de decisões orçamentárias, sem nenhuma limitação, tais direitos, não teriam efeitos vinculantes concretamente, o que causaria a inefetividade do preceito da dignidade humana e dos valores axiológicos emanados por ele, sobretudo, o de existência digna.

Deste modo, quando se trata de direito à vida e mínimo existencial digno a tese da reserva do possível não prevalece, pois tais ditames exigem prioridade na alocação de recursos financeiros, sendo certo que a crise orçamentária que assola o país consequente, sobretudo, da corrupção estruturada das instituições e da ineficiência na administração delas, não podem justificar a violação flagrante a Constituição Federal, que quando ocorre legitima a interferência do Poder Judiciário, cujo dever é agir diante lesão ou ameaça de lesão a Direito.

### 3. A LEGITIMIDADE DA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA JURIDICIDADE EM PROL DOS DIREITOS SOCIAIS

A ideia difundida por Montesquieu<sup>21</sup> acerca da separação de poderes se funda no preceito de que o poder concentrado nas mãos de apenas um governante tende a ser usada em prol de interesses particulares e não coletivos, por isso, passa-se a defender que o exercício do poder estatal deveria ser dividido em órgãos distintos, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário, como sendo uma forma de controle recíproco entre eles.

Neste viés, a Constituição Federal de 1988<sup>22</sup> previu o princípio da separação de poderes no art. 2º, bem como instituiu o Estado Democrático de Direito e um Judiciário com um papel fundamental na proteção de lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme previsão no art. 5º, XXXV.

Com isso, o Poder Judiciário, principalmente após a II Guerra Mundial e, especificamente, no Brasil com a Constituição, assumiu um papel de protagonista na efetivação dos direitos sociais. O que é alvo de críticas ao argumento de que ele teria uma carência de legitimidade, pois é poder sem voto, principalmente numa democracia, onde o voto legitima a atuação daqueles que exercem a função política.

Contudo, um tipo de ação que legitima o Poder Judiciário é justamente a atuação contramajoritária, que retira seu fundamento do que se chama o “núcleo duro” da Constituição, que resulta da consciência da época e pode estar positivado propriamente ou não.

Não obstante, é possível, atualmente, defender uma nova roupagem ao princípio da separação de poderes, que exige um Judiciário mais atuante, que não só aplica as normas, mas cria seu sentido no caso concreto, com o escopo de concretizar direitos e alcançar a justiça social<sup>23</sup>.

Se por um lado é crescente o protagonismo do Judiciário, por outro lado, atualmente, é crescente o enfraquecimento da representatividade do Poder Executivo, muito em razão da grande crise financeira que assola o Estado brasileiro, que decorre, entre outros fatores, da não observância à juridicidade pelos administradores, que resulta, por exemplo, na ineficiência e imoralidade da administração.

O fato de a Constituição brasileira ser dirigente demonstra que o administrador público

---

<sup>21</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>23</sup> DI PIETRO, op. cit. p. 19.

tem que atender a parâmetros que, ainda que implícitos, emanam do texto constitucional, o que, portanto, condiciona a sua atuação.

Como já salientado, para a efetivação dos direitos sociais é indispensável dinheiro público e é fato que tais são limitados, com isso, é preciso fazer escolhas, só que estas não podem ser feitas sem que se observe os parâmetros constitucionais, sob pena de serem arbitrárias e se submeterem ao controle do Judiciário que tem o dever atuar diante violação de direito. Logo, as escolhas são vinculadas, o que legitima atuação judicial.

Como afirma Ana Paula de Barcelos<sup>24</sup> entender dessa forma não significa entender pela “absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”, ou seja, se reconhece que matérias relacionadas a gastos públicos é momento típico de deliberação político majoritária, contudo, tal é vinculada a condicionantes.

Isso porque, apesar de ser importante manter a estabilidade financeira do Estado, é preciso se preocupar com a forma que o Governo vêm administrando as receitas, uma vez que na realidade o que se vê é a ineficiência e precariedade de serviços básicos como educação e saúde, enquanto há gastos desproporcionais com publicidade, superfaturamento em obras públicas de baixa qualidade, por exemplo. O que demonstra violação a Constituição na medida em que não prioriza direitos fundamentais, como os direitos sociais.

Os direitos fundamentais sociais são pilares que norteiam a vida digna em sociedade, por isso, seu descumprimento pelo Poder Público não é algo que possa ser desconsiderado e faz nascer um direito subjetivo exigível.

Quando o Judiciário está diante de uma ação em que se exige um direito subjetivo consubstanciado numa prestação positiva do Estado, há, na verdade, um sopesamento entre princípios em que de um lado se tem o princípio democrática, separação de poderes e de outro há interesses coletivos e os princípios oriundos dos direitos sociais.

Segundo Robert Alexy<sup>25</sup> para que se possa afirmar que se tem um direito a prestações garantido é necessário que ele seja exigido pela liberdade fática, ou seja, se ele é necessário no poder-agir da realidade fática do indivíduo, que se atenda o princípio da separação de poderes e as competências parlamentares, bem como se o princípio material oposto seja reduzido de forma mais ínfima possível.

