



**Curso de Pós-graduação Lato Sensu em  
Processo Civil**

**Márcia Sousa de São Paulo**

**ATIVISMO JUDICIAL E SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: A relevância deste  
instrumento processual na nova perspectiva do Poder Judiciário.**

Brasília – DF

2012

**Márcia Sousa de São Paulo**

**ATIVISMO JUDICIAL E SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: A relevância deste instrumento processual na nova perspectiva do Poder Judiciário.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Processo civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. César Binder.

Brasília – DF

2012

**Márcia Sousa de São Paulo**

**ATIVISMO JUDICIAL E SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: A relevância deste instrumento processual na nova perspectiva do Poder Judiciário.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Processo civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_,  
com menção \_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Presidente: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

Brasília – DF

2012

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo dimensionar o papel do pedido de suspensão de segurança, na efetivação das políticas públicas, no novo cenário de politização da justiça. A nova ótica sobre a separação de poderes na formação do Estado é o ponto de partida desta discussão sobre os limites à intervenção do Poder Judiciário, na atual conjuntura política do Brasil. Neste viés, será analisado o ativismo judicial, que se expande no ordenamento brasileiro, especialmente nas hipóteses de omissão legislativa e controle das políticas públicas. Por outro lado, apresentar-se-á o pedido de suspensão de segurança, como instrumento utilizado pela Administração Pública para salvaguardar o interesse público na consecução das políticas públicas. Sobre o enfoque da jurisprudência atual dos Tribunais Superiores, buscar-se-á demonstrar o funcionamento atual dessa Justiça e a importância da suspensão de segurança, como instrumento de questionamento e efetivação das atribuições do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Separação de poderes. Ativismo judicial. Suspensão de segurança. Fazenda Pública. Prerrogativas.

## ABSTRACT

The present study aims to measure the role of the application for suspension of safety, effectiveness of public policies in the new scenario politicization of justice. A new perspective on the separation of powers in state formation is the starting point for this discussion of the limits to the intervention of the judiciary, in the current political situation in Brazil. This bias will analyze the judicial activism that expands the Brazilian legal system, especially in cases of omission and legislative control of public policies. On the other hand, will submit an application for interim security as an instrument used by the public to protect the public interest in achieving public policy. On the approach of the current jurisprudence of the Superior Courts, will seek to demonstrate the operation of this current suspension of Justice and the importance of security as an instrument of effective questioning and the powers of the State.

**KEYWORDS:** Separation of powers. Judicial activism. Suspension security. Revenue. Prerogatives.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2. A NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES – SOB A ÓTICA DE BRUCE ARCKERMAN.....</b>	<b>8</b>
2.1. A teoria clássica da separação dos poderes.....	8
2.2. A separação de poderes e o Estado de Direito .....	10
2.2.1. Separação dos poderes e a tutela dos direitos fundamentais .....	13
2.2.2 A separação de poderes e o controle judicial .....	14
<b>3. O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>18</b>
3.1. A omissão legislativa .....	22
3.2. Controle Judicial das políticas públicas .....	25
<b>4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.....</b>	<b>32</b>
4.1. Prerrogativas da Fazenda Pública .....	32
4.2. A suspensão de segurança e a defesa do interesse público .....	36
4.3. Poder executivo: suspensão de segurança, um instrumento? .....	38
<b>5. ATIVISMO JUDICIAL E A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA .....</b>	<b>41</b>
5.1. A visão dos tribunais superiores.....	41
5. 2. Análise de caso concreto .....	43
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>48</b>
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>50</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo dimensionar o papel da suspensão de segurança, na efetivação das políticas públicas, no novo cenário de “politização da justiça” ou como, por muitos denominados, ativismo judicial.

Essa análise tem como ponto de partida, a perspectiva que Bruce Ackerman<sup>1</sup>, propõe em seu artigo “a nova separação dos poderes”, trazendo um novo olhar sobre a organização política do Estado.

Têm sido intensos os debates sobre o atual papel dos Poderes do Estado, na nova ordem. Na clássica teoria da separação de poderes, o poder executivo seria exercido pelo rei, que assumiria as responsabilidades pela condução política e administrativa do Estado. O poder legislativo, ou também poder de representação, exerceria o poder de expressar os desejos dos súditos junto à coroa. Ao poder judiciário caberia, apenas, o papel de interpretador da lei. E a harmonia entre os poderes estaria garantida pelo sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* -, ensejando a atribuição conjunta e indivisível dos três poderes.

Ackerman questiona a validade prática desta Teoria Clássica, nos modelos atuais de organização de Estado. As funções políticas já não são tão bem delimitadas e equilibradas. Quais os limites da atividade judicial em relação às atribuições administrativas do Estado? E o princípio constitucional da independência e a harmonia entre os poderes? É a discussão atual sobre o ativismo judicial.

O tema judicialização da política denota a intervenção decisória do Poder Judiciário na conjuntura política das democracias contemporâneas. A consequência

---

<sup>1</sup> ACKERMAN, Bruce. **A nova Separação dos poderes**. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

imediate dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo. Contudo, sem as ferramentas necessárias para quantificar, no universo macro da organização estatal, as consequências de decisões muitas vezes pontuais. É a ausência da “*especialização funcional*”, indicada por Ackerman.

Então, sem o propósito de esgotar tão rico tema, traz-se à baila, a ponderação da utilidade do instrumento de suspensão de segurança, na esfera processual, para garantir a efetividade das políticas públicas. Mediante um painel da jurisprudência dos Tribunais Superiores buscaremos averiguar a efetividade do instrumento de suspensão de segurança na defesa e garantia do interesse público, nesse novo cenário.

Para melhor discussão sobre o tema, no primeiro capítulo, a partir da Teoria Clássica da Separação dos poderes, será examinada essa nova concepção do doutrinador Bruce Ackerman, em especial, a necessidade de especialização funcional no exercício das funções estatais.

No segundo capítulo, buscar-se-á, a partir das ideias apresentadas por Ackerman, contextualizar o fenômeno do ativismo judicial e a sua aplicação ao Brasil.

No capítulo seguinte, será apresentada a necessidade da atuação processual da Fazenda Pública, em especial, no âmbito do Pedido de Suspensão de Segurança para a garantia do interesse público, em especial, o exercício das políticas públicas.

Por fim, mediante uma análise do panorama atual dos Tribunais Superiores, será analisada, de forma crítica a utilidade do instrumento de suspensão de segurança na concretização das políticas públicas, face à politização da justiça.

## 2. A NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES – SOB A ÓTICA DE BRUCE ARCKERMAN.

### 2.1. A Teoria Clássica da Separação dos Poderes.

O fenômeno da separação dos poderes não é, senão, o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado<sup>2</sup>.

Na antiguidade, Aristóteles já sugeria a separação das funções do Poder Político como meio de organização. Contudo, deve-se a John Locke a separação das funções estatais, quando na obra *Two Treatises of Government*, sustentou os princípios de liberdade política da revolução inglesa de 1668 e impugnou o absolutismo real<sup>3</sup>.

Na perspectiva de Locke, a função política estaria dividida em dois Poderes: O Supremo e o de Prerrogativa. O Poder Legislativo, considerado Supremo, com a função de elaborar as leis e de determinar o modo como há de ser empregada a força da comunidade na sua proteção. O Poder Federativo ou Natural, nas lições de John Locke<sup>4</sup>, a quem cabe à execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que elas pertencem e ao outro a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela, assim como gerir os benefícios ou danos por ela causados, estão sempre quase reunidos. E, por fim, refere-se à Prerrogativa, ao qual caberia agir discricionariamente sempre a favor do bem público, quando surgirem questões para as quais as leis não tenham apresentado soluções.

---

<sup>2</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: Podium, 2008. p.492

<sup>3</sup> Há divergência doutrinária sobre o autor original da Teoria Separacionista: Locke Ou Montesquieu. Filio-me a corrente doutrinária que considera Lock o autor principal desta Teoria.

<sup>4</sup> LOCKE, John *apud* JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Op.cit.* 2008. p.495



Todavia, foi em sua obra o *Espírito das Leis*, que Montesquieu, inspirado em Locke, sistematizou as diferentes funções estatais. Montesquieu<sup>5</sup> preconizava o direito do cidadão ao exercício das funções estatais por órgãos distintos:

A liberdade política, em um cidadão, é essa tranquilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando em uma só pessoa ou em um mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se o Poder Executivo estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. **“Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares”**.

A separação absoluta dos poderes não era a conclusão almejada. Admitia-se a necessária convivência entre os poderes políticos, contudo, exigia-se a sua definição para o devido funcionamento do Estado, em harmonia. Em verdade, como bem aponta Eros Roberto Grau<sup>6</sup>, para Montesquieu o exercício de cada uma das funções estatais por um órgão ou departamento deveria sofrer influência (mesmo que apenas obstativa) de outro, para que, segundo a famosa locução do autor francês, "o poder limitasse o próprio poder".

As ideias de Montesquieu influenciaram os Constitucionalistas Americanos, na elaboração da Constituição de 1787, a adotar um modelo que conciliasse a separação de poderes e ao mesmo tempo, o seu controle mútuo, possibilitando o exercício harmônico das funções estatais, a *Teoria dos Checks and Balances*.

A consolidação da Teoria Clássica da Separação dos Poderes ocorreu na Revolução Francesa. Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos

---

<sup>5</sup> ALBUQUERQUE, Vitor Carneiro. **O princípio da separação dos poderes e o exercício da função normativa pelo Poder Executivo**. Jus Navegandi – junho-2011. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br). Acesso em julho/2012.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto *apud* ALBUQUERQUE, Vitor Carneiro – *op.cit.*2011.

direitos nem determinada a separação dos Poderes, não tem Constituição, dispõe o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>7</sup>.

