



**UNIVERSIDADE TIRADENTES - UNIT**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS**

**Dulciana Ferreira Porto**

**Maurício Gentil Monteiro**

**Aracaju**

**2015**

**DULCIANA FERREIRA PORTO**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Tiradentes – UNIT, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**Banca Examinadora**

---

**Professor Orientador  
Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador  
Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador  
Universidade Tiradentes**

# A JUDICIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dulciana Ferreira Porto<sup>1</sup>

## RESUMO

Nos últimos anos, tem-se observado um papel ativo do Poder Judiciário na vida institucional brasileira. Ou seja, este tem tomado as decisões acerca dos principais temas políticos e administrativos do Brasil, muitas vezes exacerbando o limite da sua competência. Assim, o presente artigo tem por objetivo, através do método hipotético dedutivo, expor a problemática da judicialização da administração pública, debatendo acerca dos limites, riscos, possibilidades e consequências no controle das políticas públicas pelo Judiciário, tudo, a partir, da análise dos princípios constitucionais. Desta forma, este trabalho demonstra que é vetado ao Poder Judiciário se sobrepor as políticas públicas adotadas pelo chefe do poder executivo, sob pena de usurpar competência que não lhe é atribuída e, conseqüentemente, ofender ao disposto na Constituição Federal.

Palavras-chave: Administração Pública. Discricionariedade Administrativa. Judicialização. Orçamento Público. Separação dos Poderes.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema “A judicialização da Administração Pública à luz dos Princípios Constitucionais”, ou seja, busca explicitar quais os limites da interferência do Poder Judiciário na Administração Pública, sob a ótica dos princípios estabelecidos na Carta Magna.

Dentro deste contexto, procurou-se responder ao seguinte problema: Até que ponto pode o poder judiciário interferir no orçamento do Estado sem que esteja ofendendo o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes?

Para que o problema fosse respondido com a maior abrangência possível, foi necessário analisar algumas questões específicas como:

---

<sup>1</sup>Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: dulcianaporto@hotmail.com

- a) Qual a função do poder judiciário e do poder executivo?
- b) Quais são os princípios autorizadores e os limitadores da interferência do poder judiciário no poder executivo?
- c) Quais as consequências para a Administração Pública devido à judicialização?
- d) Qual o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da judicialização?

Percebe-se que o objetivo geral deste trabalho é identificar até que ponto pode o Poder Judiciário interferir no orçamento do Estado e obrigar o ente federativo a realizar obras ou serviços que não foram planejados e orçados pela gestão pública, sob o fundamento de cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Possui, ainda, como objetivos específicos, identificar qual a função do poder judiciário e do poder executivo; verificar quais são os princípios autorizadores e limitadores da interferência do poder judiciário no poder executivo; explicar quais as consequências para a Administração Pública do processo de judicialização e demonstrar qual o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema.

Justifica-se, portanto, a abordagem da questão da judicialização da Administração Pública como forma de explicitar quais os limites da interferência do Poder Judiciário na Administração Pública.

A ideia de escrever sobre o presente tema surgiu devido a estágio extra curricular realizado na Procuradoria do Município de São Cristóvão, durante os anos de 2013 e 2014, onde verifiquei que o Poder Judiciário, sob o fundamento de defesa de interesse difuso e coletivo, impõe ao Poder Executivo diversas obrigações, impedindo-o, desta forma, de dar seguimento ao seu plano de governo e prioridades.

Assim, considerando as diversas Ações ajuizadas em face do Município de São Cristóvão que visavam compelir o ente municipal a diversas obrigações de fazer, o presente trabalho de conclusão de curso busca demonstrar qual o limite da ingerência do poder judiciário no poder executivo e quais as suas consequências para a Administração Pública.

Almeja-se, ainda, através deste, demonstrar que o judiciário, envolvendo ato discricionário inerente à administração pública, não pode substituir a vontade do administrador, e, a seu critério, determinar a efetivação de obras públicas.

O presente trabalho se justifica pela necessidade de demonstrar que o poder judiciário não pode interferir, sem qualquer limitação, na Administração Pública, determinando que o poder executivo dê prioridade a esta ou àquela obra, sob pena de ofender ao princípio da separação dos poderes.

Desenvolve-se o tema utilizando-se o método hipotético-dedutivo, pois foi a partir dele, que foi possível partir de conceituações gerais, exemplificações, para uma restrição e conseqüente compressão do tema suscitado. Além disso, a contraposição das diversas opiniões acerca do tema, da demonstração de argumentos favoráveis para construção da tese e do alcance de sínteses como resultados desse confronto evidenciam a concomitância da utilização do método dialético.

Em relação aos objetivos, será utilizado o método qualitativo de abordagem, explicando, descrevendo e observando se a judicialização da Administração Pública caracteriza ofensa ao princípio constitucional da tripartição dos poderes.

Na presente pesquisa a atualidade é uma característica marcante, sendo, portanto, imprescindível a utilização de fontes não só doutrinárias como também judiciais, a fim de demonstrar que a interferência do Poder Judiciário em ato discricionário da Administração Pública, como vindo sendo realizado por diversos magistrados, ofende diretamente os princípios basilares da Constituição dos poderes.

A técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica, com base em consultas a diversos livros e suas teorias, que foram introduzidas, explicadas e comentadas no decorrer do presente artigo científico, sendo expostos de forma organizada os diversos conhecimentos sobre o assunto.

