
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E ATIVISMO JUDICIAL

ADMINISTRATIVE DISCRETION AND JUDICIAL ACTIVISM

Lucas Rafael da Silva Delvechio*

Viviana Samara Yoko Matsui**

RESUMO

O presente artigo objetiva, a partir do método analítico-descritivo, analisar as definições da discricionariedade administrativa e do ativismo judicial em um contexto nacional, descortinando o olhar para os impactos das decisões judiciais inovadoras na organização orçamentária da Administração Pública brasileira. Essas decisões podem desencadear um "efeito dominó", que compromete o desenvolvimento de entidades federativas específicas. A discricionariedade administrativa refere-se à margem de liberdade que a Administração Pública possui para tomar decisões, enquanto o ativismo judicial envolve a intervenção do Judiciário em questões administrativas, muitas vezes resultando em mudanças significativas na gestão pública. A problemática do trabalho é investigar como essas intervenções judiciais, embora frequentemente destinadas a corrigir injustiças ou lacunas legais, podem desestruturar o planejamento financeiro governamental, levando a consequências imprevistas que prejudicam a execução de políticas públicas e o desenvolvimento regional.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa; ativismo judicial; efeitos; planejamento; orçamento público.

ABSTRACT

This article aims, through the analytical-descriptive method, to analyze the definitions of administrative discretion and judicial activism in a national context, elucidating the impacts of innovative judicial decisions on the budgetary organization of the Brazilian Public Administration. These decisions can trigger a "domino effect" that compromises the development of specific federative entities. Administrative discretion refers to the scope of freedom that the Public Administration possesses in making decisions, while judicial activism involves the intervention of the Judiciary in administrative matters, often resulting in significant changes in public management. The core issue of this study is to investigate how these judicial interventions, although often intended to correct injustices or legal gaps, can disrupt governmental financial planning, leading to unforeseen consequences that hinder the implementation of public policies and regional development.

Keywords: administrative discretion; judicial activism; effects; planning; public budget.

* Advogado; Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Paraná/Brasil, vinculado ao Projeto de Pesquisa: Direito à Cidade e Justiça Ambiental no Contexto Metropolitano; Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Direito e Processo Tributário pela Escola Paulista de Direito. E-mail: ld_adv@outlook.com

** Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL); Bolsista Capes; Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: vivianamatsui@gmail.com



INTRODUÇÃO

Este artigo aborda a discricionariedade administrativa e o ativismo judicial no Brasil, analisando os efeitos das decisões inovadoras dos tribunais na organização orçamentária da Administração Pública. A discricionariedade administrativa refere-se à liberdade limitada pela legislação brasileira que os agentes públicos possuem para tomar decisões, permitindo que a administração pública adapte suas ações às particularidades de cada situação concreta. Esse exercício deve estar sempre em conformidade com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme o artigo 37 da Constituição brasileira.

O ativismo judicial é um fenômeno crescente no Brasil, referindo-se à atuação dos juízes e tribunais além da mera interpretação e aplicação das leis, abrangendo a criação de normas e a intervenção em políticas públicas. Esse ativismo pode ser visto como uma resposta às falhas e omissões dos poderes legislativo e executivo, buscando garantir direitos fundamentais e corrigir injustiças sociais. No entanto, também levanta questionamentos sobre a separação dos poderes e os limites da atuação do Judiciário.

A interseção entre discricionariedade administrativa e ativismo judicial gera tensão e debate, especialmente em relação à organização orçamentária. Decisões judiciais inovadoras, muitas vezes baseadas em interpretações expansivas dos direitos fundamentais, podem impor ao poder executivo a realização de despesas não previstas originalmente no orçamento. Isso ocorre em casos envolvendo direitos à saúde, educação e assistência social, onde o Judiciário determina a implementação de políticas públicas ou a ampliação de serviços sem a devida previsão orçamentária.

Essas intervenções judiciais têm efeitos significativos na organização orçamentária do Estado. Por um lado, podem promover a efetivação de direitos e a correção de desigualdades, contribuindo para a justiça social. Por outro, a imposição de despesas inesperadas pode comprometer o equilíbrio fiscal e a gestão eficiente dos recursos públicos. A necessidade de realocar verbas para atender às decisões judiciais pode levar ao corte de outras áreas essenciais, gerando um efeito cascata que impacta diversos setores da administração pública.

O objetivo deste artigo é examinar a relação entre discricionariedade administrativa e ativismo judicial, analisando casos emblemáticos e suas repercussões orçamentárias. A análise busca compreender como as decisões dos tribunais influenciam a formulação e



execução do orçamento público, além de discutir possíveis caminhos para conciliar a proteção dos direitos fundamentais com a responsabilidade fiscal. Assim, pretende-se contribuir para o debate sobre os limites e as possibilidades da atuação judicial no contexto da administração pública brasileira, propondo reflexões sobre o equilíbrio entre os poderes e a construção de um Estado mais justo e eficiente.