A ideia fundamental da doutrina da separação dos poderes, portanto, é evitar a concentração e o exercício despótico do poder, isto porque, como a história tem demonstrado, as consequências da concentração do poder são desastrosas.<sup>8</sup>

## 2.2. A separação de poderes e o Estado de Direito, por Bruce Ackerman.

Partindo de uma análise do sistema constitucionalista americano, Ackerman questiona o sistema de separação de poderes reverenciado pela maioria dos países, como hegemônico, em face de uma análise real da legitimidade democrática desta representatividade.

Na sistematização de Bruce Ackerman, a Separação de Poderes é legitimada por três ideais: a democracia; a competência profissional e a proteção e a ampliação dos direitos fundamentais.

Mais concretamente: retorno reiteradamente a três ideais de legitimidade ao responder a pergunta: “**separação de poderes em nome de quê?**” O primeiro ideal é a **democracia**. De um modo ou de outro a separação de poderes deve servir (ou impedir) um projeto populista de autogoverno. O segundo ideal é a **competência profissional**. As leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui – se pela **proteção e ampliação dos direitos fundamentais**. Sem estes, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos da tirania<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Op.cit.*2008, p.499.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p.500.

<sup>9</sup> ACKERMAN, Bruce. **A nova Separação dos poderes**. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).p.7

O primeiro ideal a ser questionado é a democracia. Expondo sua rejeição ao sistema presidencialista, Ackerman, mediante uma análise comparativa com o Parlamentarismo, especialmente o inglês, ao qual denomina “Westminster”, demonstra as instabilidades do sistema presidencial, na tentativa de conciliar “situação” e “oposição” na realização do Governo. Neste conflito de interesses três seriam as consequências possíveis.

Primeiro, a “acomodação”, situação na qual a oposição cede mediante combinações de raciocínio e barganhas com o governo de situação. A segunda, denominada o “Pesadelo de Lizian” é o colapso constitucional. Em um esforço de destruir o seu concorrente, um ou outro poder instala-se como o único legislador, com ou sem a graça redentora de um plebiscito que sirva como sustentação<sup>10</sup>. E a última possibilidade, bastante conhecida pelos brasileiros, a “crise de governabilidade”:

Uma vez iniciada a crise, ela dá origem ao ciclo vicioso. Os presidentes quebram impasses legislativos “resolvendo” problemas urgentes com decretos unilaterais que, muitas vezes, vão muito além de sua autoridade constitucional formal; em vez de protestar, os representantes ficam aliviados por livrarem-se da responsabilidade política de tomar decisões difíceis, os presidentes subsequentes usam tais precedentes para ampliar ainda mais o seu poder, além disso, essa prática nascente pode até ser sistematizada por emendas constitucionais posteriores. Cada vez mais, a câmara é reduzida a um fórum para postura demagógica, enquanto o presidente toma as decisões difíceis unilateralmente, sem considerar os interesses e ideologias representadas pelos partidos políticos principais no congresso. Esse ciclo triste já é visível em países como a Argentina e o Brasil, que apenas recentemente emergiram de ditaduras militares.<sup>11</sup>

Após deixar claro o não credenciamento do presidencialismo, como meio de legitimação democrática, na segunda parte da sua argumentação, Ackerman busca demonstrar que o sistema de separação dos poderes poderia ser melhor concebido numa moldura de sistema parlamentar. É o “ideal de democracia dualística”.

Na construção do sistema parlamentar limitado, tece críticas ao sistema de Westminster, considerado “parlamentarismo puro”, na medida em que esse solidifica

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p.16.

o erro no direito constitucional, conceder autoridade legislativa plena aos vencedores, independente da qualidade de sua maioria eleitoral.<sup>12</sup>

O “Parlamentarismo limitado”, sua proposta de sistema de governo, estaria fundamentado em dois pilares. O primeiro, a exigência de referendo, no qual a autoridade legislativa estaria dividida entre o parlamento e o povo: o parlamento tomando as decisões governamentais rotineiras de gestão e o povo exprimindo a sua vontade por um processo, cuidadosamente construído de referendos sequenciais.<sup>13</sup>

O outro pilar é a existência de uma Corte Constitucional forte, que concretize os princípios ordenados. A engenharia constitucional, contudo, é um empecilho. A força de um Tribunal é intimamente atada à maneira pela qual os juízes são nomeados e os períodos que eles servem.<sup>14</sup>

Mais uma demonstração da relevante necessidade de harmonia no sistema de Poderes, uma vez que os atores do Poder Judiciário, em regra, são escolhidos, ou, ao menos, referendada as escolhas, pelo Poder Executivo ou legislativo.

Como terceiro argumento, busca verificar a viabilidade da aplicação da teoria da separação dos poderes no sistema parlamentarista na prática, que pressupõe a participação popular direta, uma Corte Constitucional e um senado nacional poderoso. E conclui:

As nossas respostas redimiram a ideia básica da separação de poderes, mas não do modo norte-americano familiar. Dentro do esquema do parlamentarismo limitado, a nenhuma instituição única é concedido o monopólio sobre o poder legislativo. Em vez de concentrar o poder no estilo de Westminster, meu modelo de constituição procura imunizar uma série de atores institucionais do controle parlamentar direto. Os nossos poderes separados até aqui incluem: o povo, que atua por referendos sequenciais, uma corte constitucional e um senado federal fraco, ou um senado nacional mais poderoso<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p.37

<sup>13</sup> *Ibid.*, p.41.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p.43.

<sup>15</sup> *Ibid.* p.45

Após estabelecer a necessidade da legitimação democrática do exercício das funções políticas, como grande tema do constitucionalismo, na segunda parte, Arckeman expõe a necessidade de limitação dessa democracia.

### 2.2.1. A especialização funcional.

Não é necessário aceitar o modelo de parlamentarismo limitado, proposto por Ackerman, para verificar a necessidade nos dias atuais de profissionalização do Poder Judiciário, bem como dos órgãos da Administração. É a especialização funcional, que possui grande relevância nas conclusões deste estudo.

A ideia clássica de separação de poderes, segundo a qual a função legislativa e a executiva devem ser exercidas por órgãos distintos, deve ser superada pela necessidade de especialização técnica – funcional. A especialização técnica e a profissionalização administrativa possibilitam uma maior imparcialidade e evita a tirania. E nesse contexto, Ackerman solidifica uma nova acepção dessa teoria:

Em síntese: uma concepção moderna de separação dos Poderes é inseparável da existência dos órgãos profissionalizados insulados da política. Os políticos devem se preocupar com a configuração de valores básicos da sociedade e não com a implementação das normas, a qual depende de considerações e análises multifacetadas- geralmente de pouco apelo eleitoral – de conteúdo técnico. A mistura entre técnica e política nem sempre será saudável, apesar de ser, em alguns casos necessária, até mesmo porque há reais dificuldades em distinguir uma da outra.<sup>16</sup>

Segundo Ackerman, a Administração Pública consistiria no Quarto Poder (Fourth Branch), decorrente da necessidade de profissionalização do Estado e realização dos princípios constitucionais. Na sua nova teoria de separação de poderes

---

<sup>16</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Separação de poderes , regulação e controle judicial: por uma amicus curiae regulatório**. Janeiro-2010. REDAE – Revista eletrônica de Direito Econômico .Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em julho/2012.p.7

contemporânea, sugere: a) criação de um Poder Regulatório e b) criação de poder responsável pelo controle da corrupção.

Dessa forma, seria plausível e necessário aceitar que a Clássica Teoria trina dos poderes, idealizada por Montesquieu não mais se conforma à nova realidade de constantes transformações, cada vez mais céleres, e que requer uma definição própria da forma de estrutura do Estado. Não se pode mais coadunar-se à velha concepção da realização de justiça com a mera realização do ordenamento jurídico, não pela sua injustiça, mas porque a lei é fixa, enquanto que a realidade é móvel e nem sempre se adéqua à realidade que lhe é proposta, conformando-a integralmente, sendo necessária a mudança de perfil na atuação dos magistrados<sup>17</sup>.

O Poder Judiciário assume uma nova postura, não mais como mero aplicador de normas, mas, sim como garantidor dos direitos constitucionais. É o controle judicial das funções administrativas, e, porque não, também das funções legislativas, apontando novos parâmetros à organização dos Poderes do Estado.

### 2.2.2 A separação de poderes e o controle judicial.

Na última etapa de suas considerações, Ackerman indica que a nova proposta de separação de poderes, não fica restrita a mera tripartição dos poderes, face à complexidade e à especialização das funções do Estado Democrático contemporâneo.

Numa perspectiva atual, a nova doutrina de Ackerman contribui para a formação de um novo Estado, mesmo sem a criação de um novo poder, na medida em que ao explicitar a existência de um novo Estado Regulador, indica os caminhos para a sua nova organização. O mundo contemporâneo demanda a especialização em

---

<sup>17</sup> FILHO, José Geraldo Alencar. **Judicialização da política e ativismo judicial**: Estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial. Dissertação. (Mestrado em Direito). UNICAP.Recife,2011.p.110.

diversos setores e o Estado, sem que se neguem seus avanços na consagração dos valores que lhe justificam a existência, igualmente deverá adaptar-se a tal circunstância. E , nesse sentido, assevera Ackerman:<sup>18</sup>.