Desta forma, este estudo nasceu da necessidade de adequar e unir informações, com o intuito de demonstrar como a interferência do poder judiciário nas políticas de governo do Poder Executivo podem ocasionar diversos danos as populações dos entes federados, engessando a economia e impossibilitando o cumprimento das políticas de governo.

## **2 DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES DA UNIÃO**

A Constituição Federal resguarda o princípio da tripartição dos poderes, demonstrando que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, são independentes e harmônicos entre si, evitando, assim, o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem.

Deste modo, com fulcro na exegese constitucional, os poderes da União possuem atribuições próprias, ou seja, específicas e determinadas a cada esfera, a quem cabe exercê-las com exclusividade, não sendo possível a intervenção de um sobre o outro, sob pena de ofender o disposto na Carta Magna.

É nesse sentido que Montesquieu, formulador da teoria das separações dos poderes, afirma que:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercessem esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, apud MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p.219)

Assim, a Constituição Federal estabelece a existência de três poderes que exercem funções distintas, sendo elas: legislar e realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo, exercida pelo Poder Legislativo; praticar atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração, desempenhada pelo Poder Executivo; julgar os conflitos oriundos da aplicação da lei nos casos concretos, atribuída ao Poder Judiciário. (LENZA, 2010)

Conforme leciona Lenza (2010, p.398), “além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos).”.

Além das funções típicas, a Constituição Federal também estabelece que os órgãos, excepcionalmente, exercem função atípica, ou seja, que são predominantemente de natureza típica dos outros órgãos, sem, contudo, caracterizar ofensa ao princípio da tripartição dos poderes.

Importante notar que, mesmo no exercício de função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário. (LENZA, 2010, p. 399)

No entanto, a possibilidade de exercer função atípica está limitada aos casos previstos na Constituição Federal, de forma a permitir um relacionamento independente e harmônico entre os Poderes do Estado.

O Poder Legislativo apenas exercerá função de natureza executiva para dispor sobre sua organização interna, e de natureza jurisdicional para o Senado julgar o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade. (LENZA, 2010)

Já o Poder Executivo, exercerá ato de natureza legislativa quando o Presidente da República, por exemplo, adota medida provisória, com força de lei, e estará diante da função típica do Poder Judiciário, quando apreciar defesas e recursos administrativos. (LENZA, 2010)

O Poder Judiciário, por sua vez, poderá exercer função de natureza executiva apenas para administração do órgão, e função legislativa para dispor sobre o regimento interno. (LENZA, 2010)

Portanto, tem-se que a Constituição Federal prevê a existência dos Poderes do Estado, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades, a fim de que possam exercê-las, através de mecanismo de controle recíproco, como forma de garantir o respeito aos direitos fundamentais do homem. (MORAES, 2004).

Sobre a necessidade de manutenção da tripartição dos poderes, em atendimento ao disposto na Carta Magna, Alexandre de Moraes se manifesta no seguinte sentido:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais. (MORAES, 2008, p.407)

É importante destacar que o princípio da independência entre os poderes é um dos pilares da construção republicana, não se admitindo, portanto, a intervenção de uns sobre os outros e, especificamente, a do judiciário em atribuição de competência do poder executivo.

Assim, de acordo com o princípio da independência e harmonia dos poderes, o Poder Executivo tem plena, e exclusiva, legitimidade para ditar as políticas e diretrizes governamentais. Tal entendimento, inclusive, é sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS, ACORDOS, CONTRATOS E ATOS DE SECRETÁRIOS DE ESTADO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA: INCONSTITUCIONALIDADE.

I. - Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da Assembléia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos poderes. C.F., art. 2º. II. - Inconstitucionalidade dos incisos XX e XXXI do art. 99 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº676. Relator: Ministro Carlos Velloso. 29 de novembro de 1996)

Neste diapasão, o Supremo Tribunal Federal entende que somente quando os administradores descumprirem encargos jurídicos-políticos, o Poder Judiciário poderá interferir nas denominadas “políticas de governo”, e quando tal descumprimento viera comprometer direitos individuais e coletivos.

Isto porque, conforme elucida o desembargador Antônio Sérvulo:

A ingerência do Poder Judiciário não pode extrapolar a legalidade, interferindo no mérito do ato administrativo ou formulando políticas públicas que caibam exclusivamente ao Poder Executivo. A Constituição Federal ao garantir ao administrador certa margem de discricionariedade no exercício de suas atividades, buscou uma maior adequação de seus atos à realidade fática, levando em conta a aplicação de algumas medidas necessárias em preferência a outras, conforme a possibilidade conjuntural. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0297.10.000720-4/002. Relator: Antônio Sérvulo. 12 de novembro de 2013)

Nesse mesmo sentido se posiciona Hely Lopes Meirelles ao lecionar que:

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo" (MEIRELLES, 2003, p. 116)

Sendo assim, resta claro que o poder executivo goza de liberdade para eleger as obras públicas prioritárias a serem realizadas, bem como ditar a sua política de governo, porque a escolha do momento oportuno e conveniente para a execução de obra ou fornecimento de determinado serviço é ato discricionário da Administração Pública. Logo, de acordo com o princípio constitucional da separação de poderes, não pode o Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo dê prioridade a esta ou àquela obra ou serviço público.

Compete, portanto, ao Poder Executivo a tarefa de exercer o múnus concedido pelo princípio da Soberania Popular.