A fim de evitar possível violação a separação de poderes e implementar um sistema

---

<sup>24</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p.83-103, abr./ jun. 2005. Disponível em: <<http://biblio.tecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 10 jan. 2020, p. 92.

<sup>25</sup> ALEXY, op. cit. p. 512.

eficiente e que atenda os parâmetros constitucionais sugere-se alguns critérios, encampados pela Ana Paula de Barcelos<sup>26</sup>, para o controle judicial de juridicidade das políticas públicas.

O primeiro parâmetro é verificar se a quantidade de recursos fixados na CRFB/88 está sendo atendida, tais como os previstos nos artigos 212, 198, §2º, 195<sup>27</sup>; o segundo é observar se tais recursos realmente estão sendo aplicadas para as políticas públicas; o terceiro é analisar o resultado final, ou seja, se realmente os núcleo essencial dos direitos estão sendo efetivados e; o quarto é julgar os meios que foram utilizados pelo Poder Público, a fim de alcançar a meta de forma eficiente, ou seja, se atende ao princípio da proporcionalidade.

Quando se trata de controle de juridicidade, em razão de ser um controle de sopesamento, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são parâmetros essenciais, tanto nas decisões administrativas, tanto nas análises destas pelo Judiciário.

A razoabilidade seria a imposição de que se atue dentre os padrões médios aceitos por determinada sociedade e a proporcionalidade é explicado por meio de uma subdivisão: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de ponderação ou sopesamento.<sup>28</sup>

O ato só é proporcional na modalidade adequação se se consegue o objetivo através da produção daquele ato, se produz o ato e, mesmo assim, não alcança aquele objetivo, aquele ato não era adequado. A proporcionalidade no sentido da necessidade significa analisar o quanto que aquele ato invade a esfera de outro direito, isto é, pergunta-se se seria possível alcançar aquele objetivo de uma forma mais branda, menos incisiva. Já a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de sopesamento, significa que deve haver um juízo de valor entre o bem que se pretende alcançar e o bem que se está violando para alcançar o outro bem jurídico.

Por meio do sopesamento o julgador vai seguir três regras, a fim de chegar na melhor decisão, quais sejam, primeiro vai avaliar o quanto vai ser afetado um dos princípios, segundo deve analisar a importância de preponderância do outro e, por fim, se a prevalência de um justifica a não satisfação do outro<sup>29</sup>.

Importante ressaltar que para a Administração Pública atender aos parâmetros constitucionais supracitados é indispensável que observe outro princípio fundamental, qual seja, o da transparência. É necessário que as receitas e as despesas do Estado sejam divulgadas

---

<sup>26</sup> BARCELLOS, op. cit. p. 94.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 20 mar. 2020, p. 4.

<sup>29</sup> ALEXY, op. cit. p. 594.

a população, de forma clara, para que viabilize o controle, como sendo uma prestação de contas. Isso porque, o Governo serve ao povo<sup>30</sup>.

Além disso, o Judiciário deve apoiar suas decisões em outras fontes de conhecimento por meio de técnicos especializados, pois certo é que o magistrado nem sempre tem conhecimento para decisões técnicas.

Tudo isso para dizer que “a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento deste direito”<sup>31</sup>.

Ainda que se esteja vivendo uma crise financeira é importante que se preserve a essência dos direitos sociais e o Judiciário tem um papel fundamental e legítimo nisso, pois é justamente nesses momentos que a população mais necessita destas prestações e o controle de juridicidade deve se pautar justamente no sopesamento de princípios que vão variar de aplicação a depender do caso concreto e da situação<sup>32</sup>.

Em que pese o Judiciário ainda ser muito questionado acerca dessa atuação mais ativa no que tange os direitos sociais, que ora se defende neste trabalho, a Corte brasileira chancelou a sua legitimidade na ADPF nº 45<sup>33</sup>, reconhecendo os limites constitucionais do atuar discricionário do Poder Legislativo e do Poder Executivo no que se refere as políticas públicas.

Importante destacar que um direito fundamental social não pode depender do Judiciário para ter efetividade, o ideal seria que a Administração Pública atuasse de forma eficiente e colaborativa na implementação e efetivação deles, o que conseqüentemente faria com que a atuação daquele Poder fosse mínima. Certo é que este só age diante a demanda do cidadão que diariamente sofre lesão aos seus direitos.