No que diz respeito à judicialização, o Estado de Direito sofre profunda modificação quando abandona a missão de Estado exclusivamente legislativo preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos, e passa a considerar a Constituição instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli identifica com precisão a crise por que passam os dois modelos de Estado de Direito. O princípio da legalidade correlato ao Estado Legislativo de Direito entra em crise em razão de dois fatores: **(a) inflação legislativa** e disfunção da linguagem legal que são resultados de uma política de degradação da legislação e da administração, o que provocou perda da distinção entre ambas as funções. Melhor explicado. A promulgação de leis com baixo teor de tecnicidade, vazadas em linguagem obscura, ensejou a discricionariedade dos juízes para poderem aplicar melhor a lei com inteligência e teve, conseqüentemente, a formação natural, cada vez mais, de uma jurisprudência administrativa ou privada. O segundo aspecto a ser considerado é que houve (há) uma verdadeira crise que afeta o modelo garantista da Constituição com relação à legislação – que é o marco distintivo do Estado Constitucional do Direito – a significar o fim do monopólio legislativo do Estado Nacional<sup>19</sup>.

Nesse contexto, é pertinente a análise do controle judicial, no Brasil, dos atos administrativos, no qual deve - se aliar a observância dos princípios constitucionais democráticos, dentre eles a própria separação de poderes, à necessidade de análise técnica das políticas governamentais.

Quais os parâmetros a serem adotados na análise da eficiência de uma medida-política governamental? Aqui surgem os problemas. A análise da proporcionalidade e eficiência, observado num critério de discricionariedade administrativa, muitas vezes, demanda a verificação de muitos aspectos de ordem econômica, social, técnica e sistêmica.

Mas o ponto que se quer destacar é que com a especialização, torna-se inevitável no discurso jurídico o ingresso de argumentos não jurídicos (econômicos, sociais, etc.), os quais são manejados por especialistas de áreas do conhecimento completamente estranhas aos corredores forenses. De certa

---

<sup>18</sup> CYRINO, André Rodrigues - *op.cit.* p.10.

<sup>19</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da Separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Trabalho publicado nos Anais do XVII CONPEDI – Brasília- DF. Novembro-2008. p.4036.

maneira, problematiza-se o controle judicial, o que incentiva o surgimento de vozes mal intencionadas propugnando pelo seu esvaziamento.<sup>20</sup>

É o questionamento posto nesta nova Teoria. Os magistrados, em regra, não consideram, em suas decisões, as questões econômicas e técnicas necessárias para a compreensão e resolução de questões administrativas, especialmente no que tange ao Poder regulador do Estado e a implementação das suas políticas públicas. Como então conciliar a possibilidade de controle judicial, o reconhecimento das limitações e da falta de informação conjuntural no âmbito do Poder Judiciário?

Em primeiro lugar, é evidente que quando os juízes tiverem as informações e a capacidade necessárias para uma tomada de decisão esclarecida, não deverão hesitar em fazê-lo.<sup>21</sup> O magistrado deve buscar as informações técnicas necessárias, que podem inclusive ser obtidas junto à Administração, para ser capaz de proferir uma decisão proporcional e técnica.

E é exatamente no controle da proporcionalidade e razoabilidade dos atos administrativos, a exigência maior de limites no exercício da magistratura.

A princípio, caberia ao magistrado à análise da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e da eficiência da medida. Em situações extremas, como no velho exemplo, de qual deve ser a prioridade da Administração principal na escolha entre a construção de um hospital (em face de carência de atendimento médico local) ou a construção de um estádio com capacidade de 50mil pessoas, numa cidade com menos de 30 mil habitantes, a resposta parece óbvia.

Contudo, quando a decisão judicial pressupõe a análise de aspectos técnicos, devidamente comprovados em estudos realizados pela Administração, quais os fundamentos ou limites a serem adotados pelo Judiciário?

---

<sup>20</sup> CYRINO, André Rodrigues – *op. cit.* p.13.

<sup>21</sup> *Ibid.*,p.16



Não há elementos bastantes para se concluir sobre a juridicidade de uma dada regulação, mas, há meios, dentro próprio arranjo institucional do Estado, para que essa seja, ao menos, iluminada, deverá o juiz valer-se disto, afirma Cyrino.

Retomando a ideia de controle judicial da discricionariedade da Administração, especialmente na concretização das políticas públicas, é bastante difícil ao magistrado conseguir dimensionar os impactos das suas decisões, numa dimensão macro, salvo o juiz Hércules, de Dworkin.

O Juiz Ideal Hércules, de Dworkin, é dotado de uma consciência crítica, reflexiva e metódica especializada para conciliar o cotidiano do judiciário com o idealismo da Constituição. É a reconstrução de atos políticos, a partir de princípios, à qual Dworkin denomina integridade<sup>22</sup>.

Essa ainda não é a nossa realidade. Na prática, a conciliação entre o poder de interpretação, à luz dos princípios constitucionais, aliado aos dados técnicos apresentados pela Administração (que devem, em regra, ser admitidos para a análise do Judiciário) é o melhor caminho no exercício e construção de um Estado Democrático.

E esse Estado, exige uma nova configuração para a teoria da separação de poderes, que possa garantir o acesso aos direitos fundamentais. Essa nova etapa, admite a politização do judiciário, imiscuindo-se nas diretrizes administrativas do Estado; bem como uma Administração, que sob o argumento de urgência na implementação de uma política pública, legisla por meio de medidas provisórias. A ausência dos rígidos limites na divisão dos poderes do Estado demonstra a necessidade de adaptação às novas exigências, mediante a possibilidade do exercício de funções atípicas pelos Poderes, controladas pelo sistema de freios e contrapesos. Pois bem. Analisado o novo olhar da organização dos poderes, no exercício das funções estatais, no próximo capítulo analisar-se-á a nova roupagem do Poder Judiciário, não como mero aplicador das leis, mas sim, como garantidor dos direitos.

---

<sup>22</sup> *Id. Ibid.* p.27

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL

A Carta Magna de 1988, ao incorporar princípios e direitos fundamentais na configuração de um Estado Democrático de Direito, viabiliza a ampliação do poder normativo do Poder Judiciário, com o objetivo de assegurar e concretizar as aspirações sociais dos cidadãos.

E nesse exercício de judicatura, deve-se interpretar e aplicar as leis constitucionais e infraconstitucionais, “criando lei” no caso concreto, adotando uma postura política e discricionária, com fundamento nos componentes principiológicos. É o processo de judicialização da política, nas considerações de Cittadino:

É importante ressaltar, em primeiro lugar que esse processo de judicialização da política – por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas – é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, da marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de “juridificação” das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade – dignidade humanas e com a participação político – jurídica da comunidade.<sup>23</sup>

Nesse contexto, com um Judiciário mais ativo, surge o **ativismo judicial**. Essa ideia tem origem no direito americano, quando a Corte Constitucional passa a exercer a revisão judicial, substituindo as políticas adotadas pelos representantes eleitos no Congresso por suas próprias políticas<sup>24</sup>.

E nesse momento também surgem as críticas, no sentido de que a substituição das políticas públicas estabelecidas, pelas decisões da Corte, seria uma ofensa ao princípio democrático e porque não, à separação dos poderes.

---

<sup>23</sup> CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e democracia**. Revista ALCEU – PUC-Rio. Disponível em [www.revistaalceu.com.puc-rio.br](http://www.revistaalceu.com.puc-rio.br). Acesso: julho/2012. p.106

<sup>24</sup> CANON, Bradley C. *apud* BICCA, Carolina Scherer. *op cit.* p.240.

Para Canon<sup>25</sup>, com relação ao modo de expressão das palavras, é justo chamar de “ativista” qualquer decisão que aparenta claramente contradizer uma previsão constitucional em relação ao seu significado original ou mesmo quando, por interpretação, alcança-se uma nova previsão constitucional.

Essa conceituação ampla de ativismo judicial americana deve-se ao sistema de lei adotado, o *common Law*. Nesse sistema, a jurisprudência é a principal fonte de direito. E em conjunto com o sistema do *stare decisis*, as decisões judiciais possuem força de precedentes.

Por sua vez, no Brasil, a discussão sobre o ativismo em regra é mais recente, e também está associada à ideia de invasão das competências do Legislativo pelo Judiciário. Nas lições de Ramos, esse movimento é negativo, pois desnatura a atividade típica do Judiciário.

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva<sup>26</sup>.

Essa conclusão não é unânime. Para Delgado, o ativismo é uma postura a ser adotada pelo magistrado, que o leve ao reconhecimento da sua atividade, como elemento fundamental para o eficaz exercício da atividade jurisdicional.<sup>27</sup> É a recusa do magistrado à moderação jurisdicional, como brilhantemente definido por Dworkin:

O programa de **moderação judicial** afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a percepção que os juizes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as

<sup>25</sup> CANON, Bradley C. *apud* BICCA, Carolina Scherer. *op cit.* p.100.

<sup>26</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos**, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

<sup>27</sup> DELGADO, José Augusto. **Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea**. In: Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12781/ativismo-judicial-em-criese/2#ixzz23e9mNhCo>. Acesso: julho /2012.

estipulações de qualquer interpretação plausível, ou talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco<sup>28</sup>

O ativismo judicial ou a politização da justiça vem, em sentido contrário. A interpretação, à luz dos princípios constitucionais, tem como objetivo a garantia dos direitos fundamentais, dentre eles, em especial, à dignidade da pessoa humana. E, no âmbito das novas diretrizes da organização do Estado, este realmente, é o papel a ser desempenhado pela Justiça, na melhor das suas definições. A garantia dos direitos fundamentais.