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de

recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas pública, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Jurídico da função de concretizar direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. (SARLET, 2001, p. 286)

Atualmente, o que se tem percebido é uma verdadeira judicialização da Administração Pública, na qual o judiciário, sob o fundamento de defesa dos interesses difusos e coletivos, impõe ao Poder Executivo diversas ordens, impedindo, desta forma, que este dê seguimento ao seu plano de governo e prioridades.

Nesse sentido, posiciona-se Barroso (2009, p.01), afirmando que, devido a "um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, ou seja, aquela feita no âmbito do Legislativo e Executivo tendo por combustível o voto popular", tem-se uma verdadeira judicialização da administração pública, ou seja, questões que possuem natureza eminentemente política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelo Poder Executivo que fora eleito pela vontade popular.

O ato discricionário, conforme o entendimento da desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, "se submete aos critério de conveniência e da oportunidade, sem olvidar o princípio da legalidade, que obriga o administrador a observar a previsão orçamentária e as prioridades de seu governo". (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0394.02.024085-6/001. Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. 18 de março de 2008)

É evidente que, conforme aduz Barroso (2007), o judiciário tem o poder-dever de interferir nas políticas de governo, mas, tão somente, quando houver flagrante desrespeito a direitos individuais e coletivos.

O judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoas. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático. (BARROSO, 2007, p.12)

Análogo é o entendimento de MEIRELLES (2003, p.96), ao afirmar que "o que o judiciário não pode é, no ato da discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do Juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração."

Não detectada omissão por parte do Poder Público, descabe ao Poder Judiciário substituir a Administração Pública no seu poder discricionário e na sua prerrogativa de estabelecer quais são os interesses públicos prioritários e quais as políticas públicas que deverão ser desenvolvidas, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Nesse ponto, Raquel de Andrade Vieira Alves (2010) defende que, apenas quando houver política pública inadequada ou não houver de forma a impedir o exercício de direitos fundamentais, é que se admite a intervenção do judiciário.

A intervenção judicial só é possível para garantir a eficácia plena dos direitos fundamentais onde não haja política pública ou onde as políticas públicas existentes sejam manifestamente inadequadas, de modo que sequer comportem juízo de valor pelo magistrado. Caso contrário, estar-se-á, paradoxalmente, a garantir preceito constitucional violando outro – a separação dos poderes. (ALVES, 2010, p. 147)

Afinal, a gestão do orçamento público compete ao Poder Executivo, a quem cabe estabelecer as prioridades da sua gestão, atentando-se ao contraditório político e vinculado às conjunturas locais, bem como às carências públicas e sociais e às disponibilidades orçamentárias.

É nesse sentido que Raquel Andrade Vieira Alves (2010) prossegue afirmando que é preciso que sejam estabelecidos parâmetros para atuação do Poder Judiciário, evitando, assim, que, para garantir um direito constitucional, seja violada a Constituição Federal.

É preciso, assim, que sejam estabelecidos parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por critérios universais de racionalidade e eficiência, para evitar que, no âmbito dos Estados, o sistema se transforme disfuncional e desigual. E mais, a fim de evitar que a busca desenfreada pela máxima efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados acabe por desprezar a própria Constituição, conferindo, paradoxalmente, direitos a determinados indivíduos que não estão sendo plenamente assegurados a outros. (ALVES, 2010, p. 142)

Compete ao administrador público decidir sobre a aplicação dos recursos arrecadados durante a sua gestão, analisando, de acordo com seu plano de governo, quais as prioridades do governo e as necessidades da população local.

Determinar que o ente público realize determinada obra ou serviço, sem atentar-se aos planos e metas estabelecidas pelo Poder Executivo, bem como a previsão orçamentária e a condição financeira, é hipótese clara de invasão de

competência, de forma que, por mais relevante que seja a questão suscitada, os motivos de conveniência e oportunidade são atos discricionários da Administração, constituindo intromissão indevida do Poder Judiciário no Executivo, contrariando o disposto na Constituição Federal.

Luís Roberto Barroso se posiciona:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não poder ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição (BARROSO, 2009, p. 12)

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de considerar essencial a observância ao princípio da tripartição dos poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário não pode interferir em decisão do administrador em respeito à discricionariedade, a oportunidade e a conveniência, devendo, portanto, ficar a cargo do Executivo optar quais os atos de administração devem ser realizados.

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - EXERCÍCIO PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES.

O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público.

O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº252.083. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 26 de março de 2001)

Desta forma, percebe-se que o princípio da tripartição dos poderes tem como finalidade primordial estabelecer os limites de interferência entre Poderes, evitando,

assim, que um poder se sobressaia sobre outro de maneira sobremodo elevada, evitando, assim, o arbítrio e o desrespeito aos direitos basilares do homem.

### **3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

A discricionariedade administrativa se caracteriza como uma parcela de liberdade, prevista em lei, concedida à Administração Pública, para realizar a melhor opção no caso concreto, observando os princípios da conveniência, da oportunidade, do interesse público e, ainda, ao limite estabelecido na lei.

Para melhor elucidação, cumpre trazer à baila as distinções estabelecidas pelo doutrinador Bandeira de Mello acerca do agir discricionário e do agir arbitrário:

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto. (MELLO, 2007, p. 420)

Discricionariedade, portanto, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

É a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2001, p.48)

Logo, discricionariedade administrativa é a margem de liberdade concedida por lei ao administrador público, a fim de que este possa avaliar e escolher, no plano concreto, quais as melhores soluções, em atendimento ao interesse público, respeitando os requisitos formais e substanciais para efetividade do direito fundamental.