É o que afirmou a desembargadora Margaret de Oliveira do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao determinar, liminarmente, que o Estado e o Município adotassem algumas medidas de prevenção à Covid-19 nas unidades de acolhimento de pessoas com deficiência. Ela entendeu que a judicialização de tal pedido, de natureza tão básica e

---

<sup>30</sup> Em razão do dever do Poder Público em manter a transparência na gestão pública, o MPRJ em conjunta com a DPE-RJ ajuizaram, no dia 22/05/2020, ação civil pública pública em face do Município do Rio de Janeiro, a fim de que este divulgue dados sobre o Covid-19, sob o argumento de que a “ausência de dados vem causando danos irreversíveis à população fluminense, já que impede a realização da devida fiscalização sobre a gestão pública”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ação Civil Pública nº 0099556-69.2020.8.19.0001*. Juiz André Pinto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consulta/ProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=pública&numProcesso=2020.001.076180-4>> Acesso em: 25 mai. 2020).

<sup>31</sup> ALEXY, op. cit., p. 515.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 513.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 20 mar. 2020.

fundamental em um momento de pandemia demonstra a ineficiência administrativa, ressaltando o dever do Poder Executivo de bem administrar as verbas arrecadadas pelos cidadãos<sup>34</sup>.

Por fim, entende-se que papel do Judiciário é apontar a violação e fiscalizar, enquanto que cabe a própria Administração a produção do ato que vai solucionar o problema à luz dos parâmetros constitucionais e seguindo os ditames políticos. O limite do juiz é justamente não ultrapassar o que é efetivamente garantido pela ditames constitucionais, ou seja, a essência – vinculante – dos direitos fundamentais sociais, que consiste em uma prestação mínima que garanta uma existência digna.

## CONCLUSÃO

Este trabalho teve como fim defender que os direitos sociais são direitos fundamentais, o que significa dizer que são direitos subjetivos exigíveis, verdadeiras cláusulas pétreas, com normatividade vinculante e efeitos direto e imediato. Isso porque, vinculam a existência dos próprios direitos individuais e garantem o chamado mínimo existencial e digno, principalmente, em relação as classes menos favorecidas, ao criar meios de acesso aos bens da vida.

Em razão disso, buscou-se demonstrar que a Administração Pública em suas decisões, no âmbito de políticas públicas, que efetivem os direitos sociais, deve atender aos ditames da juridicidade, sobretudo, naquelas decisões de caráter discricionário, as quais, o administrador tem uma margem de subjetividade para escolher que caminho tomar, quando, por exemplo, está diante do choque entre dois direitos.

E a juridicidade abrange, exatamente, os valores implícitos decorrentes dos direitos sociais, como o mínimo existencial e digno, que, por sua vez, é o próprio núcleo essencial e intransponível destes direitos. Além de abarcar princípios jurídicos, como proporcionalidade, razoabilidade, justiça, ética, honestidade, transparência, os quais, em que pese sua alta carga subjetiva, possuem alto grau de vinculação. Ao atender a juridicidade, o administrador prioriza a justiça social no caso concreto, já que se aproxima dos ditames constitucionais e, conseqüentemente, se afasta de decisões arbitrárias.

Uma vez que existem tais limites a atuação do administrador público, nasce a possibilidade de controle de tais atos por meio do Judiciário. Neste viés, defendeu-se a legitimidade deste órgão realizar o controle de juridicidade, com escopo de priorizar a

---

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0030677-13.2020.8.19.0001*. Relatora Des. Margaret de Oliveira Valle dos Santos. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=202000232227>> Acesso em: 25 mai. 2020.

efetividade dos direitos sociais por meio, principalmente, da fiscalização da implementação das políticas públicas.

A fim de manter um equilíbrio entre os preceitos da separação de poderes e do acesso à justiça, ou seja, para evitar que o próprio Judiciário não ultrapasse os seus limites constitucionais, sugeriu-se que, no controle de juridicidade, este órgão deve averiguar se a decisão administrativa observa quantidade de recursos previstas na Constituição, se eles estão sendo aplicados para as políticas públicas, se está sendo preservado o núcleo essencial dos direitos sociais, ou seja, o mínimo existencial e digno, e se os meios utilizados pelo Poder Público foram os necessários para alcançar o fim pretendido, atendendo a proporcionalidade e eficiência.

Por fim, este trabalho defendeu que o núcleo essencial dos direitos sociais deve prevalecer diante alegação, sem comprovação, de reserva do possível, pois este não pode levar ao esvaziamento de nenhum direito, já que isso inviabilizaria a própria vida humana digna.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Meireles, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p.83-103, abr./ jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/454>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevir. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ação Civil Pública nº 0099556-69.2020.8.19.0001*. Juiz André Pinto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consulta>>

ProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=pública&numProcesso=2020.001.076180-4>. Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0030677-13 .2020.8.19.0001*. Relatora Des. Margaret de Oliveira Valle dos Santos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=202000232227>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JR. Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.º 11, jan./mar. de 2003. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/49>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MACEDO, Aruza Alburquerque; SILVA, Cleyton Barreto. *A fundamentalidade dos direitos sociais*. Disponível em: <[https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/afundamentalidadedossdireitossociais.pdf](https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/afundamentalidadedossdireitossociais.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NIETO, Alejandro. apud SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 29 jan. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>>. Acesso em: 02 out. 2019.