A democracia é constituída de votos, direitos e razões. Dentre esses elementos, o Poder Judiciário tem a competência de formar razões a partir do processo legislativo político que criou o direito. Isso significa que as decisões proferidas pelo Judiciário são dotadas de legitimação discursiva, baseadas na capacidade de justificar que aquela solução é a mais justa e adequada para o caso concreto, segundo a legislação vigente no país.

Numa época de ascensão do Poder Judiciário, onde as mais diversas demandas da vida social são levadas à sua apreciação, das mais importantes às mais banais, este passou a exercer papéis contramajoritários e, até mesmo, representativos, impondo sua vontade sobre os poderes Legislativo e Executivo, com a justificativa de estar atuando em nome do povo e por ele. Todavia, essa atuação incomum do Judiciário, conhecida como ativismo judicial, acaba por trazer prejuízos aos demais poderes do Estado, especialmente em relação a decisões impositivas ao Executivo.

Este estudo procura descrever os efeitos causados pelas decisões ativistas do Judiciário que interferem na atuação discricionária dos demais poderes, especialmente em relação à denegação de supostos direitos, segundo juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, utilizando fontes secundárias de pesquisa, como doutrinas e jurisprudências dos tribunais.

1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ADVENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Durante a idade média a ideia de um Estado Democrático de Direito tratava-se de um ideário muito distante que se conservava apenas nas escrituras dos antigos filósofos e na mente dos estudiosos.

Nesse período vigoravam as monarquias absolutas, nas quais todo o poder concentrava-se nas mãos dos soberanos, que detinha direito ilimitado para administrar, num



denominado Estado de Polícia, sob as premissas de *quo regi placuit lex est, le roi ne peut mal faire, the king can't do no wrong*.

Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”, define bem a monarquia absolutista, quando assevera que “o que quer que faça o rei ele jamais se expõe à vergonha, no êxito ou na desgraça. vencedor ou vencido, suas decisões são sempre decisões de um rei”.

Neste período, conforme Hely Lopes Meirelles (2016, p. 54) “dominava a vontade onipotente do Monarca, cristalizada na máxima romana ‘quod principi placuit legis habet vigorem’, e subsequentemente na expressão egocêntrica de Luís XIV: ‘L’État c’est moi’”.

O rei, representando o Estado, estava acima de qualquer legislação. Assim, não se podia falar em atribuição de responsabilidade ao Estado, pois ele não se submetia aos Tribunais.

O Direito Administrativo só passou a ser tratado como um ramo autônomo no fim do século XVIII e início do século XIX, logo após a Revolução Francesa (1789), na fase do Estado Moderno, juntamente com o Direito Constitucional, ocasião em que se desenrolou uma maior concepção de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade e da separação dos poderes.

A teoria da separação dos poderes, apesar de ter sido sistematizada por Charles-louis de Secondat, autor francês mais conhecido como Montesquieu em *L’Esprit des lois*, 1748, já era defendida por inúmeros outros autores, desde a antiguidade e durante a Idade Média, como Aristóteles em sua obra “A Política”.

Na reflexão política de Montesquieu (1996) a separação das funções do Estado em legislativas, executivas e judiciais, viabilizaria uma melhor persecução às liberdades individuais, tendo em vista que a concentração destes poderes nas mãos de um único indivíduo só poderia acarretar na satisfação de seus próprios interesses, em detrimento dos demais.

Com a tripartição dos poderes e independência dos órgãos sobreveio a necessidade de especialização de cada uma das áreas de atuação e, conseqüentemente, a separação entre os interesses da Administração Pública e os da política. Houve, assim, o advento do Direito Administrativo.

A partir de então, foram criados os tribunais administrativos em que se julgavam os Direitos advindos das relações estabelecidas entre a Administração e seus administrados, no



chamado Sistema do Contencioso Administrativo, anteriormente utilizado como última instância, na qual o rei absolutista tomava decisões em derradeira análise dos casos.

O sistema de controle jurisdicional da administração pública, conforme Meirelles (2016, p. 55), é compreendido como o regime pelo qual o Estado corrige os atos administrativos ilegais ou ilegítimos cometidos pelo Poder Público por meio de processos internos, objetivando, assim, assegurar a legalidade e a legitimidade das ações governamentais em todos os seus departamentos.

Segundo o autor, o sistema de controle dos atos administrativos se divide entre os sistema do contencioso administrativo, ou sistema francês, e o sistema de jurisdição única, ou sistema inglês, ou, ainda, sistema judiciário.

