

**ADMINISTRADOR PÚBLICO E O PODER JUDICIÁRIO: CONTROLE OU INGERÊNCIA? UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.**

*Érika Rubião Lucchesi<sup>34</sup>  
Kerton Nascimento e Costa<sup>35</sup>*

**RESUMO:** Na implementação de políticas públicas os administradores enfrentam a natural insatisfação da sociedade, reação previsível diante da possibilidade de escolha conferida pela lei ao administrador, que atuam sabedores da impossibilidade de agradar a todos os cidadãos. Logicamente, as críticas são previsíveis. A mencionada insatisfação fomenta, não raramente, o controle judicial, iniciado pelo exercício do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Controle que, em determinados casos, interfere diretamente no mérito dos atos administrativos, que outrora eram praticamente intocáveis, salvo os casos de ilegalidade e abuso de poder. Uma relativização da discricionariedade vem ocorrendo, e o Judiciário está entrando em uma seara que a rigor não lhe compete. A intervenção judicial tem nuances de judicialização de políticas públicas, e também demonstra uma clara falta de habilidade dos administradores na condução dessas políticas, em que a razoabilidade, que deveria ser um dos limitadores do exercício do Poder discricionário, parece relegada, e invocada em segundo plano.

**Palavras-chave:** políticas públicas. Discricionariedade. Intervenção Judicial.

**ABSTRACT:** The implementation of the public policy administration faces the natural dissatisfaction of the society, unpredictable reaction to the choice afforded by law to the administrator, acting cognizant of the impossibility of pleasing all citizens. Of course, criticism is predictable. Dissatisfaction foments are not infrequently judicial review initiated by the exercise of the fundamental right of access to the courts. Control that, in certain cases, directly affects the merits of administrative acts, which were once almost untouchable, except in cases of illegality and abuse of power. A relativization of

<sup>34</sup> Oficial Registradora (Cartorária) desde 2007, aprovada no 4º concurso no ano de 2007 e no 8º concurso no ano de 2013 de Provas e Títulos de Cartórios do Estado de São Paulo. Doutoranda pela UNESP/FRANCA - ingresso 2016, no Serviço Social, área de pesquisa: socioafetividade e multiparentalidade - efetividade. Mestrado em Direito pela UNAERP (2008). Área de concentração: Processo Civil Coletivo. Especialista em Direito Tributário pelo IBET, Ribeirão Preto/SP. Especialista pela ESPM, em Gestão Estratégicas de Serventias Extrajudiciais, São Paulo/SP (2012). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP (1999). Coordenadora do Curso de Pós Graduação no ATAME/CUIABÁ - Direito Registral e Cartórios. Professora nos cursos de pós-graduação da Estácio-Uniseb. Professora universitária nos Cursos de Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos - UNIFEB. Áreas de docência: processo civil, civil, empresarial e notarial. Ex-professora Substituta Processo Civil na UNESP de Franca durante dos anos de 2014 e 2015. Professora dos cursos de Pós Graduação Lato Sensu em processo civil e civil do ATAME Cuiabá, ATAME Brasília e da UNIFEB, atuando nas matérias de processo civil e notarial. Colunista do Projeto da ARPEN-SP - Voz da Cidadania.

<sup>35</sup> Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP – Bolsista CAPES. Professor universitário e Professor em cursos preparatórios para concursos públicos. Coautor de obras voltadas para a preparação para concursos públicos, atuando em parceria com a Editora Juspodivm.

discretion has occurred, and the judiciary is entering a harvest that rigor is not for all. Judicial intervention is ah public policy legalization nuances, and also demonstrates a clear lack of ability of managers in the conduct of these policies, the reasonableness, which should be one of the limiting of the Discretion exercise seems relegated, and invoked second plan.

**Keywords:** public policy. Discretion . Judicial intervention.

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente nos deparamos com conflitos entre as escolhas praticadas pelos Administradores Públicos e as decisões proferidas pelo Judiciário que interferem no mérito dos atos administrativos, outrora intocáveis, salvo os casos de ilegalidade e abuso de poder.

Em uma sociedade mais consciente de seus direitos, as consequências de más administrações ganha imensa publicidade e causa indubitável repulsa no seio social.