No sistema de freios e contrapesos, o controle dos atos administrativos é, sim, função dos magistrados. É a aplicação concreta dos preceitos constitucionais. O grande questionamento que se impõe mais uma vez é: quais os limites? As questões técnicas, a viabilidade das políticas públicas; o orçamento público?

Ainda não existe um consenso na jurisprudência atual dos Tribunais Superiores Pátrio. E, nesta nova conjuntura, mais uma vez, questiona - se quais os limites da politização do judiciário: garantir os direitos assegurados na constituição ou a ponderação sobre os limites técnicos do exercício de uma política pública? Giselle Cittadino conduz essa discussão:

<sup>29</sup> Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições políticas- representativas, isso, não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos. (...)

**O que nos resta agora é perguntar se o vínculo entre ativismo judicial e reforço da lógica democrática**, que subjaz ao processo de "judicialização da política" pode viabilizar essa quebra de limites normativos à soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a dar-lhe sustentação. Em outras palavras a indagação é se o poder judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente

---

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 215.

<sup>29</sup> CITTADINO, *op.cit.* p. 107 e 108

republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados.

Para Cittadino, uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e Democracia<sup>30</sup>. A plena autonomia do cidadão ocorre quando mais do que enxergarem-se como destinatários do sistema, entenderem que são autores de seu direito.

Ainda sobre a conjuntura atual brasileira, Giselle Cittadino constata a dificuldade dos cidadãos brasileiros encontrarem sua autonomia:

Nos países, nos quais a história constitucional é marcada por rupturas, não é possível acreditar na **"confiança antropológica das tradições"**, o processo de judicialização da política transmuta-se no necessário compromisso com a concretização da Constituição. de Direito. **Em outras palavras quando não podemos recorrer a valores compartilhados ou conteúdos substantivos, temos a alternativa de substituir a "nação de cultura" pela "nação de cidadãos". Esse certamente é o caso dos brasileiros.**<sup>31</sup>

Nessa mesma linha, Tércio Ferraz Sampaio afirma que a divisão dos poderes e o próprio judiciário sofreram grandes alterações, especialmente nos últimos cinquenta anos. Com o advento do Estado do Bem estar Social, a neutralidade inerente ao Poder Judiciário sofreu uma grande alteração, trouxe a necessidade de realização das liberdades e direitos positivos. E enfatiza:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem – estar social, não são, pois, conhecidamente somente normativos, na forma de um, a priori formal, mas tem um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.<sup>32</sup>

O estado social alterou a posição do juiz, colocando-o como corresponsável pelas garantia dos direitos sociais. Essas alterações na neutralização

<sup>30</sup> CITTADINO, *op.cit.* p.109

<sup>31</sup> CITTADINO, *op.cit.* p.110

<sup>32</sup> FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?** Revista USP, São Paulo, n.21, p.12-21, 1994. p.18. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>. Acesso: 16-07-2012.

do Poder Judiciário são alvo de críticas e tensões acerca dos limites de atuação deste Poder.

Para uma melhor análise, o ativismo judicial será apresentado em duas perspectivas: a omissão legislativa e o controle judicial dos atos administrativos.

### 3.1. A omissão legislativa

O ativismo judicial está em um crescente confronto com o princípio da separação dos poderes, principalmente no que tange ao controle das omissões inconstitucionais do Poder Legislativo, face às disposições constitucionais. O Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura mais ativa, nos julgamentos, garantindo o exercício dos direitos constitucionais.

Um caso paradigma é o julgamento sobre a efetividade do mandado de injunção. A nossa Carta Magna<sup>33</sup> trouxe a previsão desta ação constitucional de caráter civil que tem, por finalidade suprir a omissão do poder público, visando o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição<sup>34</sup>. Contudo, na prática, a ação constitucional não era efetiva, a mera declaração da “mora legislativa” pelo Pretório Excelso não substituía a necessidade da atividade legislativa.

O Pretório Excelso, buscando garantir efetividade na sua função de guardião da Constituição, julgamento histórico dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712<sup>35</sup> entendeu aplicável a Lei 7.783/1989 para regulamentar a greve dos servidores públicos, enquanto não editada lei específica.

---

<sup>33</sup> Art. 5º, inciso LXXI da CF/88: “Conceder-se-á mandato de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.153.

<sup>35</sup> Mandado de Injunção e Direito de Greve - 7

“O Tribunal concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores

E, inclusive, concluiu pela aplicação subsidiária da Lei 7.701/1988, que dispõe sobre a “especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos”, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos até a regulamentação legislativa específica.

Em outro recente julgado, sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva, o Pretório Excelso utilizou-se da técnica de interpretação conforme a Constituição’ para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, inclusive, reconhece a constitucionalidade do comportamento afirmativo do Poder Judiciário.

A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela Constituição da República. **Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente, porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de prevalecer à primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie por pura e simples omissão dos poderes públicos.** Na realidade, O Supremo Tribunal Federal ao suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional e demonstrar com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do poder público se omitem ou retardam excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se tiver presente que o Poder

---

em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;") - v. Informativos 308, 430, 462, 468, 480 e 484. **O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.** MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007. MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007. (MI-708) MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007. Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Infomativo nº 485.** Brasília, 2007. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em agosto/2012.

Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (Grifo nosso)<sup>36</sup>

O Supremo, na tentativa de suprir a lacuna relativa à mora legislativa, está, mesmo que de forma subsidiária, exercendo atividade política em face de omissão constitucional. Esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário é necessário para garantir o equilíbrio no exercício dos Poderes, garantidor do Estado Democrático, na medida em que assegura a efetividade dos dispositivos constitucionais.

Contudo, o mesmo Ministro Celso de Mello, em recente precedente do STF, concluiu que esse exercício negativo de legislação pelo Poder Judiciário, pode também consistir em violação ao princípio da separação dos poderes, quando não observa limites impostos pela própria constituição, como a reserva legal, em algumas matérias.

**(...)O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado.** A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Tribunal Pleno. Brasília, 05 de maio de 2011. Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. Trecho do voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em agosto/2008.

Neste julgamento, o Pretório Excelso utilizou-se da técnica de interpretação conforme á Constituição' para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

<sup>37</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2075. Relator(a): Min. Celso de Mello.. Tribunal Pleno. Brasília, 26 de junho de 2003.. Tribunal Pleno.Trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em agosto/2012.

No mesmo sentido: **MS 22.451**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 5-6-1997, Plenário, *DJ* de 15-8-1997. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao>. Acesso em agosto/2012.



A reiterada omissão legislativa sobre temas importantes cria a necessidade do cidadão eleitor, que não tem os seus direitos garantidos, buscar o Poder Judiciário para efetivação destes. Este é o ciclo que impulsiona a crescente politização da justiça. Neste processo, que a princípio parece salutar, ao Judiciário cabe verificar que os limites do seu poder estão dimensionados na discricionariedade concedida ao Poder Legislativo, legitimado pelo voto popular, para realização das escolhas razoáveis.

### **3.2. Controle judicial das políticas públicas**

A discussão sobre o controle judicial das políticas públicas também é um tema palpitante na politização do judiciário Brasileiro. Os tribunais, de forma reiterada, já sinalizaram pela possibilidade de análise, inclusive, da discricionariedade nos atos administrativos. Nesse ponto, a nova concepção de Ackerman sobre os poderes políticos concretiza-se.

Quais os limites a serem estabelecidos ao ativismo judicial? Haveria violação ao princípio da separação dos poderes? Pode o magistrado, sem subsídios e/ou fundamentos técnicos superar as conclusões da Administração, no exercício do seu mister? E a especialização funcional da Administração não é reconhecida pelo Poder Judiciário? São muitas indagações.

Para Alexy, a teoria de princípios da Constituição estabelece uma moldura ao legislativo no exercício da sua discricionariedade. Assim, ele a define:

Aquilo que é obrigatório ou proibido em virtude das normas constitucionais constitui a moldura, sendo que o interior da moldura é aquilo que é facultado ou permitido, podendo ser conformado pelo legislador consistindo essa faculdade naquilo que ele chama de discricionariedade estrutural, sendo que, em não se ultrapassando os limites da moldura, a opção do legislador deve ser respeitada pelo Judiciário<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert *apud* BICCA. *op.cit.* p. 109

Os conflitos surgem quando os limites entre aquilo que é obrigatório, facultativo ou permitido não são tão claros. Nessa situação, o exercício pelo judiciário do controle da discricionariedade administrativa parece temerário.

É exatamente esse o ponto no qual entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Esse é um princípio formal, porque ele não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos. Por isso seria possível também denominá-lo “princípio procedimental”. Enquanto princípio procedimental ele exige que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado.

Nesses termos, o princípio formal colide com o princípio material de direito fundamental. Esse último exclui *prima facie* a competência do legislador para fundamentar decisões desvantajosas para o direito fundamental em premissas empíricas incertas; o primeiro requer *prima facie* exatamente essa competência<sup>39</sup>.

Para Alexy, quando o magistrado não respeita os limites de interpretação constitucional concedido ao legislador, ocorre o ativismo. Mais do que isso, haveria desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

O controle judicial dos atos administrativos deve ser admitido quando houver omissão legislativa ou ausência de razoabilidade na consecução da medida. O Ministro Gilmar Mendes já teceu considerações sobre o tema:

**Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo da sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados na Constituição. Mantendo** essa postura, o Supremo Tribunal Federal, na última década tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados recentemente ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação<sup>40</sup>.(Grifo nosso)

<sup>39</sup> ALEXY, Robert *apud* BICCA. *op.cit.* p.110.