No primeiro sistema, em virtude da independência que detinham os tribunais administrativos, os atos praticados pela Administração estavam vedados ao conhecimento do Poder Judiciário, limitando-se à apreciação pela jurisdição especial exercida pelo contencioso administrativo.

O último, por sua vez, “é aquele em que todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário” (Meirelles, 2016, p. 59). Logo, somente o Judiciário poderá prolatar decisões irrecuráveis.

O Brasil, ante a influência de outros países americanos, sobretudo a Norte-Americana, acabou adotando o sistema judiciário, conforme estampado no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna de outubro de 1988. *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

Sendo assim, por mais que a Administração Pública tenha autonomia para processar e julgar seus litígios, suas decisões não fazem coisa julgada material, tão somente coisa julgada administrativa, cabendo ao Poder Judiciário exercer controle de legalidade sobre estas, como será melhor analisado a seguir.



1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Os princípios, conforme definição de Cretella Junior (1997) e Di Pietro (2017, p. 133), podem ser compreendidos como “as proposições básicas, fundamentais, típicas” capazes de condicionar e estruturar o ordenamento jurídico, tendo em vista que são compreendidos como “os alicerces da ciência”. Assim, podem ser definidos como as bases do ordenamento e das relações jurídicas existentes entre os indivíduos e o Estado.

Em relação à Administração Pública nacional, os princípios que a regem devem ser aplicados, basicamente, em toda a atuação administrativa, vez que conferem prerrogativas e limitações à atuação estatal, estes podem ser tanto expressos, como aqueles estampados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, ou implícitos no ordenamento jurídico pátrio.

Dentre os princípios expressos está o princípio da legalidade, este que não é exclusivo do Direito Administrativo, porém, tem seu sentido modificado quando se refere à atuação estatal. Este princípio representa um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que a partir dele todo o Poder Público está submetido à vontade da lei, a ela estando vinculado, devendo-lhe a mais absoluta obediência, ao revés do que ocorria no *d'État policier*, em que tudo e todos eram subordinados à vontade do rei.

Diferente do que se entende por princípio da legalidade no Direito comum, em que se possibilita fazer tudo quanto não esteja tipificado em lei como impróprio, no Direito Público, o administrador ou quem quer que esteja atuando em nome do Estado somente poderá atuar segundo as disposições estabelecidas na lei.

Entretanto, o Estado é limitado quanto à edição de suas leis, não conseguindo regular todos os cenários possíveis da atuação administrativa, até porque não há como se prever indistintamente todas as situações da relação jurídica da Administração Pública, até porque o Estado é regido por seres humanos, e, assim, como ele é atemporal, estando passível de mudanças e adaptações ao estado social. Se assim não fosse, não haveria sequer que se falar em Estado Democrático de Direito ou perseguição do bem-estar-social.

Dessa forma, ao administrador é conferida certa liberdade para realizar escolhas, partindo de critérios de conveniência e oportunidade para a Administração Pública, além do Interesse Público. Referida liberdade de escolha é conhecida por discricionariedade administrativa. Porém, mister salientar que, até mesmo a liberdade de escolha do agente



público está atrelada ao princípio da legalidade, uma vez que este só poderá escolher segundo critérios de conveniência e oportunidade, quando a lei assim definir.

O princípio da legalidade funciona, portanto, como um verdadeiro limitador da atuação estatal, pois todos os atos praticados no âmbito da Administração, até mesmo aqueles discricionários, estão vinculados à lei. Sendo assim, caso o administrador pratique um ato arbitrário, este se tornará evidente ante a sua ilegalidade.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 134):

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isso porque a lei, ao mesmo tempo que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

O mérito administrativo em nada se confunde com a arbitrariedade, tendo em vista que aquele encontra seu limite na legislação, enquanto o último é praticado de forma deliberada pelo agente público, fora dos limites impostos pela lei.

208

1.2 A DISCRICIONARIEDADE

Como já exposto, há situações em que a lei confere certa margem de escolha ao administrador, para que, diante da situação enfrentada, encontre a solução mais adequada. Essa margem de escolha, denominada discricionariedade administrativa, confere ao administrador, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, realizar escolhas nos limites da lei, em busca do interesse social.

Neste sentido, afirma Di Pietro (2016, p. 158) que a “às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis”.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, estabelece a discricionariedade administrativa como:

[...] 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



ao mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (Mello, 2015, p. 993).

A liberdade do administrador, conferida pela lei, tem seu conteúdo contextualizado, em relação à oportunidade e conveniência da escolha, por meio do mérito administrativo, que é o exercício, propriamente dito, da discricionariedade.