A discricionariedade administrativa se sustenta pelo fato de que há questões que não são previstas em absoluto na legislação, sendo, portanto, necessário que tais situações sejam deixadas à cargo daquele que detenha nas mãos o Poder Executivo, que deverá analisar o caso sob a ótica do interesse público, objetivando o bem comum.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal instituiu o princípio da legalidade para conduzir os atos administrativos, ou seja, apenas o que está na lei é permitido.

Daí se justifica a importância da discricionariedade administrativa, porquanto trata-se de uma necessidade da administração pública, a fim de que possa adequar a realidade social as peculiaridades de cada situação jurídica, de forma a priorizar o interesse público.

Este entendimento é o esboçado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que a previsão inflexível da norma jurídica pode conduzir a resultados indesejáveis, tendo em vista que não haverá a análise do caso concreto.

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis. (MELLO, 2001, p. 811)

Partindo do pressuposto de que a discricionariedade administrativa possibilita ao administrador a escolha da melhor solução a ser adotada, e diante da autonomia político-administrativa que é conferida ao Poder Executivo pela Constituição Federal, há uma tendência no mundo jurídico de que, em regra, não compete ao Poder Judiciário exorbitar o exame da legalidade do ato administrativo.

Ao poder executivo apenas é permitido exercer o controle de legalidade dos atos da administração pública, ou seja, somente sua adequação à lei. Não sendo, portanto, admitido realizar controle jurisdicional no que tange ao mérito administrativo, porquanto trata-se de liberdade administrativa.

Análogo é o entendimento do autor José Cretella Junior:

Finalizando, deve-se acentuar que o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública incide, só e só, nos aspectos da ilegalidade e do abuso de PODER das autoridades, ficando fora, totalmente, daquele controle o terreno do mérito ato administrativo, imune à apreciação do Poder Judiciário, precisamente por tratar-se da discricionariedade administrativa, campo reservado à Administração, único Juiz da oportunidade e da conveniência das medidas a serem tomadas, mas interdito a qualquer ingerência de outros poderes. (CRETELLA JUNIOR, 2001, p. 248)

Conforme elucida a desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade:

O Poder Executivo deve atender não só ao critério da legalidade como também ao da conveniência e dentro deste último se encontram as prioridades da administração pública. Permitir que o Judiciário penetre no complexo âmbito das prioridades seria transferir-lhe o poder de governar. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0394.02.024085-6/001. Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade 18 de março de 2008)

É fato que deve haver um controle judicial sobre a discricionariedade administrativa. No entanto, tal controle deve ser realizado com base nos princípios administrativos, especialmente, eficiência, legalidade, moralidade e proporcionalidade, sem haver a ingerência de um poder sobre o outro, de forma a excluir a vontade do administrador público e avocar competência que não lhe fora atribuída pelo legislador constitucional ou infraconstitucional.

Deste modo, possibilitar que o Poder Judiciário analise a oportunidade e a conveniência do ato administrativo, é, por consequência, converter os agentes administrativos (membros do Poder Executivo) em simples autômato, cumpridores de ordens judiciais, retirando destes o direito/dever de escolher a melhor conduta a ser perseguida no caso concreto, em atendimento a oportunidade e conveniência do ato administrativo.

Alexandre de Moraes também destaca a impossibilidade do Poder Judiciário decidir sobre atos de natureza discricionária.

Importante destacar a atuação do Poder Judiciário em relação ao controle dos atos administrativos vinculados e discricionários. Em relação aos atos administrativos discricionários, em face de a lei determinar todos os seus elementos, o controle jurisdicional é pleno, pois inexistente vontade subjetiva da Administração em sua edição. Em relação, porém, aos atos administrativos discricionários, torna-se importante a definição dos contornos e amplitude do controle jurisdicional, uma vez que é a própria lei que, explícita ou implicitamente, concede maior liberdade à Administração, permitindo-lhe a escolha da conveniência e oportunidade para edição do ato. Assim, em regra, será defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade e moralidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente ao ordenamento jurídico. Essa solução tem como fundamento básico o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º), de maneira que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado. (MORAES, 2001, p. 809)

A administração pública goza da prerrogativa de discricionariedade, podendo, assim, optar, dentre as prioridades do ente federativo, com fulcro na conveniência,

oportunidade, e, principalmente, no interesse público, onde os recursos arrecadados devem ser aplicados, de modo a atender os anseios da população.

Logo, tem-se que o Poder Judiciário apenas poderá interferir em esfera de competência do Poder Executivo quando os administradores descumprirem encargos jurídicos-políticos, e tal descumprimento comprometer os direitos individuais e coletivos.

Isto porque, a ingerência do Poder Judiciário não pode extrapolar a legalidade, interferindo no mérito do ato administrativo ou formulando políticas públicas que caibam exclusivamente ao Poder Executivo, conforme preleciona Fernando Scaff:

O papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, não é o de transformar “discricionariedade legislativa” em “discricionariedade judicial”, mas o de dirimir conflitos nos termos da lei. Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade da perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário. (SCAFF, 2008, p. 157.)