<sup>40</sup>Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 26915. Relator(a): Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Brasília, 09 de julho de 2007. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em agosto/2012.

Neste mandado de segurança discutia-se a inobservância do devido processo legislativo na tramitação da PEC nº 558/06, visto que do art. 43 do RICD (“Nenhum Deputado poderá presidir reunião de Comissão quando se debater ou votar matéria da qual seja autor ou Relator”) se extrai uma proibição peremptória regimental “de que o Deputado seja autor ou relator de alguma proposição e, ao mesmo tempo funcione como presidente da Comissão que vá debater ou votar aquela matéria” (fl. 16). O pedido liminar foi indeferido.

A observância dos direitos constitucionais é a linha tênue, que deve fixar os limites na atuação judiciária. E quando a ponderação dos interesses é necessária, quais os critérios a serem utilizados? Um caso concreto clássico é a determinação de fornecimento de medicamento não padronizado à paciente, por decisão judicial, em face do prejuízo da política pública de saúde. Qual o interesse que deve ser tutelado? O direito à dignidade do paciente, em estado grave ou o interesse público no cumprimento da política pública?

Essa nova ordem constitucional tem como pilar principal a busca da dignidade da pessoa humana.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças<sup>41</sup>.

Esse novo Estado que surge após um longo período de retrocesso histórico, em que o direito a liberdade de expressão ou mesmo o primordial direito de ir e vir foram cerceados, elege como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que busca o desenvolvimento nacional, como meio para a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Nesse novo cenário que se descortina, o ser humano, agora, é o ator principal. Logo nada mais justo e necessário do que a garantia dos seus direitos, de forma plena.

Esse compromisso assumido pelo Constituinte na Carta de 1988, ao tempo em que torna obrigatória a sua observância pelo próprio Estado em suas atividades, deverá ser observado também pelos seus cidadãos que, ao mesmo tempo são os seus principais destinatários. Nesse contexto, o Poder Judiciário assume

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2006.p.59

importante papel, qual seja a adoção das medidas necessárias para assegurar a concretização deste princípio, em face de possíveis violações.

Não se pode olvidar que os direitos constitucionais, mesmo os fundamentais, não são absolutos. O conflito entre interesses constitucionais deve ser solucionado mediante a aplicação da ponderação de interesses no caso concreto, sob uma ótica de razoabilidade e proporcionalidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal.<sup>42</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante já decidiu pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana e pela não violação ao princípio da separação dos poderes.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

2. Sobreleva **notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.**

<sup>42</sup> Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. **O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros."**

(Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº. 23452. Tribunal Pleno. Brasília, 12 de maio de 2000. Trecho do voto condutor do acórdão – Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 20-08-2012).

(...)

7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame "pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)" realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado "positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV" (fl. 26).

8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento. (RMS 24.197/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010).

O Pretório Excelso<sup>43</sup>, por sua vez, já consolidou que a realização de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, não ofende o princípio da separação dos poderes, desde que exercida para garantir direitos constitucionais relevantes.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO.

<sup>43</sup> Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF). Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (RE 634643 AgRg, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 10-08-2012 PUBLIC 13-08-2012).

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE COLETIVO. GRATUIDADE PARA O IDOSO. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO NA ORIGEM. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E DE EXPEDIÇÃO DE NORMA PELO ESTADO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO CONFIGURADA. Eficácia plena e aplicabilidade imediata do art. 230, § 2º, da Constituição Federal, que assegurou a gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, reconhecida em precedente desta Corte (ADI 3.768/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 26.10.2007). Possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados. Ofensa ao princípio da separação de poderes não configurada. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (AI 707810 AgRg, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 05-06-2012 PUBLIC 06-06-2012).

DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. **O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.** 4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

(RE 607381 AgRg, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209 RTJ VOL-00218- PP-00589).

Assim, a caracterização do ativismo judicial face às políticas públicas exige a análise da margem de discricionariedade concedida ao legislador; se os critérios estabelecidos em lei são razoáveis e se nenhum direito fundamental não foi observado<sup>44</sup>. Nesse sentido, uma precisa ponderação de Luis Roberto Barroso:

“O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução e não do problema. mas, ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve se eventual e concentrado. E n do se excessiva, há risco de morrer da cura. A expansão do judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes<sup>45</sup>”.

Pois bem. Em face da crise de representatividade e funcionalidade que aflige os Poderes do Estado no Brasil, o Judiciário adotou uma postura pró-ativa,

<sup>44</sup> BICCA, Carolina Scherer . **O ativismo judicial no controle das políticas publicas: o caso da assistência social**. 2011. Dissertação. (Mestrado em direito) – IDP, Brasília.

<sup>45</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>. Acesso: agosto/2012.

buscando suprir as lacunas deixadas pelo Legislativo e Executivo. Na próxima etapa, de forma mais específica, verificar-se-á os instrumentos processuais concedidos à Fazenda Pública, para a garantia do exercício das suas atribuições e alcance do interesse público, e, especial, o pedido de suspensão de segurança.

## 4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.

### 4.1. Prerrogativas da Fazenda Pública.

Fazenda pública representa a personificação do Estado, traduz-se, as pessoas jurídicas de direito público, em ações judiciais.

Com o advento do Estado Social, produto do século XX, a supremacia da Administração Pública frente ao indivíduo tornou-se mais marcante, assistindo-se a um processo de intervenção do Estado nas esferas da vida privada e a uma verdadeira “inflação legislativa”. A partir de então, passou-se a exigir do Poder Público não mais uma postura de distanciamento e alheação, o que, não visão liberal, seria suficiente à garantia dos direitos fundamentais. Pelo contrário do Estado Social, espera-se uma postura ativa (prestações positivas) capaz de fazer os direitos, sobretudo os direitos sociais<sup>46</sup>.

Assim, tem-se que a Teoria do Estado Social não obstante os seus significativos avanços na implementação dos direitos fundamentais, também se move pela lógica da supremacia do Estado frente ao indivíduo e à sociedade, sufocando o surgimento de novas definições de interesse público e monopolizando, por isso a produção e a dicção de direito.<sup>47</sup>

Para HOBBS, em sua teoria contratualista, a formação do Estado moderno trouxe mais do que a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, uma verdadeira fusão entre os conceitos de interesse público e Estado, com base na premissa que **as ações do Estado visam sempre o estabelecimento**

---

<sup>46</sup> ALVES, Rogério Pacheco. **As prerrogativas da Administração Pública nas ações coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.31.

<sup>47</sup> ALVES *op.cit.* p.37



**de um bem coletivo maior, transcendente e superior em relação às necessidades individuais.<sup>48</sup> (Grifo nosso)**

A evolução da história comprovou a necessidade de um Estado interventor, garantidor das prestações mínimas aos seus cidadãos, sob pena dessa “burguesia” tornar-se algoz de uma classe necessitada, em face do crescimento da desigualdade social.

Nesse âmbito, eis que surge a época das Revoluções Socialistas e o Estado do Bem Estar Social, garantidor das necessidades mínimas da população. Implementar o direito à moradia, à saúde, à educação e também ao trabalho digno eis o seu mais novo papel. Os direitos individuais não foram esquecidos, exige-se apenas uma visão mais social e coletiva.

A evolução histórica constrói novos conceitos. Na cena do dia, clamamos pela igualdade material em contrapartida a igualdade formal antes defendida. Ora, a definição do interesse público confunde-se com a ideia de bem comum, consubstanciada na garantia da dignidade da pessoa humana. Na lição de LEONARDO CUNHA, ao Estado cabe não somente a ordenação normativa do “interesse público”, mas também a soberana indicação do seu conteúdo<sup>49</sup>. O Estado brasileiro delineado nessa Carta de 1988 assume as características de um Estado intervencionista, um Estado social. Na lição de Ingo Sarlet:

Na medida em que os efeitos nefastos da globalização econômica do neoliberalismo, notadamente os relacionados com o aumento da opressão sócio-econômica e da exclusão social, somados ao enfraquecimento do Estado, têm gerado a diminuição da capacidade do poder público de assegurar aos particulares a efetiva fruição dos direitos fundamentais, além de reforçar a dominação do poder econômico sobre as massas de excluídos, verifica-se que até mesmo a noção de cidadania como "direito a ter direitos" (Celso Lafer) encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de um autêntico "fascismo societal", notadamente nos países periféricos e em desenvolvimento. Dentre as diversas formas de manifestação desta nova forma de fascismo, tal como descrito pelo autor referido, cumpre destacar a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do "apartheid social"), de tal sorte que a "cartografia urbana" passa a

---

<sup>48</sup> ALVES *op.cit.* p.40

<sup>49</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011. P.33.

ser caracterizada por uma divisão em "zonas civilizadas", onde as pessoas - ainda - vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em "zonas selvagens", caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção das "zonas civilizadas", passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subvertesse virtualmente a ordem jurídica democrática, fenômeno que Boaventura Santos designou de "fascismo do Estado pararelo".<sup>50</sup>

Paulo Bonavides caracteriza bem esse conceito:

O Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança". As Constituições tendem a se transformar num pacto de garantia social. Assim, o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável.<sup>51</sup>

O interesse público invoca a presença do Estado Administrador ou do Estado – Legislador, devendo estar presente tanto no momento da elaboração da lei, como na sua execução pelo administrador público, assevera Di Pietro.<sup>52</sup>

Não se pode esquecer que a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público.<sup>53</sup>

Aqui, cabem algumas considerações sobre as **prerrogativas** processuais da Fazenda Pública. O princípio da isonomia do processo<sup>54</sup> garante a igualdade de todos perante a lei, e por óbvio, para a garantia da garantia material, as partes devem ser discriminadas na medida das suas desigualdades.