Os atos administrativos, segundo a doutrina da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, possuem cinco elementos: sujeito, finalidade, forma, motivo e objeto. Os três primeiros são vinculados, ou seja, não podem deixar de ser observados sob pena de nulidade do ato praticado, os dois últimos (motivo e objeto), por outro lado, formam o mérito administrativo. Isso porque, definem a vontade do administrador, num universo de múltiplas escolhas a que melhor atenda o interesse da coletividade.

Assim, teoricamente, somente poderia haver um controle de legalidade judicial sobre os elementos sujeito, finalidade e forma, pois são vinculados à lei, ao revés dos demais que expressam a vontade da própria Administração Pública.

Nas lições de Carvalho Filho, verifica-se que:

Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público. (Carvalho Filho, 2017, p.129).

Supor que o mérito administrativo possa sofrer controle judicial seria o mesmo que se esquecer da existência de toda e qualquer teoria acerca da separação dos poderes, tendo em vista que estaria colocando o Judiciário, em posição de superioridade em relação aos demais Poderes.

Ora, inadmissível referido pensamento, uma vez que o Poder Judiciário, composto por juízes togados, com suas decisões proferidas em palácios de mármore, não mantêm qualquer relação com a população, logo, não teriam competência para decidir o que é ou não de interesse público, diferente dos Poderes Executivo e Legislativo formados pelos legítimos representantes do povo.

Porém, como bem salientado por Bandeira de Mello (*op. cit*), a discricionariedade é a liberdade conferida pela própria lei ao administrador, devendo este decidir conforme critérios



de oportunidade e conveniência, observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que dentre as escolhas existentes, no caso concreto, aplique a que mais atenda ao interesse público.

A discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, ou seja, o administrador não pode, jamais, se esquivar da lei em suas decisões, se assim fosse, não se teria extinguido o absolutismo, onde a decisão do chefe do executivo não poderia ser contestada sob qualquer hipótese. Por isso mesmo que a discricionariedade é limitada.

2 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade administrativa encontra seu limite na lei. Entretanto, a lei não é a única via de legalidade que compõe o ordenamento jurídico de um país.

Acerca disto, Bandeira de Mello assim dispõe:

Não há como esquivar-se a este dilema: ou as palavras da lei significam sempre, em qualquer caso, realmente alguma coisa, ou nada valem, nada identificam – que seria o mesmo que inexisterem. Reduzindo tudo à sua expressão última: ou há lei, ou não há lei, pois negar consistência a suas expressões é contestar-lhe a existência.

Se há lei – e conclusão diversa seria absurda – é porque seus termos são inevitavelmente marcos significativos, exigentes ou autorizadores de uma conduta administrativa, cuja validade está, como é curial, inteiramente subordinada à adequação aos termos legais. Ergo, não há comportamento administrativo tolerável perante a ordem jurídica se lhe faltar afinamento com as imposições normativas, compreendidas sobretudo no espírito, no alcance finalístico que as anima. E, sobre isto, a última palavra só pode ser do Judiciário. (Bandeira de Mello, 2015, p. 1003).

210

Em outras palavras, a escolha conferida ao administrador, sobretudo, deve estar de acordo com o ordenamento vigente no país, ou seja, o ato administrativo deve respeito não apenas às leis, mas também aos princípios que compõem a ciência jurídica, como a razoabilidade e proporcionalidade, os quais determinam que o motivo comporte coerência com o objeto do feito.

E quem, por designação constitucional, deve exercer o controle de legalidade ou controle externo dos atos administrativo, inclusive quanto ao seu mérito, é o Poder Judiciário (Art. 5º, XXXV, CF/88). Trata-se do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, sobre o qual o E. Superior Tribunal de Justiça deixou assentando que:



[...] é defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado (ROMS nº 1288/91-SP, 4ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, publ. DJ 2.5.1994, p. 9964).

Este entendimento foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 73.940¹, ocasião em que apreciou pedido de expulsão de estrangeiro, estabelecendo que tal prática se trata de “ato meramente político, que se insere na livre conveniência da vontade do Presidente da República” sendo que “ao judiciário compete tão somente a apreciação formal e constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial”.

Observe que a adoção de um sistema de jurisdição não implica na vedação da Administração Pública resolver seus próprios litígios. Para tanto, esta conta com o princípio da autotutela, por meio do qual poderá revisar, anular e até mesmo convalidar seus próprios atos, independentemente de provocações.

As decisões administrativas não afastam a possibilidade de revisão da matéria pelo Poder Judiciário, a quem caberá, tão-somente, a apreciação da legalidade do ato administrativo, inclusive no que diz respeito ao mérito deste.