Este, inclusive, é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa no julgado abaixo colacionado:

RECURSO ESPECIAL - ATO ADMINISTRATIVO - MÉRITO - A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES ENSEJA A CADA UM DECIDIR, NO ÂMBITO DO DISCRICIONÁRIO, A OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. O MÉRITO DO ATO É DEFINIDO, NO CASO DOS AUTOS, PELO EXECUTIVO. AO JUDICIÁRIO É VEDADO SUBSTITUIR O ADMINISTRADOR. O EXAME DA LEGALIDADE, ALÉM DO ASPECTO FORMAL, COMPREENDE TAMBÉM A ANÁLISE DOS FATOS LEVADOS EM CONTA PELO EXECUTIVO. INADEQUADO, PORÉM, SIMPLEMENTE, ALTERAR A OPÇÃO DAQUELE PODER. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 4526. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. 01 de outubro de 1990)

Depreende-se, portanto, que é inaceitável a ingerência do Poder Judiciário na administração pública, mormente porque os atos administrativos são decorrentes da discricionariedade que é facultado, ao chefe do Poder Executivo, não competindo ao Poder Judiciário avocar a função administrativa para ditar políticas de governo, principalmente porque poderá ocasionar prejuízos aos interesses diretos a população.

#### **4 DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO – RESERVA DO POSSÍVEL**

O orçamento da Administração Pública é composto pelas previsões de despesas e receitas que serão realizadas no ano subseqüente, devendo atender ao que disciplina a Lei 4.329/64, que estatui as normas gerais de Direito Financeiro para

elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes federativos, e aos artigos 165 e 169 da Constituição Federal, evidenciando, assim, a política econômica financeira de cada ente federado.

A desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade explicitou a função das leis do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e a lei anual de orçamento.

Em suma, as leis do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e a lei anual de orçamento são de iniciativa do Poder Executivo – podendo sofrer alterações pelo Legislativo. A lei do plano plurianual (PPA) definirá as metas programáticas que serão objetivadas durante o curso dos seus quatro anos de validade, enquanto o plano de diretrizes orçamentárias (LDO) definirá quais daquelas metas e programas integrarão a política econômica e financeira do exercício seguinte, o que se dará de forma mais pormenorizada com a edição de lei orçamentária anual (LOA). (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0394.02.024085-6/001. Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. 18 de março de 2008)

Infere-se, portanto, que o orçamento é o principal instrumento de realização de políticas públicas, tendo como finalidade permitir que o Estado obtenha recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, efetivando os objetivos fundamentais da Constituição Federal.

Segundo Raquel de Andrade Vieira Alves (2010, p.141) o orçamento é o “instrumento de administração pública, de forma a auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle.”.

Assim, compete ao chefe do Poder Executivo, analisando as urgências e necessidades locais e as questões administrativas relevantes, harmonizar as políticas públicas com a lei orçamentária, porquanto as verbas são finitas e precisam ser utilizadas para melhor atender ao interesse público.

Portanto, percebe-se que não é permitido ao Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, não podendo definir prioridades do orçamento público. Compete ao Poder Executivo, por iniciativa de lei, a elaboração do orçamento público e ao Poder Legislativo a votação das respectivas leis orçamentárias, sendo destes poderes a decisão acerca da destinação que darão aos recursos públicos, após juízo de conveniência e oportunidade que farão para eleger quais prioridade atenderão com as referidas verbas, levando em consideração que estas nem sempre são suficientes para atender a todas as necessidades dos administrados.

Ao condenar o Poder Executivo a obrigação de fornecer algum serviço, é necessário além de verificar se de fato há violação a núcleo essencial dos direitos

fundamentas, de forma a não garantir o mínimo existencial, se, realmente, o ente federado dispõe de recursos suficientes para comportar a demanda, que pode ser representado pelo princípio da reserva do possível.

Ademais, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, determinar o ente público a incluir no orçamento verba para ser destinada a determinada obra viola o princípio da tripartição dos poderes e as regras de caráter orçamentário e financeiro.

APELAÇÃO CÍVEL-AÇÃO CIVIL PÚBLICA-OBRIGAÇÃO DE FAZER-AÇÃO QUE TEM POR OBJETIVO COMPELIR O MUNICÍPIO A ADOÇÃO DE MEDIDAS VISANDO CRIAR E MANTER EM FUNCIONAMENTO PROGRAMA DE AUXÍLIO, ORIENTAÇÃO E TRATAMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES ALCOOLATRAS E TOXICÔMONOS-INCLUSÃO DE VERBAS NO ORÇAMENTO PARA IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO E SUA MANUTENÇÃO-IMPOSSIBILIDADE- APELO CONHECIDO E PROVIDO.

-Não é possível compelir o Município de Itabaiana a incluir no orçamento do próximo exercício financeiro verba suficiente para criar e manter em funcionamento programa de auxílio, orientação e tratamento de crianças e adolescentes alcoólatras e toxicômanos, ante a flagrante ofensa aos princípios da independência dos Poderes e as regras específicas de caráter orçamentário e financeiro para a atuação do ente público. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Cível nº 1200/2008. Relator: Osório de Araújo Ramos Filho. 17 de fevereiro de 2009)

No mesmo sentido, posiciona-se o Ministro Benedito Gonçalves no julgamento de Mandado de Segurança:

Com efeito, não obstante os direitos sociais visarem atenuar as desigualdades fáticas existentes na sociedade, garantindo o acesso igualitários à saúde, não se pode perder de vista que a implementação das políticas públicas que farão valer esses direitos impõe prestações materiais, tornando a eficácia plena dos direitos fundamentais sujeita às condições econômicas dos entes públicos e à prévia dotação orçamentária, sob pena de se inviabilizar a administração municipal. Esse paradoxo existente entre o que a doutrina denomina de "Reserva do Possível" (limitação material do Município) e do "Mínimo Existencial" (demandas sociais infundáveis) deve ser resolvido, segundo ainda o Ministro CELSO DE MELO, pela presença cumulativa de dois elementos: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e a existência de disponibilidade financeira do Poder Público para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.401.486. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 17 de outubro de 2013)