Decisões que não primam pelo respeito aos princípios basilares da administração pública, expressos no art. 37 da Constituição Federal, em especial a impessoalidade e a moralidade, além do flagrante desrespeito aos princípios que encontram-se implícitos no Ordenamento jurídico, a saber a Supremacia do Interesse Público sobre o privado e a indisponibilidade do Interesse Público pela Administração, agridem de forma aguda os cidadãos.

Em uma realidade em que atos como a prática da publicidade pessoal e as fiscalizações precárias são comuns, é natural a ocorrência da decepção social, fomentando o questionamento sobre a discricionariedade do administrador público, atributo inerente à sua função típica, ou seja, administrar os escassos e finitos recursos públicos.

Insta salientar que não há ato administrativo inteiramente discricionário, pois este poder encontra limites, cabendo a escolha apenas quando a lei permite. Em suma, dentro da margem fornecida pelo instrumento legislativo, o administrador tem a prerrogativa de escolher entre uma ou mais opções.

No tocante às políticas públicas, essas escolhas ganham contornos ainda mais trágicos, pois o alcance dessas políticas deve ser amplo, visando à coletividade, ou,

no mínimo, um determinado grupo social. Exposta a amplitude, clareado fica o entendimento de que uma má formulação na política pública atingirá um número considerável de administrados.

Quando há discordância com a decisão tomada pelo administrador, um dos caminhos é a busca pela tutela jurisdicional, prestada pelo Poder Judiciário, que é o órgão responsável por atuar diante de conflitos e pretensões resistidas. Em decorrência da crescente demanda em dizer de quem é o direito, o Judiciário tem sido inserido em questões que *a priori* não seriam de sua alçada.

É irrefutável o entendimento de que nos casos em que o Administrador Público age à margem da lei, seus atos devem sofrer o controle por parte do Judiciário.

Entretanto, esse controle não tem sido exclusivo dos casos de atos administrativos eivados de vícios de legalidade ou abuso e desvio de poder.

Mas em que difere a decisão do Administrador Público (função típica deste) da escolha do Magistrado? A decisão proferida por um magistrado, que contraria a decisão tomada pelo administrador público, é a melhor para o interesse público? Em que grau a moralidade é levada em conta nas decisões proferidas pelo Judiciário? Pode o Poder Judiciário estar sendo manipulado para instalar e manter um governo que não possui o batismo da vontade popular? Já sofremos as consequências de uma hegemonia do Judiciário?

Estes questionamentos nos levam a aprofundar no campo da pesquisa, buscando respostas que possam lançar um pouco de luz sobre essa controvertida situação, deduzindo, por meio de pesquisas bibliográficas e na jurisprudência praticada pelos tribunais, os limites de atuação de cada órgão que compõe o Poder Estatal, além dos benefícios e malefícios dessa intervenção do Judiciário na esfera de atuação do Executivo.

Não integra o presente trabalho qualquer crítica ao importante papel desempenhado pelo Judiciário, mas almejamos mostrar até que ponto as decisões judiciais que interferem no mérito dos atos administrativos podem ser parte de um perigoso jogo de interesses, mantendo o poder nas mãos de poucos, que usam o sistema judicial do país com perícia e sem escrúpulos.

## 2 O ADMINISTRADOR PÚBLICO ENTRE A DISCRICIONARIEDADE E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

O termo discricionariedade tem sido debatido exaustivamente no âmbito jurídico. Tal debate tem raízes profundas, ligadas às consequências de más administrações e escolhas carregadas de cunho político, além de sistemático desrespeito ao princípio da impessoalidade.

Não há dúvidas de que a sociedade desaprova atos de administradores que ignoram o interesse público, privilegiando interesses privados.

O princípio da impessoalidade nas administrações públicas tem sido vilipendiado. Exemplos de administradores que decidem levando em conta interesses particulares são comuns, e constantemente anunciados na mídia. A sensação de impotência que aflige a sociedade remete à práticas cada vez mais egoístas, distanciando a administração pública do ideal de servir à coletividade.

A terminologia “Administrador Público” está umbilicalmente ligada ao termo “Políticas Públicas”, e a complexidade das políticas públicas é mencionada no texto de João Pedro Schimidt:

[...] a crescente escala da intervenção do Estado e a complexidade dos governos nos dias atuais colocam problemas mais complexos aos responsáveis pelas decisões, seja no setor público, seja na sociedade civil e na iniciativa privada. Amplos segmentos na sociedade percebem que os assuntos públicos não são simples, que as soluções para as graves dificuldades são multifacetadas e que se resolvem apenas pela boa vontade dos governantes ou através de fórmulas simplistas baseadas em alguma solução rápida.<sup>36</sup>

Como dito no texto, e que reflete a complexa realidade que gravita em torno da elaboração e da implementação das políticas públicas no Brasil, o assunto está longe de ser simples.