Porém, o Judiciário não pode avaliar aspectos de conveniência e oportunidade que justificam a prática administrativa, isto é, não pode este determinar se a escolha do administrador foi a mais acertada ou não. Isso porque, trata-se de uma avaliação política, e, se assim o fizesse, estaria violando o princípio da independência dos poderes.

Todas as vezes que o Poder Legislativo elabora uma lei ou o Executivo uma política pública, o Judiciário deverá ser diferente à iniciativa tomada, tendo em vista que se trata de decisão política, incumbida às instâncias que detêm papel majoritário e representativo.

A situação é esclarecida por Cretella Júnior, o qual compreende que:

¹ HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPEDIMENTO DE REINGRESSO. ARGUIÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Cabe ao Poder Judiciário apenas a análise da conformidade do ato de expulsão com a legislação em vigor, não podendo incorrer no exame da sua oportunidade e conveniência. 2. O procedimento para a expulsão do Paciente foi observado nos termos da legislação então vigente; Paciente qualificado como “nocivo”, “perigoso” e “indesejável”; vigente o decreto presidencial de expulsão do Paciente. 3. Não estando o Paciente amparado por qualquer das circunstâncias excludentes de expulsabilidade, previstas no art. 75 da Lei n. 6.815/80, e inexistindo a comprovação de ilegalidade no ato expulsório, não há cogitar de constrangimento legal. 4. Ordem denegada.



[...] o entendimento restrito, tradicional e peculiar ao ato administrativo, extremado-o de quaisquer resquícios da noção processual. *Stricto sensu*, visto envolver interesses e não direitos, fica o mérito fora do policiamento do Poder Judiciário, pois diz respeito a questões da competência exclusiva do Poder Executivo, resumidas no clássico binômio oportunidade-conveniência. Trata-se de matiz político do ato, fundamentado em juízos de valor emitidos antes da manifestação concreta da vontade da Administração, expressa pelo ato administrativo. Racionalmente considerado, nada mais é o mérito do que a exteriorização do que bem se poderia denominar de princípio da oportunidade, entendido este como "regra que obriga a agir sempre e necessariamente para a útil consecução de certos fins." (Cretella Júnior, 1965, p. 28-29).

O Judiciário, todavia, vem exercendo um papel que supera as limitações de apreciação do mérito administrativo num fenômeno designado pelas terminologias de "judicialização da política" ou "politização do direito" (Nalinni, 2008; Vianna et. al., 1999; Arantes, 1997). Por um lado, quer-se garantir a agenda dos direitos sociais difusos estabelecidos pela Constituição Brasileira de 1988, porém, de outro ponto, evidencia a decadência do sistema democrático representativo.

3 O CONTROLE JUDICIAL E A DECADÊNCIA DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

212

Na doutrina clássica de Montesquieu, a teoria que ressalta a separação dos poderes do Estado também traça contornos de controle entre as atividades exercidas por cada qual, a fim de evitar quaisquer abusos. *Checks and balances* ou "Freios e Contrapesos" é o sistema desenvolvido por Montesquieu para limitar a atuação dos Poderes do Estado.

A partir desse ponto de vista, o Poder Judiciário detém a função típica de garantir os direitos individuais, coletivos e sociais, bem como resolver litígios entre cidadãos, entidades e o próprio Estado. Quando o Judiciário se contrapõe a qualquer dos outros poderes, estará aplicando o sistema de freios, para evitar quaisquer arbitrariedades que possam advir da sua atuação.

Até meados do século XX o judiciário não estava preparado para julgar massivas controvérsias multifacetárias de uma sociedade que vinha se transformando, de modo disforme, em virtude das mudanças econômicas e sociais globalizadas, eis que o excesso de burocracia da justiça se contrapunha à aceleração da política social do Estado (Hess, 2011, p. 258).



Somente com o advento da Constituição de 1988 e a instituição do controle de constitucionalidade, que as políticas públicas passaram a ser alvo de controle judicial, cujas premissas e princípios estão estabelecidos na Carta Magna (art. 1º, *caput*; art. 3º, da Constituição Federal).

O fortalecimento e ampliação do papel do Judiciário evidenciaria certa retração do sistema representativo, pela visível incapacidade dos demais poderes representantes do povo cumprirem suas promessas de justiça e igualdade, inerentes do Estado Democrático de Direito. Assim, a dependência ao Poder Judiciário para garantir os ideais democráticos, só acabaria alongando a crise da própria democracia (Vieira, 2008, p. 443).

3.1 ATIVISMO JUDICIAL

Numa visão mais utópica, o direito e a política não se confundem. Isso porque, na política vigora a soberania popular, ou seja, o governo é definido pelas massas, tratando-se de uma democracia, por óbvio. O direito, por outro lado, é produto da razão pública.