Na verdade, o princípio da igualdade dirige-se, em princípio, ao próprio legislador, que não pode incorporar na legislação discriminações intoleráveis ou, melhor dizendo, desarrazoadas. Significa que o princípio da razoabilidade

---

<sup>50</sup> SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2006. p.54.

<sup>51</sup> - BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 306.

<sup>52</sup> DI PIETRO, Maria Zanella *apud* CUNHA, *op.cit.* p.34

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Zanella *apud* CUNHA, *op.cit.* p.33

<sup>54</sup> Art. 125, inciso I – Código de processo civil – Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973.

finca a aplicação do princípio da isonomia revela-se como corolário do devido processo legal, em cujo espectro se insere no princípio da razoabilidade<sup>55</sup>.

As diferenças previstas em leis devem decorrer de fundamentos plausíveis e razoáveis. A princípio, causa estranheza à previsão de prerrogativas processuais, para alguns, privilégios, à Fazenda Pública, supostamente a parte que goza de melhor estrutura e garantia para atuação processual.

As prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública justificam-se pela defesa do interesse público, viabilizando o exercício de sua atividade no processo da maneira mais ampla, evitando condenações injustificáveis para o Erário. Igualmente, assevera José Roberto de Moraes:

Quando a fazenda pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda sociedade que contribui para isso. (...) Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se está protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora<sup>56</sup>.

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que lhe confirmem condições necessárias e suficientes para tanto.

Ora, a Fazenda Pública que é representada em juízo por seus procuradores, não reúne as mesmas condições que um particular para defender seus interesses em juízo. Além de estar defendendo o interesse público, a Fazenda Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. O volume de trabalho que cerca os advogados públicos impede, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados para particulares. Demais disso, enquanto um advogado particular pode selecionar suas causas, recusando aquelas que não lhe convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder à defesa da Fazenda Pública, ressalta Nelson Nery<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas *apud* CUNHA. *op.cit.* p.31

<sup>56</sup> MORAES, José Roberto *apud* CUNHA *op.cit.* p.35

<sup>57</sup> NERY JUNIOR, Nelson *apud* CUNHA *op.cit.* p.35

Tudo isso aliado ao fato de a Fazenda Pública ser promotora de interesse público, justifica a manutenção das prerrogativas processuais e não privilégios, instituídas em favor das pessoas jurídicas de direito público<sup>58</sup>.

Neste cenário, surge o pedido de suspensão de segurança, criticado por muitos, mas com o nobre objetivo de tutelar os direitos coletivos, que transcendem à pessoa jurídica interessada, exatamente por destinar-se à proteção de interesse público<sup>59</sup>, tema que passaremos a discorrer no próximo ponto.

#### **4.2. A suspensão de segurança e a defesa do interesse público.**

O Pedido de Suspensão constitui instituto destinado a viabilizar a adoção de medidas de contracautela em todas as hipóteses em que um provimento judicial, que emane efeitos concretos imediatos, possua potencial para causar grave lesão a interesses públicos relevantes.

Referido instituto encontra previsão no artigo 4.º da Lei n.º 8.437/1992 – reproduzido pelo artigo 15 da nova Lei do Mandado de Segurança –, que assim dispõe:

Lei n.º 8.437/1992

Art. 4.º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

(...)

§ 5.º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4.º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

(...) *(grifos acrescentados)*

---

<sup>58</sup> CUNHA *op.cit.* p.39

<sup>59</sup> CUNHA, *op.cit.* p.579

O pedido de suspensão é cabível em todas as hipóteses nas quais se concede provimento de urgência contra a Fazenda Pública ou quando a sentença contém efeitos imediatos. Assim, o pressuposto fundamental que autoriza o manejo desta via excepcional é a preservação do interesse público, em seu sentido lato.

No julgamento do pedido de suspensão, não se examinam questões ligadas ao mérito da causa principal, mas tão somente os pressupostos materiais insculpidos no art. 4.º da Lei 8.437/1992, a possibilidade de grave lesão aos valores jurídicos tutelados: ordem administrativa, saúde, segurança e economia pública. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

(...). A suspensão de medida liminar exige um juízo político **a respeito dos valores jurídicos tutelados pela Lei nº 8.437, de 1992, no seu art. 4º, a saber, ordem, saúde, segurança e economia públicas**. Nesse âmbito, **não se avalia a correção ou equívoco da decisão**, mas a potencialidade de lesão àqueles valores – circunstância não demonstrada na espécie. Agravo regimental não provido<sup>60</sup>.(Grifo nosso).

O artigo 4.º, *caput* da Lei n.º 8.437/1992 prescreve que para o deferimento da suspensão de execução de sentença deverão estar presentes os seguintes requisitos: manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade e risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Todavia, embora o pedido de suspensão de sentença possua requisitos próprios, a jurisprudência do Pretório Excelso consolidou o entendimento de que não se prescinde de um juízo mínimo de delibação do mérito da causa<sup>61</sup>. A análise, mesmo

<sup>60</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 1209. Corte Especial. Relator Ministro Presidente do STJ. Brasília, 28 de outubro de 2010.

<sup>61</sup> (...) 1. **A jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal permite o proferimento de um juízo mínimo de delibação, no que concerne ao mérito objeto do processo principal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão** (SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, dentre outros).

2. Demonstração dos requisitos objetivos para o deferimento de suspensão da execução de acórdão: lesão à ordem pública, tendo em vista o contido nos arts. 21, XII, "e", e 175 da Constituição da República. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade da prestação de serviços de transporte interestadual de passageiros a título precário, sem a observância do procedimento licitatório. Lesão à ordem administrativa: afastamento da Administração do legítimo juízo discricionário de conveniência e oportunidade na fixação de trecho a ser explorado diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, do serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

que superficial do mérito da causa originária, é essencial para o alcance de uma solução fundamentada ao problema apontado pela Administração, agregando legitimidade à decisão judicial.

Nesse contexto, o pedido de suspensão de segurança tem se apresentado como um liame entre a administração e o poder judiciário, na medida em que permite que argumentos políticos, que caracterizam a urgência do pedido, e não apenas jurídicos, sejam apresentados.

### 4.3. Poder executivo: suspensão de segurança, um instrumento?

A judicialização de atos de cunho político do Poder Público é uma constante no novo cenário do Poder Judiciário, razão pela qual se comprova a necessidade atual de chancela das políticas públicas. E nessa situação o pedido de suspensão de segurança afirma-se como instrumento necessário para a consecução dos objetivos do Estado.

Marcelo Abelha, em um aprofundado estudo sobre a suspensão, aduz que Capelletti<sup>62</sup> na sua obra Problemas da Reforma do processo civil, ressalta que o jurista deve sempre examinar: a) o problema social que reclama uma solução no plano jurídico; b) a aptidão dos institutos e procedimentos para resolvê-lo; e c) o impacto, a eficácia dessa resposta ante a necessidade social.

---

3. Não ocorrência, no caso, de utilização do pedido de suspensão dos efeitos de decisão como recurso, até porque a decisão ora agravada, com fundamento no art. 4º, caput, da Lei 8.437/92, c/c o art. 1º da Lei 9.494/97, apenas suspende a execução do acórdão em apreço, certo que o mérito da ação principal poderá, ao final, ser favorável à agravante e, portanto, transitar em julgado.

4. Agravo regimental improvido.  
(STF, STA 73-AgR/SP. Tribunal Pleno, Relatora Ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET. Julgado em 17/03/2008, publicado no DJe em 02/05/2008) (*grifo acrescido*).

<sup>62</sup> CAPELLETTI, Mauro *apud* RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.226

Partindo dessas premissas, Marcelo Abelha ressalta a importância deste instrumento no importante escopo de garantir interesse público relevante, e pontua:

Não podemos olvidar a análise do objeto deste trabalho sob o ponto de vista da efetividade do processo, tanto sob a perspectiva daquele que requer a medida quanto sob a daquele que suporta , analisando ainda o papel do órgão jurisdicional na aplicação do instituto. (...)

Sob o ponto de vista do interesse que pretende tutelar, o incidente de suspensão de execução da decisão judicial constitui-se num remédio processual de invejável importância e nobreza. Só de imaginar que tal requerimento tem o condão de evitar que, por via de uma decisão judicial não definitiva, uma afirmação de direito cause grave lesão aos bens da coletividade, seria bastante para justificar a manutenção do instituto<sup>63</sup>.

A suspensão de segurança é a opção do sistema em privilegiar a afirmação do interesse público em detrimento da afirmação do direito do autor, normalmente de dimensão menor do que o interesse coletivo resguardado por este incidente<sup>64</sup>.

No que tange a **efetividade do processo principal**, embora o incidente não paralise o seu andamento, expressamente reflete no seu conteúdo, na medida em que o seu objetivo é a suspensão dos efeitos da tutela. E por tratar-se de instituto de grande relevância para o Poder Público e para a justiça na garantia da execução das políticas públicas deve ser utilizado com cautela.