Ocorre que diante da complexidade, aliada ao desrespeito aos princípios que norteiam a administração pública, e que estão expressos no art. 37 da Constituição Federal, a chance de escolhas desagradáveis e de decisões trágicas aumenta exponencialmente.

---

<sup>36</sup> SCHIMIDT, João Pedro. PARA ENTENDER AS POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS CONCEITUAIS E METODOLÓGICOS in **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Organizadores Jorge Renato dos REIS e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul:Edunisc, 2008, p. 2307.

Diante do exposto, se faz mister esclarecer acerca da discricionariedade e seus limites, assim como as possibilidade de controle judicial dos atos administrativos.

## 2.1 Discricionariedade

No exercício da Administração Pública o administrador possui um grau de liberdade para atuar, liberdade essa que está amparada por lei. Atendendo aos critérios de oportunidade e conveniência, o administrador pode e deve optar, desde que a lei permita, entre uma medida ou outra.

Em determinadas situações, em face da vinculação do ato administrativo, ou seja, com a discriminação objetiva da atuação do administrador, não resta para este a possibilidade do exercício da discricionariedade.

Celso Antonio bandeira de Mello esclarece a situação:

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes laços, diz se que há vinculação, e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.<sup>37</sup>

Tomemos como exemplo os requisitos para a habilitação do casamento. Existe um rol de exigências que os nubentes devem cumprir para a realização do matrimônio. Tal ato é vinculado, pois não deixa ao Oficial de Registro Civil nenhuma margem para alterar as exigências legais. Caso cumpridas todas as exigências previstas em lei, e ainda assim o Oficial se nega a dar andamento no processo de habilitação, nasce a ilegitimidade do ato praticado pelo agente público.

Essa margem de liberdade do administrador para optar entre uma ou outra ação é o que a doutrina denomina de mérito do ato administrativo, pois este deve fazer uma opção segundo os critérios de conveniência e oportunidade.

Então, diante da falta de objetividade da lei que propositalmente permite uma escolha, o administrador toma a sua decisão. Este mérito, ou margem para uma escolha, em regra não deveria ser alvo do controle judicial.

---

<sup>37</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. ver.atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 632.

Vamos supor que um Prefeito de um município X tenha uma verba para a construção de uma área destinada a prática de atividades físicas. Ele pode escolher entre fazer uma praça com equipamentos que permitam a prática de atividades físicas ao ar livre ou pode construir um half-pipe<sup>38</sup> para os que praticam o skatismo.

Em um primeiro momento pode parecer que a construção da praça atenderia a um maior número de pessoas, e portanto, seria mais conveniente. Agora imaginem hipoteticamente que aquele município possua uma equipe de primeira linha na prática do skatismo, e que a construção do half-pipe proporcionaria um ganho para a cidade, que poderia, inclusive, sediar jogos com abrangência nacional.

Convém construir a praça, mais abrangente, porém, seria oportuno ter o dito campeonato nacional em sua cidade. Qual seria a melhor opção?

Seja qual for a escolha do Administrador, certamente haveria insatisfações.

Imaginemos então que o dispositivo legal que versa sobre as verbas destinadas à construção de áreas para a prática de esportes permita que o chefe do executivo tome essa decisão<sup>39</sup>. Alguma das opções elencadas no texto seria imoral ou ilegal? Certamente não.

Por óbvio que a discricionariedade não deve prevalecer sobre o interesse público, e tal princípio está umbilicalmente ligado ao da razoabilidade, já que o administrador deve atuar sintonizado com o que se pode nomear de um senso equilibrado.

Outro princípio que está ligado ao da discricionariedade é o da moralidade. A moral, que é definida como o que a sociedade entende como atitudes corretas, pautadas por valores há muito incrustados nos cidadãos, seguindo padrões de comportamento entendidos como aceitáveis e não repulsivos, deve nortear os atos dos administradores, assim como a relação entre os membros da sociedade.