Embora não haja qualquer relacionamento entre tais institutos, o direito tem sua criação atrelada à política, pois se trata de produto do processo legislativo e do processo constituinte. Logo, o direito surge da vontade das majorias e, portanto, é impossível dissociá-lo da política.

O direito se aparta da política apenas no momento de sua aplicação, quando adquire uma vigorosa pretensão de autonomia. Tal autonomia se dá por meio da independência dos poderes, na qual ao Judiciário é assegurado um conjunto de prerrogativas institucionais que lhe asseguram autonomia financeira e estrutural, exatamente para que não haja qualquer interferência política nas decisões judiciais. Contudo, como se verá, essa autonomia não é absoluta.

Muitas vezes os Poderes Legislativo e Executivo não são capazes de produzir consensos em relação a temas controvertidos da sociedade, por conta de incapacidade institucional ou por não possuírem interesse, em virtude de questões políticas. Assim, caberá ao judiciário decidi-los. Isso porque, o Judiciário deve decidir sobre a lide, mesmo quando os demais poderes não tenham atuado.

213



Por isso, diz-se que o Poder Judiciário possui dois papéis, o contramajoritário, pelo qual imporá sua vontade sobre determinada lei ou ato administrativo, em nome da democracia; outro representativo, pois suas decisões são em nome do povo e pelo povo.

Segundo Barroso (2012, p. 373):

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que lhe é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos, gera aquilo que em teoria constitucional foi denominada de dificuldade contramajoritária [...]. Ao lado dessas, há igualmente, críticas de cunho ideológico, que veem no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade.

Difere-se da Judicialização, por exemplo, que se trata de um fenômeno contemporâneo e se relaciona com o enorme número de demandas que têm sido levadas ao Judiciário, visando a solução de questões que, a princípio, deveriam ser resolvidas pelos demais Poderes. Possível citar, como exemplos claros deste fenômeno, a criminalização da homofobia e transfobia (ADO nº 26 e MI nº 4733/DF), legalização do aborto de feto anencefálico (ADPF nº 54/DF) e, também, a união homoafetiva (ADI nº 4277 e ADPF nº 132/RJ). Questões que, obviamente, deveriam ser tratadas pelo Legislativo, por meio de normas, mas por falta de capacidade ou interesse político, necessitaram da imposição pelo Judiciário, segundo interpretação constitucional analítica.

214

Para que fique mais clara a diferenciação aqui disposta, possível afirmar que na Judicialização os juízes atuam além das determinações estabelecidas na lei, mas o fazem conforme princípios e regras constitucionais. O ativismo judicial, por sua vez, trata-se de uma atuação expansiva do Poder Judiciário, onde não há observância de normas ou princípios, mas a sua própria criação.

Nesse aspecto, dispõe o artigo 140 do Código de Processo Civil vigente:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.
Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Essa atuação proativa se manifesta quando o Poder Judiciário passa a interferir em políticas públicas, determinando a realização obras de saneamento, fornecimento de



medicamentos e, ainda, quando dispõe sobre a adoção de medidas de proteção ambiental. Ou seja, quando o Judiciário diretamente interfere no mérito administrativo, passando a firmar decisões de natureza política e não legal.

3.2 ATIVISMO JUDICIAL E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Por óbvio que o ativismo judicial acaba por repercutir nas demais esferas do Poder, gerando, inclusive, prejuízos de ordem econômica, uma vez que as decisões dessa natureza geralmente são acompanhadas de multas por descumprimento com valores exorbitantes para a Administração Pública.

A atuação estatal está presente na vida dos indivíduos do nascimento até a sua morte. Logo, tal atuação depende de uma série de regras, para que os recursos públicos sejam devidamente direcionados às necessidades sociais. Para tanto, a Constituição Federal de outubro de 1988, determinou que a ação governamental deve obedecer a planejamentos que promovam o desenvolvimento econômico-social do país.

Acerca disto, Toledo Jr. e Rossi (2005, p. 42), questionam:

Não planejar, ou fazê-lo de qualquer forma, significa direcionar mal o dinheiro público, gastá-lo com baixo nível de eficiência. Afinal, quantos empréstimos onerosos precisam ser feitos por falta de planificação? Quantas obras foram iniciadas à custa da paralisação de outras? Quantas ações, realizadas emergencialmente, e a alto custo, poderiam ter sido antes previstas? Quantos servidores foram admitidos em setores que nada tinham a ver com as reais prioridades da Administração?

O planejamento público se materializa através dos seguintes instrumentos: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, com definição estabelecida a partir do artigo 165 da Constituição Cidadã, com regulamento previsto na Lei Complementar nº 101 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF).