Pela experiência que adquirimos na análise desse instituto, percebemos que ele deve ser utilizado com maior seriedade, compatível, pois, com o nível de sua importância. Para tanto, contra esse uso invulgar e temerário, na maioria das vezes praticada como via alternativa do efeito suspensivo não obtido no agravo (art.527, III do CPC), deve o presidente do tribunal não só rechaçá-lo de plano, mas ainda aplicar a pena de *improbis litigator* ao requerente (art. 18 do CPC). Assim deve apenas conceder medida quando existirem provas que permitam o seu convencimento e a fundamentação da decisão.

(...)

Concluindo, pois, gostaríamos que ficasse inculcada no presidente do Tribunal competente a ideia de que, na maioria das hipóteses em que concede a suspensão requerida, está retirando a eficácia de uma decisão pautada na

---

<sup>63</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.226

<sup>64</sup> RODRIGUES, *op.cit.* p.227.

urgência e no risco da lesão. Enfim, *salvará* uma afirmação de direito para *aterrar* outra<sup>65</sup>.

Soa contundente, ainda e, sobretudo, nos dias atuais, a assertiva de Chiovenda no sentido de que o processo deve proporcionar a quem tem direito, individual ou coletivamente considerado, tudo aquilo e precisamente aquilo ele pode e deve obter<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha *op.cit.* p.228.

<sup>66</sup> CHIOVENDA *apud* ALVES, Rogério Pacheco *op.cit.* p.13



## 5. ATIVISMO JUDICIAL E A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

### 5.1. A visão dos tribunais superiores

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes<sup>67</sup>.

Os Tribunais superiores na análise do pedido de segurança têm se pautado em um juízo misto: juízo político e a pertinência das questões debatidas na ação originária, o juízo de deliberação. Dessa forma, exige-se a presença do *periculum in mora* (risco de grave lesão à economia; segurança; ordem ou saúde pública) e o *fumus boni iuris*, a probabilidade de concessão da decisão, em face da qual se apresenta o pedido, comprovada a ofensa às normas jurídicas.

Os Tribunais Superiores tem utilizado o pedido de suspensão de segurança para garantir preservação do interesse público. Em recente precedente, o Pretório Excelso, na discussão sobre a possibilidade de divulgação das informações funcionais, em sítio eletrônico, em flagrante conflito entre o direito a intimidade e à privacidade do servidor público em face princípio da publicidade administrativa, fez a opção pelo direito dos cidadãos à transparência na Administração Pública.

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo

---

<sup>67</sup> BARROSO *op.cit.* p.6

de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. **Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objetos da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver a sua Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos<sup>68</sup>.**

O Ministro Ayres Brito, em seu voto condutor do acórdão, que trata da ponderação de interesses constitucionais: o direito à vida privada e à publicidade administrativa.

Início pelo juízo de que estamos a lidar com situação demandante de conciliação de princípios constitucionais em aparente estado de colisão. De um lado faz-se presente, aí sim, o princípio da publicidade administrativa (caput do art. 37). Princípio que significa o dever estatal de divulgação dos atos públicos. Dever eminentemente republicano, porque a gestão da “coisa pública” (República é isso) é de vir a lume com o máximo de transparência. Tirante, claro as exceções, constitucionalmente abertas, aquelas “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade do Estado” (inciso XXXIII do artigo 5). Logo, estampadas que sejam as exceções constitucionalmente estampadas, o certo é que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade (...)”, conforme a primeira parte redacional do mesmo artigo 5º. Com o que os indivíduos melhor se defendem das arremetidas eventualmente ilícitas do Estado, enquanto os cidadãos podem

---

<sup>68</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em Suspensão de segurança 3902. Relator(a): Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno. Brasília, 09 de junho de 2011. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso: agosto/2012.

fazer o concreto uso do direito que a nossa Constituição lhes assegura pelo par. 2º. do artigo 72 (...).

A Carta Magna não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas<sup>69</sup>. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais.

O Superior Tribunal de Justiça também já reconheceu a importância do pedido de suspensão de segurança, como instrumento necessário à garantia dos interesses dos cidadãos.

Ao Judiciário cabe o controle da legalidade dos atos da Administração. **O ativismo judicial pode legitimar-se para integrar a legislação onde não exista norma escrita, recorrendo-se, então, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (CPC, art. 126). Mas a atividade administrativa, propriamente tal, não pode ser pautada pelo Judiciário.** Na espécie, em última análise, o MM. Juiz Federal fez mais do que a Administração poderia fazer, porque impôs o que esta só pode autorizar, isto é, que alguém assuma a responsabilidade pela prestação de serviço público.<sup>70</sup>

O Judiciário, no âmbito da suspensão de segurança, acaba sendo forçado a sair de uma postura de análise puramente técnica do direito posto em face do caso concreto para uma posição de maior protagonismo na concretização de políticas públicas estatais<sup>71</sup>.

## 5.2. Análise de caso concreto.

Para concluir esse estudo, apresenta-se a análise de julgado do Superior Tribunal de Justiça, na qual se demonstra a importância do pedido de suspensão de

---

<sup>69</sup> RMS 24.197/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010, disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 20-07-2012.

<sup>70</sup> AgRg na SLS 1427/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2011, DJe 29/02/2012), disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 20-07-2012.

<sup>71</sup> LEITE, Carlos Henrique C. – A suspensão de segurança e o protagonismo judicial na concretização das políticas públicas. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21954>. Acesso em 14-08-2012.

segurança na garantia do interesse público, em conjunto com a atuação ativa do Poder Judiciário.

No caso particular discutia-se a concessão de licença ambiental, pela Autarquia Ambiental responsável, para as obra de duplicação de uma rodovia. O Ministério Público Federal, irresignado com as conclusões apresentadas, propôs ação civil pública, na qual requereu a modificação do lado da pista a ser construída, num trecho de 3 km da Rodovia, alegando grande sensibilidade ambiental, em face das espécies de fauna e flora no bioma Mata Atlântica.

Nas suas razões, a Autarquia Ambiental aduziu que o objetivo da ação, a preservação do meio ambiente, é consentâneo com as suas funções institucionais, haja vista pretender, com base no princípio da precaução, impedir a ocorrência de novos danos ambientais, mediante o exercício do poder de polícia pela Administração.

Contudo, a ponderação sobre a razoabilidade e proporcionalidade na escolha da técnica da Administração deveria ser considerada.

A pretensão foi acolhida pelo magistrado<sup>72</sup>. Em decisão monocrática, no

---

<sup>72</sup> “Mesmo que o legislador ordinário tenha previsto a possibilidade para a supressão da vegetação em áreas de preservação, esta deve ser vista como medida excepcional, tomada apenas frente à inexistência de alternativa viável para a obra e, obviamente, tendo em vista a importância do empreendimento.

Não se põe em dúvida a imprescindibilidade da duplicação da BR-392 para a região sul do estado. No entanto, não lograram os réus comprovar com a necessária precisão a extensão do atraso que sofreriam as obras com a alteração do projeto postulada pelo Ministério Público Federal. Limitou-se, de fato, o DNIT, a fazer afirmações vagas sobre o 'retardamento desproporcional de uma obra pública de crucial importância não apenas para a região do Município do Rio Grande, mas para todo o Brasil e os demais países do Mercosul'. Do mesmo modo, os documentos juntados aos autos não apresentam um cronograma definido que esclareça o tempo adicional que seria necessário para a execução do projeto, fazendo apenas estimativas genéricas. Exemplo disso é o documento firmado por representantes da ENECON S.A. (evento 1, OUT13), que prevê um prazo de dois anos para a realização de licitações, projeto de engenharia e licenciamento de instalação, sem considerar, porém, que o tempo normal de realização das obras já deve se estender por grande parte desse interregno.

De outra banda, o custo estimado da alteração (mesmo que ainda não consideradas algumas variáveis) é de R\$ 624.369,72 (seiscentos e vinte e quatro mil trezentos e sessenta e nove reais e setenta e dois centavos). Referido valor, ao meu sentir, não se mostra razoável a justificar a supressão de vegetação protegida por lei, mormente tendo em vista o custo total estimado da obra (superior a cem milhões de reais).

(...)

Diante do exposto, defiro parcialmente o pedido de liminar, para determinar:

1. a suspensão dos efeitos da liberação, pelo IBAMA, da frente de obras no lado direito (sentido Rio

juízo do agravo de instrumento da Autarquia, foi mantida a decisão liminar.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão exarada na Ação Civil Pública nº 5004537-56.2011.404.7101/RS, nos seguintes termos:

(...)

**Do exame do conteúdo da peça inicial, verifica-se que inexistem qualquer elemento ou fato novo que traduza a hipótese voltada à obtenção da reforma da decisão agravada, motivo pelo qual deve ser a mesma mantida por seus próprios e judiciosos fundamentos, os quais adoto como razões de decidir.**

Assim, considerando os princípios da economia e da celeridade processuais, bem como o excessivo número de agravos que tramitam nesta Corte, a questão aqui suscitada fica submetida à hipótese do art. 557 do Código de Processo Civil, porque a instrução do agravo levaria à inclusão em pauta para que a Turma decidisse matéria manifestamente improcedente, acarretando, em consequência, o acréscimo de trabalho para o Gabinete, a Turma e a Secretaria.

Em face do exposto, com base no art. 557 do Código de Processo Civil c/c o art. 37, § 2º, II, do Regimento Interno deste Tribunal, nego provimento ao agravo de instrumento.

Em face desta decisão foi apresentado o pedido de suspensão de segurança no Superior Tribunal de Justiça, em face do grave risco de lesão à economia, a ordem administrativa e a segurança.