Para que se possa ter a plena implementação dos direitos sociais faz-se necessário dotações orçamentárias, ficando aqueles “na pendência da existência de

condições materiais – especialmente econômicas – que permitam sua atendibilidade.” (ALVES, 2010, p. 150)

O Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, também já se posicionou, na ADPF/DF nº 45, no sentido de que “há casos em que a prática de políticas públicas consideradas adequadas pelo administrador deverá ser respeitada, na medida em que não ofenda o núcleo do direito fundamental.”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 de maio de 2004)

Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. A Questão Da Legitimidade Constitucional Do Controle E Da Intervenção Do Poder Judiciário Em Tema De Implementação De Políticas Públicas Quando Configurada Hipótese De Abusividade Governamental. Dimensão Política Da Jurisdição Constitucional Atribuída Ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade Do Arbítrio Estatal À Efetivação Dos Direitos Sociais Economicos E Culturais. Caráter Relativo Da Liberdade De Conformação Do Legislador. Considerações Em Torno Da Cláusula Da “Reserva Do Possível” Necessidade De Preservação, Em Favor Dos Indivíduos, Da Integridade E Da Intangibilidade Do Núcleo Consubstanciador Do “Mínimo Existencial”. Viabilidade Instrumental Da Arguição De Descumprimento No Processo De Concretização Das Liberdades Positivas (Direitos Constitucionais De Segunda Geração) [...]

Não deixo de conferir, no entanto, assentada tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMESS/ CASS R. SUNSTEIN. The cost of rights, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosa) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais- além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. [...]

Em resumo: A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as

condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível” ao processo de concretização dos direitos de segunda geração- de implementação sempre onerosa- traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 de maio de 2004)

Portanto, nas decisões concedidas pelos magistrados, faz-se imprescindível uma postura racional, motivadas por razões jurídicas e não por mera comoção, tendo em vista que, caso não seja realizado a devida ponderação principiológica, o orçamento será comprometido e a verba que outrora seria destinada para toda coletividade, será comprometida em determinado caso concreto.

Posicionamento análogo é o de Raquel de Andrade Vieira Alves:

Muitas vezes aquela verba pública, sequestrada judicialmente já está comprometida pelo administrador, aquém cabe fazer a escolha do orçamento. Por conta de decisões judiciais que simplesmente ignoram a ideia do núcleo dos direitos fundamentais, a reserva do possível e a razoabilidade, esse montante acaba sendo desviado de sua finalidade inicial para beneficiar um único cidadão. (ALVES, 2010, p.164)

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe também tem apresentado posicionamento no sentido de que somente será aceitável a ingerência do Poder Judiciário na Administração Pública em casos excepcionais, não podendo, portanto, o Poder Judiciário substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA NA ORIGEM PARA DETERMINAR A PAVIMENTAÇÃO, CALÇAMENTO E FORNECIMENTO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO BAIRRO JARDIM UNIVERSITÁRIO LOCALIZADO NO MUNICÍPIO DE SÃO CRISTÓVÃO - INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM ATRIBUIÇÕES INERENTES AO PODER EXECUTIVO - IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DESTA CORTE – IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo no exercício do poder discricionário, ficando a cargo deste a análise acerca da conveniência e oportunidade da prática de atos de gestão, motivo pelo qual tal ingerência só deve ocorrer em casos excepcionais.

2. A inserção de pavimentação, calçamento e iluminação pública em determinado município é ato de gestão, com nítida natureza discricionária do administrador, de modo que o Poder Judiciário não pode interferir na aludida matéria. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Agravo de Instrumento nº 201400725318. Relatora: Maria Aparecida Santos Gama da Silva. 13 de janeiro de 2015)

Não restam dúvidas que a interferência do Poder Judiciário em área de atuação do Poder Executivo, desrespeita não apenas o princípio da legalidade financeira, da separação dos poderes e da isonomia, põe, também, em xeque a legitimidade democrática, porquanto o Poder Judiciário estará decidindo questões eminentemente políticas que deveriam ser decididas pelos representantes do povo, eleitos pelo voto popular.

## **5 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À JUDICIALIZAÇÃO**

Conforme já explanado, “*judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.”. (BARROSO,2009, p.03)

Quando da análise da interferência do Poder Judiciário em atos de competência do Executivo, os favoráveis à judicialização afirmam que, ante à falta de compromisso político e social dos titulares do Poder Executivo, fez-se necessário alterar o sistema de controle judicial dos atos administrativos, deixando de ser posterior e se tornando apriorístico, dada a premência dos sucessivos casos de afronta à ordem pública, bem como permitindo a revisão imediata dos atos que eram tidos como discricionários.

Desta forma, defendem que as reiteradas omissões executivas nas aplicações das políticas públicas, autorizam a imediata interferência do Poder Judiciário que, ante ao descaso, passam a ter o dever de atuar em áreas de competência do Executivo.

Nesse sentido, é o posicionamento do juiz Manoel Costa Neto:

[...] a sociedade busca no Judiciário a satisfação de direitos e a aplicação das políticas instituídas por leis que não são aplicadas, ou pela falta de recursos, ou até mesmo pela inércia do Administrador Público. Em decorrência desta realidade, a real função dos juízes acaba se alterando, ao passo que se tornam responsáveis pelas

políticas de outros poderes, passando a orientar suas atuações de forma a assegurar a integridade da Constituição e dos direitos, tanto individuais, como difusos dos cidadãos. Assim, para produzir a justiça esperada em uma situação específica, o juiz deve ter sensibilidade para julgar cada caso, encontrando a norma adequando-a aos princípios constitucionais.