A LRF dispõe que o Plano Plurianual - PPA é o instrumento de planejamento no qual o Governo se compromete, num período de 04 (quatro) anos, a implementar, de forma regionalizada, um plano de investimentos prioritários voltados ao crescimento e desenvolvimento do ente federado. A Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, por sua vez, é o elo entre o Plano Plurianual e a Lei Orçamentária, devendo nela constar quais prioridades e metas da programação plurianual, serão executados no orçamento. Por último, a LRF



estabelece que a Lei Orçamentária Anual - LOA estabelece os Orçamentos do ente, por intermédio dos quais são estimadas as receitas e fixadas as despesas do governo.

Nesse sentido, de se ressaltar o artigo 167, § 1º, da Constituição brasileira.

Art. 167. [...]

[...]

§ 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

O referido dispositivo constitucional estabelece que a inserção de qualquer investimento que ultrapasse o exercício financeiro sem prévia inclusão do Plano Plurianual será considerado Crime de Responsabilidade. Nesse sentido, a proposição de novas despesas fica sujeita à observância do disposto no artigo 17, §§ 1º e 2º, da referida Lei de Responsabilidade Fiscal.

Pelo que dispõe o § 1º, o ato que criar ou aumentar despesa de caráter continuado deverá ser instruído com estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que entrar em vigor e nos dois subsequentes e demonstrar a origem dos recursos para o seu custeio. O § 2º, por sua vez, determina que tal ato deverá ser acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

216

Sendo assim, as despesas por parte do Poder Público, sobretudo do Executivo, devem obedecer a uma série de regras estabelecidas nos instrumentos de planejamento, elaborados, sempre, com prévio estudo que revele as necessidades públicas para determinado exercício financeiro, inclusive com a realização de audiência pública, que leve em consideração as demandas daquele determinado ente.

Mister destacar que, ao falar-se em Poder Executivo neste trabalho, entenda-se como todos os órgãos e entidades que compõem a Administração Pública direta e indireta dos entes federados.

Deste modo, quando o Executivo, segundo critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, toma a decisão de, por exemplo, negar o fornecimento de determinado medicamento que não esteja previsto na lista do Sistema Único de Saúde – SUS, o faz nos



limites de seu planejamento público orçamentário, que não lhe permite realizar qualquer gasto, além daqueles previamente discriminados, sob pena de Crime de Responsabilidade.

Ao proferir uma decisão ativista, o Judiciário acaba por abalar toda a estrutura econômica da Administração Pública. Ora, para melhor elucidação do tema traga-se a problemática para o ente municipal, que, fora aqueles com maior número de habitantes, já não possui verba suficiente para o cumprimento das ações de governo estabelecidas em seu planejamento orçamentário, quiçá fornecer medicamentos de valores exorbitantes, que não estejam previstos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename, do SUS ou na Relação Municipal de Medicamentos – Remume, elaborado pelo próprio Município.

O presente estudo não atenta contra a aplicação dos direitos fundamentais expressos na Constituição brasileira, ao revés, quer-se demonstrar os efeitos causados pelo ativismo praticado pelo Poder Judiciário. Nesse passo, poderia surgir a questão: Então, aquele que depende de determinado medicamento, negado pelo Poder Público, morrerá por conta do que está estabelecido na norma do ente?

Para responder referida pergunta, necessário que se traga à baila o princípio da reserva do possível. Este princípio é utilizado pelo Estado para justificar a ausência de recursos, para fornecer determinado direito ou garantia fundamental. Ora, que o Estado é obrigado a observar e cumprir as garantias constitucionais não é novidade, tanto que, as despesas públicas são divididas em: (i) despesa corrente; e (ii) despesa de capital.

A primeira diz respeito àquelas situações em que não haverá acúmulo patrimonial do órgão público, como no caso de observância das garantias constitucionais, como o fornecimento de medicamentos, enquanto a última é destinada à todas aquelas despesas que contribuirão para a produção ou geração de novos bens ou serviços e integrarão o patrimônio público.

Dessa forma, o Estado não pode se negar a fornecer medicamentos, desde que estes estejam devidamente previstos em listas pertinentes. Entretanto, como dito alhures, o dinheiro público é previamente destinado a diversas áreas de aplicação. Assim, há situações em que não existe verba suficiente para o fornecimento de determinado medicamento, e, sendo realizada tal despesa a estrutura orçamentária do ente poderá ser comprometida.