Atos imorais não se confundem com atos ilegais, porém, o administrador imoral terá grandes chances de gravitar no campo da ilegalidade, provocando o controle judicial dos atos administrativos, inclusive o mérito destes.

---

<sup>38</sup> Pista com curvas (transições), com 3,40 m ou mais de altura, três metros de raio e quarenta centímetros de verticalização, geralmente possuem extensões. A pista, que apresenta a forma de U, é chamada de half-pipe e pode ser feita de madeira ou concreto. Disponível em: <<http://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20120925182121AAreFwI>> Acesso em 10 fev 2015.

<sup>39</sup> Aqui seria um bom exemplo da possibilidade de aplicação de um orçamento participativo. A prática da democracia participativa, em detrimento à representativa, é uma meta que a sociedade deve perseguir.

A obra de Habermas descreve o que seria uma aceitação às normas impostas ao cidadãos. A legitimidade de tais normas estaria sujeita a aceitação da maioria pra que obtivessem a validade necessária<sup>40</sup>.

Obviamente que ideia do autor parece estar em um campo subjetivo demais para ser aplicada, contudo, uma norma imposta que desagrade grande parte da sociedade, tende a nascer morta, não produzindo seus efeitos, podendo, inclusive, gerar a desobediência civil<sup>41</sup>.

Os atributos do ato administrativo merecem destaque neste texto. Por meio do estudo na doutrina, evidenciamos que os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade, coercibilidade e executoriedade.

Diante dessas qualidades especiais inerentes aos atos administrativos, evidencia-se uma vantagem do Estado em relação aos administrados e que estes, esgotadas as vias administrativas, necessitam buscar o Poder Judiciário para resolver suas insatisfações relacionadas aos atos praticados pela Administração Pública.

Administração Pública é norteada por um rol de princípios da mais alta relevância, previstos no art. 37 da Constituição Federal:

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

Como visto, a Carta Magna exalta e tutela os parâmetros de uma administração que prima pela legalidade, pela moralidade nos atos administrativos e na condução das políticas públicas, por atitudes impessoais, com primazia pelo interesse público sobre o privado, pela transparência de seus atos, por meio da publicidade, além de elencar a eficiência como um dos objetivos na condução da *res publica*, almejando melhores serviços a serem disponibilizados aos cidadãos.

Outro importante atributo dos atos praticados pela Administração é a da presunção de legitimidade, definida como *iuris tantum*, possibilitando que o administrado demonstre seu inconformismo, recaindo sobre este o ônus probatório em seu recurso.

<sup>40</sup> HABERMAS, Jurguem. **Direito e Democracia. Entre a facticidade e validade**. Vol I, 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>41</sup> Ideia defendida por Maria Garcia, que se resume em uma rebeldia organizada a uma determinada lei ou ato normativo. GARCIA, Maria. **Desobediência Civil**. 2 ed. São Paulo:RT, 2004. Cap. VI.

Maria Sylvia Zanella di Pietro diz que:

[...] a presunção de legitimidade diz respeito à conformidade com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração.<sup>42</sup>

A menção da presunção de legitimidade dos atos administrativos é de suma importância no presente trabalho, já que a contestação à legitimidade dos administradores para a prática de determinados atos é uma das causas que levam os administrados a buscar no Judiciário a resolução nas demandas contra a Administração Pública.

Após uma breve exposição sobre a discricionariedade, assim como o seu exercício, passaremos a tratar das possibilidades do controle judicial das políticas públicas, que podem ocasionar interferência nas decisões dos administradores públicos.

### 3 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Nem sempre é possível que o Judiciário interfira na seara da Administração Pública. Em regra, a intervenção deveria ocorrer em casos de ilegalidade e de abuso de poder na prática de atos administrativos.

Hoje não é possível conceber que o mérito dos atos administrativos permaneça fora do alcance do controle judicial, mesmo que isso soe como ingerência.

O atual arcabouço jurídico, permeado por direitos humanos fundamentais, aliado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do art. 5º da CF, dá supedâneo ao ingresso do Poder Judiciário em questões que, pelo menos em uma análise superficial, não deveriam ser objeto de sua atuação.

O entendimento majoritário é o de que a discricionariedade, inerente aos administradores, não deve ser alvo de controle judicial, salvo se manchadas de ilegalidade e abuso de poder, incluindo as demais modalidades, como o desvio de poder.