Considerando o disposto no art. 5º XXXV “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”, percebe-se que o Judiciário tem competência legal para obrigar o Poder Executivo a implementar políticas públicas sempre que este for omissivo no campo dos chamados “direitos sociais”. Nesse sentido, a discricionariedade do Executivo, a quem cabe a responsabilidade de zelar pela saúde de todos não é absoluta, uma vez que o acesso aos direitos sociais não é decisão de conveniência ou oportunidade, mas sim determinação constitucional-legal, gerando o dever de agir por parte do Administrador Público.

O judiciário não só pode, como deve proferir decisões que, embora interfiram no mérito administrativo, tenham por fundamento obrigar o administrador a cumprir os Princípios da Administração Pública. (BRASIL. 1ª Vara Cível da Comarca de São Cristóvão. Ação nº 201483001316. Autor: Ministério Público do Estado de Sergipe. Réu: Município de São Cristóvão. São Cristóvão, 2014)

O Superior Tribunal de Justiça também tem posicionamento no sentido de que, quando o poder público deixa de implementar a política pública, não concretizando um direito constitucional, autoriza a intervenção do Poder Judiciário, que deve se movimentar na direção da efetivação do direito violado.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL. HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. Celso de Melo, v.g. – A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. – A intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJA 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidades das pessoas. (BRASIL.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial nº 639337.  
Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de agosto de 2011.)

Análogo é o entendimento de Estefânia Barboza e Katya Kozicki:

Ora, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados para a realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeito ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável em um Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 073)

Ingo Wolfgang Sarlet adverte que faz-se imprescindível garantir a execução dos direitos da dignidade da pessoa humana, devendo o Poder Judiciário interferir nas políticas públicas para garantir a efetivação.

Por outro lado, há como sustentar que, na base dos quatro direitos sociais expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade. Não devemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, inc. III, da CF) foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, caput, da CF). (SARLET, 2001, p. 288)

De fato, conforme delineado, o Poder Judiciário é o guardião da Constituição Federal e deve assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive em face dos outros poderes. (BARROSO, 2009). No entanto, em que pese a necessidade de se efetivar as políticas públicas, aquele deverá acatar as escolhas legítimas feitas pelo Poder Executivo, dentro da sua discricionariedade, sob pena de, sob o argumento de garantir os direitos constitucionais, violar a própria Constituição.

A judicialização possui as suas facetas positivas, isso porque, quando o Poder Judiciário compele o Executivo a realizar determinada prestação, garante a efetivação de um direito fundamental. Todavia, por outro lado, representa “uma crise na legitimidade democrática: cada vez mais demandas que antes poderiam se exaurir no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, legitimamente investidos para tal, acabam exaurindo-se no âmbito judiciário”. (ALVES, 2010, p. 148)

Ademais, as decisões do judiciário que condenam o ente federativo a obrigação de fazer “representam um risco ao próprio orçamento em si, posto que desorganizam a atividade administrativa, comprometendo os escassos recursos público com uma

série de medidas que muitas vezes não se enquadram nos limites da razoabilidade.”. (ALVES, 2010, p.149)

Para que a decisão judicial seja cumprida, faz-se necessário o realocação de recursos previstos na lei orçamentária, prejudicando as pessoas que se beneficiariam com os recursos e as políticas públicas.

Logo, em que pese os pontos positivos decorrentes da judicialização da administração pública, o fato é que a interferência do Poder Judiciário em ato de competência Executiva causa o engessamento da Administração Pública, tendo em vista que recai diretamente no orçamento público e, conseqüentemente, no plano de governo.

Permitir a interferência indiscriminada do Poder Judiciário, é corroborar com a crise de representatividade no Brasil e, principalmente, ser conivente com os impactos causados ao orçamento público que exige a realocação forçada de recursos e prejudica quem se beneficiaria originalmente dos recursos.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como pôde ser observado, o presente trabalho buscou fazer uma análise acerca da Judicialização da Administração Pública, sob o prisma dos princípios constitucionais, analisando as conseqüências deste fator para a gestão pública e, conseqüentemente, para a sociedade.

Consoante delineado, a Constituição Federal tutela o princípio da tripartição dos poderes, tendo estas atribuições específicas e definidas na lei, não sendo permitida a sobreposição ou hierarquização entre eles, porquanto são harmônicos e independentes entre si.

No entanto, o que se percebe atualmente é uma supremacia do Poder Judiciário que, sob o argumento de preservação dos direitos básicos do homem, vem interferindo em área de competência do Poder Executivo, ditando, assim, as políticas de governo, determinando a realização de obras públicas e prestação de serviço e controlando, ainda que indiretamente, a gestão do orçamento público.

A Administração Pública goza de discricionariedade, ainda que aliada ao princípio da legalidade, não cabendo ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, devendo apenas se limitar a legalidade do ato, sob pena de transferir-

lhe o poder de governar, transformando os agentes administrativos em simples cumpridores de ordens emanadas do Judiciário.

É fato que o Poder Judiciário tem competência, em casos excepcionais, para interferir na administração pública, principalmente quando não há observância ao mínimo existencial. Todavia, é preciso que haja um parâmetro e bom-senso do Poder Judiciário, de forma a ponderar quando deverá prevalecer o princípio da legalidade financeira e separação dos poderes ou o princípio da dignidade da pessoa humana.