Nas suas razões, a Autarquia demonstrou que foram realizados, no cumprimento de suas funções institucionais, todos os estudos técnicos necessários para a concessão da licença ambiental. E, inclusive, foi informado, que, em face da possibilidade de dano ao bioma Mata Atlântica foi determinada a alteração do lado de construção da pista, em outros trechos.

Igualmente, restou claro, por informações técnicas dos analistas, que o impacto ambiental da construção da pista, em qualquer dos lados, seria praticamente o

---

Grande - Pelotas) do trecho compreendido entre os km 37 e 40 da BR 392 e a consequente paralisação da obra no mencionado trecho;

2. ao DNIT que realize a avaliação dos custos totais envolvidos no projeto de alteração das obras de duplicação da rodovia para o lado esquerdo da atual pista, no trecho compreendido entre os Km 37+400 e Km 40+140;

3. ao DNIT que elabore cronograma específico de atividades, tendo em vista a referida mudança, justificando cada um dos prazos apresentados.

Deixo, por ora, de fixar multa pelo eventual descumprimento do presente decisor, consignando, no entanto, que a não obediência ao comando judicial sujeitará os réus às responsabilidades legais.

mesmo, razão pela qual foi determinado o cumprimento de medidas mitigadoras e compensatórias a serem adotadas pelos empreendedores. Nenhum destes argumentos conseguiu convencer o juízo da não razoabilidade da alteração das escolhas técnicas realizadas pela Administração, na concessão de licença para a obra.

Não se pode esquecer que Ordem Pública está relacionada à distribuição das funções estatais entre o Executivo, Legislativo e o Judiciário, sua harmonia e independência, bem como seu controle mútuo e a presente decisão configura nítida ofensa ao exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas, ao permitir a possibilidade de intervenção indevida de um poder – ou de uma função estatal – sobre a outra.

No presente caso, o Poder Judiciário substituiu o Poder Executivo, usurpando suas funções, uma vez que cabe a este e não àquele o estabelecimento de políticas públicas pertinentes à ampliação do sistema viário brasileiro.

As escolhas a serem perfectibilizadas pelo Administrador, aqui, respeitam essencialmente a aspectos técnicos da obra, trata-se, inegavelmente, da chamada “discricionariedade técnica”.

Por fim, além de comprovar que a alteração da obra do trecho requerido iria atrasar a conclusão da obra da rodovia, essencial para o desenvolvimento da região, principalmente para escoamento da produção para os portos, em 15 meses, em cálculos iniciais, previa-se um custo extra de, no mínimo, cinco milhões de reais para a alteração de um trecho de rodovia de 3 km, em relação ao qual o corpo técnico da Administração já havia concluído pela desnecessidade e prejuízo desproporcional aos cofres públicos.

O Superior Tribunal de justiça verificando a ausência de razoabilidade da decisão judicial, que se imiscuiu na esfera discricionária da Administração, sem argumentos técnicos necessários, concedeu o pedido de suspensão.

**“3. A proteção do meio ambiente constitui preocupação de todos e tem sido assegurada pelos nossos tribunais. Acontece que não pode ser levada a extremos.** Aqui o órgão estatal encarregado de cuidar do meio ambiente (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) aprovou a realização da obra - no caso, a duplicação de uma estrada de grande importância estratégica (Rio Grande/Pelotas). **O atraso na respectiva conclusão constitui uma lesão maior ao interesse público do que eventuais custos que a alteração do projeto acarretaria (nova desapropriação, preços atualizados para o trecho modificado, etc.)”.**

Defiro, por isso, o pedido de suspensão<sup>73</sup>.

A presente decisão foi mantida pela Corte Especial<sup>74</sup>. Na hipótese, mesmo tratando-se de proteção ao meio ambiente, no qual deve ser observado o princípio da precaução, o Superior Tribunal de Justiça, em um juízo de ponderação, reconheceu a não razoabilidade da decisão judicial, que sem fundamentos técnicos, afastou as conclusões da Administração, no exercício do seu juízo de discricionariedade e especialização funcional.

Este é mais um exemplo, que confirma a suspensão de segurança, como um instrumento muito útil ao Poder Público, na medida em que permite que argumentos de política (e não de direito) sejam levados à apreciação do Poder Judiciário. Nesse sentido, o Judiciário adota uma postura cada vez mais ativista no sentido de contribuir para a concretização de políticas públicas<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.511 - RS (2012/0005530-2)  
 REQUERENTE : DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT  
 REQUERENTE : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA  
 PROCURADORA : ADRIANA ROBERTA NASCIMENTO CRUZ E OUTRO(S)  
 REQUERIDO : DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NR 50184731420114040000 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO  
 INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

<sup>74</sup> PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. DUPLICAÇÃO DE RODOVIA. APROVAÇÃO DO PROJETO PELO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Aprovada a duplicação de uma estrada de grande importância estratégica pelo órgão estatal encarregado de cuidar do meio ambiente (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), o atraso na respectiva conclusão constitui lesão maior ao interesse público do que eventuais custos que a alteração do projeto acarretaria. Agravo regimental não provido. (AgRg na SLS 1511/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro PRESIDENTE DO STJ, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/04/2012, DJe 14/05/2012)

<sup>75</sup> LEITE, Carlos Henrique C. *Ib.idem*

## 6. CONCLUSÃO

Em verdade, a concretização de um Poder Judiciário eficiente exige, em princípio, uma mudança de mentalidade dos operadores de direito e da nossa sociedade. Exige-se uma ponderação constante dos princípios constitucionais que resguardam o interesse público e autonomia do direito privado. Neste novo processo, o interesse subjetivo da demanda cede lugar ao interesse público da pacificação da questão socialmente e juridicamente relevante.

O novo olhar sobre a organização política do Estado aponta para a flexibilidade no exercício das atribuições dos pelos poderes. Contudo, não se pode esquecer da necessidade da especialização técnica, indicada por Ackerman, especialmente no tocante às definições das políticas públicas.

Essas conclusões decorrem, ou, ao menos deveriam decorrer, de estudos técnicos que viabilizem a garantia dos direitos mínimos do cidadão, saúde, educação, segurança, em face da análise de um orçamento público, que também merece ser respeitado, inclusive, como fundamento para os julgados.

O objetivo deste estudo não foi contrapor-se ao controle judicial dos atos administrativos, em especial das políticas públicas. Após essa breve análise, buscou-se permear que esse controle não pode ser exercido de forma absoluta, deve estar limitado às hipóteses de omissão legislativa ou em atos desarrazoados da Administração Pública.

A nova postura do Poder Judiciário, mais altivo, traz uma maior legitimação às suas decisões, na medida em que insere o olhar social, na sua análise. O risco consiste em algumas tentativas de substituição da máquina administrativa pelas conclusões judiciais.



Considerado esse novo cenário da justiça brasileira, fez-se necessária à instrumentalização da Administração para garantir e evitar nos processos judiciais, que as suas atribuições fossem suprimidas pelo Poder Judiciário. E nesse liame, entre o direito e a política, tão presente nessa discussão, o pedido de suspensão de segurança apresenta-se como um instrumento, a ser utilizado na garantia do exercício das suas atribuições administrativas.

Os Tribunais Superiores têm reconhecido e prestigiado esse instituto, quando demonstrada a possibilidade de grave lesão a um interesse público. Contudo, também tem coibido a sua utilização indevida, como mero sucedâneo recursal.

Ao contrário do que muito se discute, as prerrogativas da fazenda pública tem o objetivo de garantir a concretização do interesse público. Não confundem-se com privilégios. São instrumentos colocados à disposição da Fazenda Pública e devem ser utilizados, com razoabilidade, para a consecução do interesse coletivo.

Contudo, essa questão dissonante ainda será bastante revisitada e as posições expostas aqui demonstram apenas o início deste debate.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ACKERMAN, Bruce. **A nova Separação dos poderes**. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

ALBUQUERQUE, Vitor Carneiro. **O princípio da separação dos poderes e o exercício da função normativa pelo Poder Executivo**. Jus Navegandi – junho-2011. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br). Acesso em julho/2012..

ALVES, Rogério Pacheco. **As prerrogativas da Administração Pública nas ações coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>. Acesso: agosto/2012.

BICCA, Carolina Scherer . **O ativismo judicial no controle das políticas públicas: o caso da assistência social**. 2011. Dissertação. (Mestrado em direito) – IDP, Brasília.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e democracia**. Revista ALCEU – PUC-Rio. Disponível em [www.revistaalceu.com.puc-rio.br](http://www.revistaalceu.com.puc-rio.br). Acesso: julho/2012.

CYRINO, André Rodrigues. **Separação de poderes , regulação e controle judicial: por uma amicus curiae regulatório**. Janeiro-2010. REDAE – Revista eletrônica de Direito Econômico .Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em julho/2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DELGADO, José Augusto. **Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea**. In: Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12781/ativismo-judicial-em-crise/2#ixzz23e9mNhCo>. Acesso: julho /2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?** Revista USP, São Paulo, n.21, p.12-21,1994. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>. Acesso: julho/2012.

FILHO, José Geraldo Alencar. **Judicialização da política e ativismo judicial**: Estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial. Dissertação. (Mestrado em Direito). UNICAP. Recife, 2011.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Bahia: Podium, 2008.

LEITE, Carlos Henrique C. **A suspensão de segurança e o protagonismo judicial na concretização das políticas públicas**. Jus Naveandi. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21954>. Acesso: agosto/2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da Separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Trabalho publicado nos Anais do XVII CONPEDI – Brasília- DF. Novembro-2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2006.