Entretanto, como mencionado anteriormente, o direito humano de acesso à justiça tem tomado corpo, e cada vez mais o Judiciário é instigado a dar respostas a

---

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 199 e 200.



questões que são submetidas à sua apreciação, muitas delas com competência originária do Executivo, que possui a legitimidade atribuída pela vontade popular.

Vontade popular que possui duas facetas. Uma delas é claramente delineada pelos pedidos submetidos à análise do Judiciário. O cidadão, no exercício do direito de ação, demonstra seu inconformismo com determinadas decisões proferidas pelo Executivo. Obviamente que o órgão responsável por dirimir os conflitos gerados pelas mencionadas insatisfações é o Poder Judiciário, porém, em assuntos relacionados a materialização de direitos sociais, por exemplo, dependem de políticas públicas, cuja competência pertence ao Executivo, inclusive com margem de escolha entre uma opção e outra, com critérios de análise orçamentária, além de outros.

Nestes casos, a prática de uma jurisprudência defensiva não seria considerada uma omissão. O fato do Judiciário dar uma resposta de que determinados casos estariam fora de sua competência não pode ser entendido como uma ausência de prestação da tutela jurisdicional.

Apesar da atuação do Judiciário ser iniciada pelo exercício do direito de ação, e em regra, gerando efeitos apenas entre as partes litigantes, há o risco da eventual consolidação de precedentes a serem adotados nas futuras decisões judiciais, podendo influenciar no mérito dos atos administrativos emanados pelo Executivo, atendendo aos interesses de um pequeno grupo.

Analisando sob o enfoque anteriormente mencionado, a independência e harmonia que devem existir entre os órgãos que compõe o poder estatal estariam sendo violadas, pois a possibilidade de escolha atribuída ao Administrador Público estaria sendo desrespeitada, sendo substituída a escolha do Executivo por uma decisão do Judiciário.

Por outro lado, face aos abusos praticados pelos Administradores Públicos, o Judiciário não pode se calar se for provocado. Um importante equilíbrio deve existir nessa tensa relação, e nem sempre esse equilíbrio é fácil de ser encontrado.

#### **4 DECISÕES JUDICIAIS QUE INTERFERIRAM NA DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR.**

Não é tarefa difícil encontrar decisões judiciais consideradas por parte dos juristas como invasivas ou desrespeitosas ao princípio da separação do poderes.

Sobre a questão do desrespeito à separação dos poderes, Luis Roberto Barroso comenta:

Cabe aos três poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deve ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado suas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos.<sup>43</sup>

Cabe um comentário oportuno sobre a temática dos efeitos sistêmicos, ou seja, a consequências dessas intervenções que não levam em conta os princípios da oportunidade e da conveniência.

O judiciário ao decidir sobre determinada questão, não levando em conta critérios como orçamento público ou a discricionariedade atribuída pela lei, atua em um considerável risco, cujos efeitos nem sempre são percebidos de imediato.

Então, tomando decisões sem o devido cuidado com suas consequências, principalmente orçamentárias, o resultado favorável ao requerente pode significar a impossibilidade de implementação de novas políticas públicas, devido a futura falta de recursos, que são escassos, e devem ser administrados com parcimônia.

Sobre a escassez dos recursos públicos, Gustavo Amaral faz importante comentário sobre o risco de decisões que visam apenas satisfazer a pretensão contida em um caso concreto, sem levar em conta os riscos para a coletividade:

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, os orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o estado tem recursos “*nem sempre bem empregados*”.<sup>44</sup>

Fica evidente que urge uma nova visão de encarar os imbróglios que gravitam em torno de políticas públicas.

Na esteira do comentário externado pelo Ministro do Supremo Federal, não parece coerente, por exemplo, interferir em situações que envolvem uma gama de

<sup>43</sup> BARROSO, Luis Roberto et. al. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil Contemporâneo. Salvador : JusPODIVM, 2011. p.236.

<sup>44</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 80-81.

requisitos apenas invocando o abstrato direito à saúde, contido no art. 196 da CF. A imposição de uma obrigação a um município de pequeno porte pode inviabilizar a prestação de serviços de saúde à coletividade, face ao comprometimento do orçamento, que será realocado para atender à pretensão exposta em um caso concreto submetido a análise do Judiciário.

Tomemos alguns exemplos de julgados em que as decisões podem ser encaradas como invasivas, sob o ponto de vista orçamentário e em um possível desrespeito à conveniência e oportunidade na opção do Administrador.