Há de se reconhecer que, para que se tenha uma gestão pública eficiente, faz-se imprescindível a adequação dos recursos e verificação das utilidades mais urgentes a serem concretizadas de forma a atender os interesses público.

O Poder Judiciário precisa admitir suas próprias limitações na formatação de políticas públicas adequadas, tanto no sentido imediatista, ou seja, na análise de um caso contrato, como também sob o aspecto da macro justiça, percebendo o impacto das suas decisões no planejamento público.

Afinal, os recursos públicos são escassos e insuficientes à cobertura de todas as demandas públicas. Assim, realocar verba pública para atender a interesse individual, ainda que de fundamental importância, significa diminuir, na mesma proporção, o investimento em outras áreas de interesse público, gerando efeitos ainda mais danosos à população.

Outrossim, conforme fora demonstrado, os remanejamentos do orçamento sem observância dos comandos constitucionais, através de bloqueios de verbas públicas, interfere diretamente nas finanças públicas, aumentando, ainda mais, o caos administrativo e as dificuldades financeiras da administração.

Deste modo, em que pese o dever do Poder Judiciário em resguardar os direitos básicos do homem, é necessário uma postura mais contida e cautelosa, a fim de analisar se a matéria objeto da controvérsia está dentro do núcleo do direito fundamental.

Não cabe, portanto, ao Judiciário, ainda que com a suposta intenção de garantir os anseios constitucionais, se sobrepor às políticas públicas existentes ou reformulá-las, usurpando competência que não lhe foi atribuída, formulando decisões arbitrárias, imotivada de razões jurídicas e sem observar o orçamento público, prejudicando sobremaneira o interesse público.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. **Legalidade Financeira e Ativismo Judicial: Judicialização das Políticas Públicas**. Revista Seção Judiciário do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2010. Disponível em <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/75070/legalidade\\_financeira\\_ativismo\\_alves.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/75070/legalidade_financeira_ativismo_alves.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 25 de abril de 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas**. Revista Direito GV, São Paulo. Jan-Ju. 2012. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04\\_rev15\\_059-086\\_-\\_estefania\\_maria\\_de\\_queiroz\\_barboza\\_0.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf)>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 17 de março de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Jan-Fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 de março de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo no Recurso Especial nº 639337**. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/705/554>>. Acesso em: 06 de abril de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº252.083**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 26 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/70517317/djap-19-05-2014-pg-193>>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso 08 de junho de 2015.

BRASIL. **Lei n. 4329/64**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em: 08 de junho de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 4526**. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. 01 de outubro de 1990. Disponível em: <[http://www.brasilportugal.org.br/4encontro/arquivos%20PDF/11\\_45\\_werner\\_grau\\_netto\\_pineiro\\_netto\\_advogados.pdf](http://www.brasilportugal.org.br/4encontro/arquivos%20PDF/11_45_werner_grau_netto_pineiro_netto_advogados.pdf)>. Acesso em 18 de abril de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.401.486**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 17 de outubro de 2013. Disponível em

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/60663215/stj-22-10-2013-pg-936>>. Acesso em 18 de abril de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 de maio de 2004. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em 18 de abril de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 676**. Relator: Ministro Carlos Velloso. 29 de novembro de 1996. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743735/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-676-rj>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0297.10.000720-4/002**. Relator: Antônio Sérvulo. 12 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118274708/apela-o-c-vel-ac10297100007204002-mg/inteiro-teor-118274758>>. Acesso em 20 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0394.02.024085-6/001**. Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. 18 de março de 2008. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5957468/103940202408560011-mg-1039402024085-6-001-1/inteiro-teor-12092901>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. **Agravo de Instrumento nº 201400725318**. Relatora: Maria Aparecida Santos Gama da Silva. 13 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/160626078/andamento-do-processo-n-201400725318-do-dia-15-01-2015-do-djse>>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Cível nº 1200/2008**. Relator: Osório de Araújo Ramos Filho. 17 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5199004/apelacao-civel-ac-2008203210se/inteiro-teor-11619969>>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

BRASIL. 1ª Vara Cível da Comarca de São Cristóvão. **Ação nº 201483001316**. Autor: Ministério Público do Estado de Sergipe. Réu: Município de São Cristóvão. São Cristóvão. 19 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/pgrau/consultas/exibirIntegra.wsp?tmp.numProcesso=201483001316&tmp.dtMovimento=20141118&tmp.seqMovimento=1&tmp.codMovimento=371&tmp.tiposIntegra=2>>. Acesso em: 08 de maio de 2015.

CRETELLA, José Junior. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 62/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24 ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 55, de 20.09.2007. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14 ed.; São Paulo: Atlas, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

## **THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE LIGHT OF CONSTITUCIONAL PRINCIPLES**

### **ABSTRACT**

Recently, it has seen an active role of the judiciary in Brazilian institutional life. It means that the Judiciary has taken the decisions about the main political and administrative issues in Brazil, often exacerbating the limits of its competence. So, this article aims to expose the problematic of judicialization of public administration, debating about the limits, risks, possibilities and consequences in the control of public policies by the judiciary, everything from the analysis of the constitutional principles. So, this work demonstrates that it is forbidden to the courts to override the public policies adopted by the head of executive power, otherwise usurp jurisdiction that is not assigned and therefore offend the provisions of the Federal Constitution.

Keywords: Judicialization. Public Administration. Public Budget. Separation of Powers Administrative Discretionary.