É o que as decisões ativistas vêm causando às Administrações Públicas, em especial, as municipais, mais carentes de verbas públicas. A título de exemplo, cite-se algumas jurisprudências dos tribunais:



[...] Precedentes desta Corte, entre eles, *mutatis mutandis*, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 83/MG, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, Corte Especial, DJ de 06.12.2004: "1. Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte. 3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos." [...] 6. Recursos especiais desprovidos. (BRASIL, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp 684646/RS, Relator: Ministro Luiz Fux, 2005).

[...] A responsabilidade pelo fornecimento de remédios e tratamentos necessários ao cidadão, que decorre da garantia do direito fundamental à vida e à saúde, é constitucionalmente atribuída ao Estado, assim entendido a União, em solidariedade com os demais entes federativos (CF, arts. 6º, 196 e 198, § 1º). 2. Incensurável, assim, a decisão que determinou à União o imediato fornecimento de medicamento imprescindível ao tratamento de paciente portador de doença degenerativa conhecida como Doença de Favry, que alega não possuir recursos financeiros para custear o tratamento. 3. Agravo interno da União desprovido. (BRASIL, Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AG 0000678-98.2010.4.01.0000/DF, Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates).

218

Ressalte-se que, a atuação ativista do Judiciário não se limita à área da saúde pública, mas em todas as demais matérias que estejam, de alguma forma, previstas como garantia fundamental na Constituição brasileira.

Deve-se, portanto, trocar as lentes, passando a vislumbrar as situações aqui retratadas sob um panorama da Administração Pública. Os recursos do Poder Público são finitos e têm destinação prévia. Não é sempre que o ente contará com *superávit* orçamentário, por conta de eventuais recursos, cuja previsão de arrecadação não existia, sendo que a realidade é o completo inverso, os entes vêm fechando seus exercícios em *déficit*, devendo inserir os débitos remanescentes no planejamento do ano seguinte e assim sucessivamente.

Segundo dados da Agência Brasil, o exercício de 2018 foi fechado com um *déficit* primário de R\$ 120,3 bilhões, isso a nível federal, reduza-se estes dados a um ente municipal de pouco mais de 10 mil habitantes e se terá uma catástrofe.



Lembre-se aqui, que a Administração Pública é regida pelo princípio da Supremacia do Interesse Público, todos os atos administrativos, sejam eles discricionários ou não, devem observar a referida premissa, sob pena de serem considerados nulos. Assim, não se poderia deixar de atender aos interesses de toda a coletividade, para o atendimento de um único indivíduo.

Inclusive, eventuais ajustes realizados entre o agente público e a população, quando da realização de audiência pública na elaboração do planejamento orçamentário, poderão deixar de ser cumpridos, em razão do ativismo praticado pelo Judiciário, que causa um desequilíbrio no orçamento anual do ente federado.

CONCLUSÃO

Não se pode negar a necessidade do atendimento das garantias fundamentais estabelecidas na Constituição formadora do Estado brasileiro. Entretanto, deve-se levar em consideração que as decisões tomadas pelos agentes públicos, segundo critérios de conveniência e oportunidade, não dizem respeito a sua vontade exclusiva, mas são tomadas de acordo com a realidade da Administração Pública e, de acordo com o interesse da coletividade.

Assim como o Judiciário deve aplicar o direito, assim formado segundo decisões políticas formadas por representantes do povo, o Executivo deve promover as ações públicas necessárias ao atendimento da população, e, quando não o faz, na esmagadora maioria das vezes não se trata de mera omissão, mas porque a Administração não pode se curvar a necessidade de um em detrimento da maioria.

Desse modo, a recente ascensão do Poder Judiciário e sua constante atuação ativista não vêm garantindo a estabilidade institucional, na aplicação da norma jurídica de forma contramajoritária e representativa, mas prejudicando a organização e distribuição orçamentária dos órgãos públicos, sobretudo, os mais carentes, que não conseguem alcançar o desenvolvimento, por falta de recursos que, muitas vezes, são destinados ao custeio de condenações judiciais ativistas.



REFERÊNCIAS

ANGÉLICO, João. **Contabilidade Pública**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2002

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em:
http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicaodemocracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988.

BRASIL. **Lei Complementar Federal nº. 101 – LRF, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças pública voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Brasília – DF, 04 de maio de 2001.

CONTROLE SOCIAL – **Conselhos municipais e controle social**. Disponível em:
<http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlSocial/ConselhosMunicipaiseControleSocial.asp>. Acesso em: 26 ago. 2012.

CRETILLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 79, p. 23-37, jun. 1965. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26727/25595>. Acesso em: 22 nov. 2019.

220

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FILHO. José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO. Celso Antônio bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1996.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

VIANNA, Luís Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

TOLEDO JUNIOR, Flavio C. de; ROSSI, Sérgio Ciqueira – **Lei de Responsabilidade Fiscal: comentada artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: NDJ, 2005.