Utilizaremos para tal um julgado na área da saúde, especificamente o fornecimento de medicamentos.

Nem todos os medicamentos ou atendimentos são de responsabilidade dos municípios. Uma divisão se faz necessária, a fim de obter um melhor atendimento e não sobrecarregar o orçamento das Administrações Municipais.

Embora a União seja a grande responsável pela promoção da saúde pública, responsabilidade que supera em muito a dos municípios, há divergências sobre esse entendimento no âmbito do Poder Judiciário.

Vejamos o exemplo dos medicamentos estratégicos, que segundo definição obtida no Portal da Saúde são

[...] medicamentos utilizados para o tratamento de um grupo de agravos específicos, agudos ou crônicos, contemplados em programas do ministério com protocolos e normas estabelecidas. Por exemplo: Aids, tuberculose e hanseníase. Esses medicamentos são repassados pelo ministério aos Estados ou Municípios, de acordo com previsão de consumo. **A distribuição** é de responsabilidade dos estados e municípios.<sup>45</sup> (grifo nosso).

Além disso, o Ministério da Saúde “considera como estratégico todos os medicamentos utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico e que tenham impacto socioeconômico”.<sup>46</sup>

Curiosamente, uma das maiores despesas do município de Ribeirão Preto/SP, gerada por meio das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, são relativas ao fornecimento de insulinas análogas, que visam o tratamento da diabetes que, por sinal, é abrangido pelo rol de medicamentos considerados estratégicos.

<sup>45</sup> Portal da Saúde: Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id\\_area=1347](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1347)>. Acesso em: 04 nov. 2015.

<sup>46</sup> Portal da Saúde: Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar\\_texto.cfm?idtxt=29009](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=29009)>. Acesso em: 04 nov. 2015.

Independente da responsabilidade originária do Ministério da Saúde, cabendo à municipalidade apenas a distribuição, não foi o entendimento do Judiciário na seguinte apelação:

Apelação Cível nº 9001042-82.2011.8.26.0506

Apelantes : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelada : MINISTÉRIO PÚBLICO

Comarca : RIBEIRÃO PRETO

Juiz de 1º Grau: Dr. JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ

Ação Civil Pública Fornecimento de agulhas para canetas de aplicação de análogos insulina Portador de diabetes mellitus Preliminar. **Presente a necessidade de se proteger o bem maior, que é a vida**, correta a decisão de mandar fornecer os instrumentos. Preliminar rejeitada. Recurso não provido.<sup>47</sup>

Não se discute a hipossuficiência do paciente e nem a proteção ao bem maior, que é a vida, mas sim a não observância da competência de fornecer o insumo solicitado, ou seja, originariamente da União.

Outro ponto que chama a atenção é o argumento do relator, como pode ser visto a seguir:

O bem maior a ser preservado, no caso dos autos, é a vida. **E contra este não há interpretação legal, orçamento, competência administrativa ou reclamo que possa ser interposto.** Nenhuma vida humana vale menos do que um orçamento, público ou privado, e, sendo dever do Poder Público garantir a vida do cidadão, **tem ele o dever de fornecê-lo integralmente a quem necessitar.**<sup>48</sup>

Posicionamento que gera polêmica e insegurança. Vejamos a sequência do acórdão:

Por fim, **de infringência ao princípio da tripartição e independência de poderes não se pode falar, na medida em que fazer cumprir a lei é atribuição exclusiva do Poder Judiciário.**<sup>49</sup>(grifo nosso)

Analisemos outro acórdão que ilustrará o cerne da questão, ou seja, a não observância da competência no fornecimento do referido medicamento:

<sup>47</sup>TJSP Apelação n. 9001042-82.2011.8.26.0506. 2º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, SP, 25 de Setembro de 2012. p.4. (grifo nosso). Acesso em: 04 nov. 2015

<sup>48</sup> TJSP Apelação n. 9001042-82.2011.8.26.0506. 2º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, SP, 25 de Setembro de 2012. p.4. (grifo nosso). Acesso em: 04 Fev. 2016

<sup>49</sup> TJSP Apelação n. 9001042-82.2011.8.26.0506. 2º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, SP, 25 de Setembro de 2012. p.4. (grifo nosso). Acesso em: 04 Fev. 2016

**APEL. Nº : 0197124-45.2010.8.26.0000**

**COMARCA : Ribeirão Preto**

**APTE. (S) : Fazenda do Estado de São Paulo e Outra**

**APDO. (S) : Roberto Carlos Magrini (AJ) e Outras**

Apelação Ação de Obrigação de Fazer – Fornecimento das insulinas Detemir (Levemir) e Aspart (Novorapid) Procedência da ação Inconformismo. Princípios constitucionais que garantem o direito de recebimento de medicamentos gratuitamente. Direito à saúde Artigo 196 da Constituição Federal Norma constitucional diretamente aplicável. Obrigação dos entes públicos nos casos em que a parte vencedora utiliza-se de Defensor Público para o patrocínio da demanda, é impossível a aplicação da condenação em honorários, uma vez que a Defensoria Pública é órgão estatal Manutenção da sentença - Recursos desprovidos de ambas as partes.<sup>50</sup>

Na defesa da municipalidade foi utilizado o seguinte argumento:

O inconformismo da Municipalidade de Ribeirão Preto é no sentido de que **deveria ser excluída do polo passivo por ser parte ilegítima, uma vez que as normas que compõem o Sistema Único de Saúde - SUS, não atribuíram à esfera municipal a obrigação pelo fornecimento de insulina** como pretendido pelo autor.<sup>51</sup>(grifo nosso)

É um argumento plausível, já que ao Município caberia apenas a distribuição dos insumos, que devem ser fornecidos pela UNIÃO, porém, não é o entendimento do egrégio Tribunal, evidenciado pelo relatório, citando apelação anteriormente julgada:

Também não há que se falar em ilegitimidade passiva de ambas as Fazendas - Estadual e Municipal e/ou **em denúncia da lide à União Federal**. O fornecimento de medicamentos, equipamentos, insumos e tratamento médico, com base no artigo 196 da Constituição Federal, constitui-se em obrigação de natureza solidária e concorrente, sendo certo que qualquer das três esferas do governo e suas respectivas autarquias respondem pela assistência à saúde do cidadão. (Apelação nº 0504093-03.2010.8.26.0000, Des. Rel. Regina Capistrano, j. 05/04/11). (grifo nosso).<sup>52</sup>

Se tal divisão existe e não é respeitada, certamente pode ocorrer um desequilíbrio, que vai além do orçamentário, penetrando na esfera administrativa.

<sup>50</sup> TJSP Apelação n. 0197124-45.2010.8.26.0000. 1º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, SP, 25 de Setembro de 2012. p.2. Acesso em: 04 Fev. 2014

<sup>51</sup> TJSP Apelação n. 0197124-45.2010.8.26.0000. 1º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, SP, 25 de Setembro de 2012. p.3.

<sup>52</sup> TJSP Apelação n. 0197124-45.2010.8.26.0000. 1º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, SP, 25 de Setembro de 2012. p.4.

Essas interferências sem o respeito a questões orçamentárias, jogando por terra a discricionariedade de Administrador Público, promovendo uma imensa insegurança jurídica, é escancarada pelo comentário incisivo de Daniel Sarmento:

Enfim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como tender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais [...] Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura da toga não pode ser muito melhor que a ditadura de farda [...].<sup>53</sup>

Não há dúvidas que a questão é polêmica e que os julgados mencionados são exemplos que podem ser interpretados como ingerências, colocando em risco a segurança jurídica do país.

Desacreditar um órgão que é fruto da vontade popular, em sua mais pura expressão de democracia, pode ter um efeito devastador na sociedade, afinal, a grosso modo, o Judiciário acaba exercendo uma supremacia sobre os demais poderes, pois pode rever suas decisões. Tal revisão é de extrema valia, se forem respeitados os limites de atuação.

Em regra, diante do sistema de freios e contrapesos, as intervenções de um poder na esfera de atuação de outro só deveria ocorrer se um dos poderes se omite, ou exacerba suas funções.

Ao intervir na esfera do Executivo, há um risco real dessa intervenção acabar minando a implementação de uma política pública. A Teoria da opção pública, mencionada por João Pedro Schimidt, traduz esse risco<sup>54</sup>.

Não temos aqui a pretensão de esgotar o assunto, afinal a questão é polêmica e está longe de ter o debate encerrado, entretanto, diante dos possíveis efeitos nas administrações públicas por todo o país, nos resta enfrentar a temática, lançando um pouco de luz sobre o assunto.

---

<sup>53</sup> SARMENTO, Daniel et. al. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM. 2011. p. 103.

<sup>54</sup> SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gereencialista. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 7**, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 1988 a 2031.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, entendemos que a relativização da discricionariedade do Administrador mostra-se de extrema valia no combate a administrações que se mostrem distantes da primazia do interesse público sobre o privado, e que se afastem de uma atuação amparada na moralidade e na impessoalidade.

Entretanto, ao desconsiderar tão importante atributo do Administrador Público, ou seja, a discricionariedade, podemos estar diante de uma situação gravíssima, em que a vontade popular vai sendo substituída pela vontade de poucos.

Não há garantias de que uma decisão proferida por um magistrado seja a melhor para a coletividade. Essa visão míope causa espanto, além da sensação de insegurança jurídica.

Se o Administrador é eleito por meio de um processo amplamente democrático, qual o motivo de alterar o mérito de seus atos que são isentos de ilegalidade e abuso de poder?

Entendemos que eventuais práticas invasivas devem ser coibidas, com o devido respeito ao princípio da separação de poderes. Limitar a atuação do Poder Judiciário pode soar como uma supressão de direitos humanos, inclusive o de acesso à justiça, e isso deve ser igualmente combatido.

Neste ponto, o processo coletivo pode fazer diferença entre a velha tendência individualista e uma nova e promissora visão coletiva.

Sem dúvida, um filtro a lides individuais deve ser implantado, com a transformação dessas situações em processos coletivos, que propiciariam um julgamento único para questões semelhantes, com os benefícios da coisa julgada coletiva.

Há uma crescente atuação do Poder Judiciário, e essa presença marcante é causada, também, pelo descrédito no Executivo e pelo fomento à cultura do inconformismo.

Atos ímprobos, infelizmente, são comuns no âmbito administrativo, não que estes não existam no Judiciário. Contudo, quando a atitude parte do indivíduo que é legitimado pelo voto popular, a sensação de traição e decepção é flagrante.

O desprezo à impessoalidade e à moralidade mostra-se cada vez mais repugnante, porém, não se pode afirmar que todas as situações submetidas a análise do

Judiciário sejam fundamentadas em repulsa a atos administrativos ilegais, inoportunos ou injustos.

A existência de grupos organizados que usam o Poder Judiciário para protelar o controle do Executivo, com suas conseqüentes sanções, é gritante, principalmente no campo tributário.

A vontade popular deve ser respeitada, porém, não deve estar refém de administradores que não levem em conta os princípios basilares da administração pública, em especial a impessoalidade e a moralidade.

A oportunidade e a conveniência na prática dos atos administrativos que visem a implementação de políticas públicas deve ser exercida com maturidade e primando pelo interesse público.

Por derradeiro, acreditamos que o acesso ao Judiciário é da mais alta relevância pra a manutenção do estado democrático de direito, porém, tal acesso não deve se tornar um óbice para a materialização de políticas públicas, simplesmente pelo fato da decisão tomada pelo administrador não ser a que agrada a maioria.

Observados os critérios da conveniência e oportunidade, e a lei deixando margem de atuação ao Administrador, o Judiciário deve tutelar e respaldar tais decisões, sob o risco de tornar-se um tirano e de transformar o processo democrático no Brasil uma utopia.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. ver.atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luis Roberto et. al. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil Contemporâneo. Salvador : JusPODIVM, 2011.

**BRASIL**. TJSP Apelação n. 9001042-82.2011.8.26.0506. 2º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, SP, 25 de Setembro de 2012.

\_\_\_\_\_. TJSP Apelação n. 0197124-45.2010.8.26.0000. 1º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, SP, 25 de Setembro de 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.



GARCIA, Maria. **Desobediência Civil**. 2 ed. São Paulo:RT, 2004. Cap. VI.

HABERMAS, Jurguem. **Direito e Democracia. Entre a facticidade e validade**. Vol I, 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

**Portal da Saúde:** Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id\\_area=1347](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1347)>. Acesso em: 04 nov. 2015.

SARMENTO, Daniel et. al. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM. 2011.

SCHMIDT, João Pedro. **PARA ENTENDER AS POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS CONCEITUAIS E METODOLÓGICOS** in Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Organizadores Jorge Renato dos REIS e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul:Edunisc, 2008.

SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 7**, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.