

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

**FERNANDO CÁSSIO FERNANDES DUARTE**

**O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO**

São Luís  
2014

**FERNANDO CÁSSIO FERNANDES DUARTE**

**O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. José de Ribamar Caldas  
Furtado

São Luís

2014

**FERNANDO CÁSSIO FERNANDES DUARTE**

**O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em:     /     /

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Msc. José de Ribamar Caldas Furtado** (Orientador)  
Universidade Federal do Maranhão

---

(Examinador)  
Universidade Federal do Maranhão

---

(Examinador)  
Universidade Federal do Maranhão

A todos que, de certa forma, trilharam parte do caminho comigo.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, sem o Qual não poderia sequer cogitar em dar um passo adiante na direção da retidão e da verdade.

À minha mãe, Zenilde Lima Fernandes, a quem devo tudo o que sou e o que me tornou mais forte.

Às minhas tias, Marinilde Fernandes Prazeres e Gracilene Lima Mota pelo carinho, incentivo e toda a ajuda que puderam prestar aos meus estudos durante os cinco anos de academia.

À Catarina, pelo companheirismo, paciência e amor sincero que tornaram toda a minha vida mais alegre e humana.

A toda minha família.

À turma de Direito Noturno 2009.2, por todas as experiências compartilhadas e pelas amizades feitas.

Aos estagiários do Ministério Público Federal, pelo conhecimento com eles adquirido, pelas tardes e surpresas agradáveis.

À Universidade Federal do Maranhão, à Coordenação e ao Departamento do Curso de Direito.

A todas as dificuldades, pela oportunidade de autoconhecimento e superação. Outras virão e serão igualmente vencidas.

"Ninguém pode construir em teu lugar as pontes que precisarás passar para atravessar o rio da vida. Ninguém, exceto tu, só tu. Existem, por certo, atalhos sem número, e pontes, e semideuses que se oferecerão para levar-te além do rio, mas isso te custaria a tua própria pessoa: tu te hipotecarias e te perderias. Existe no mundo um único caminho por onde só tu podes passar. Aonde leva? Não perguntes, segue-o!"

Nietzsche (Assim Falou Zaratustra)

## RESUMO

As novas perspectivas sociais demandam respostas mais palpáveis do estado seja como administrador seja como juiz. Deveras, não há mais espaço para a indefinição das opções políticas de governo que busquem privilegiar uma pequena parcela populacional. A terceira geração de direitos fundamentais trouxe consigo a característica da transindividualidade inerente aos direitos difusos e coletivos encartados na ordem constitucional. Se há omissão ou abuso na execução das políticas públicas sociais de saúde, educação etc, não há como furtar seu exame de legalidade, legitimidade e juridicidade do poder judiciário que inevitavelmente se posicionará de alguma forma, exprimindo uma determinada linha de argumentação jurídica, delimitando os contornos e o grau de densidade de uma norma coletiva. Funcionando com aparato desse verdadeiro controle de mérito, o princípio do ativismo judicial se torna o fundamento doutrinário mais acertado para que se corrijam eventuais formas de negação dos direitos pela Administração Pública, permitindo ao julgador sopesar sua maior ou menor interferência de acordo com padrões objetivos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos difusos e coletivos. Políticas públicas. Controle de mérito. Ativismo Judicial. Padrões objetivos.

## **ABSTRACT**

The new social perspectives demand more concrete answers from the State as manager or judge. Indeed, there is no more space for undefining of public policies that intend to privilege a small part of the population. The third generation of fundamental rights brought with itself the characteristic of transindividuality which is essentially present in diffuse and collective rights of the constitutional order. If there is omission or abuse in the execution of public policies of Health Care, Education etc, it is impossible to take the analysis about its legality, legitimacy e juridicity from Judiciary that unavoidably will be positioned anyway, expressing some legal argue line, establishing edges and degrees for the density of a collective rule. Working as mechanism of this true merit control, the defining function principle becomes the most adequate doctrine basis to make correct some ways of rights violation practiced by Public Administration, permitting to the judge increase or decrease his interference according to objective standards.

**KEYWORDS:** Diffuse and collective rights. Public policies. Public Administration. Merit control. Defining function. Objective standards.

## LISTA DE SIGLAS

|      |  |
|------|--|
| ADC  | Ação Declaratória de Constitucionalidade       |
| ADI  | Ação Direta de Inconstitucionalidade           |
| AgRg | Agravo Regimental                              |
| CRFB | Constituição da República Federativa do Brasil |
| CDC  | Código de Defesa do Consumidor                 |
| CPC  | Código de Processo Civil                       |
| FGTS | Fundo de Garantia por Tempo de Serviço         |
| LACP | Lei de Ação Civil Pública                      |
| RE   | Recurso Extraordinário                         |
| REsp | Recurso Especial                               |
| RMS  | Recurso em Mandado de Segurança                |
| STF  | Supremo Tribunal Federal                       |
| STJ  | Superior Tribunal de Justiça                   |
| SUS  | Sistema Único de Saúde                         |

## SUMÁRIO

|            |  |    |
|------------|--|----|
| <b>1</b>   | <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 10 |
| <b>2</b>   | <b>CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....  | 13 |
| <b>2.1</b> | <b>O controle judicial quanto à legalidade dos atos administrativos</b> .....  | 13 |
| <b>2.2</b> | <b>O controle judicial de mérito dos atos administrativos</b> .....  | 14 |
| 2.2.1      | O princípio da inafastabilidade da jurisdição .....  | 14 |
| 2.2.2      | O controle externo de legitimidade pelo Poder Legislativo .....  | 17 |
| 2.2.3      | A evolução dos modelos administrativos e das respectivas formas de<br>Controle .....   | 19 |
| 2.2.4      | O posicionamento da doutrina administrativista clássica e a nova<br>perspectiva do controle judicial de atos administrativos discricionários: as<br>zonas de certeza positiva e negativa de Binbenbojm ..... | 21 |
| <b>3</b>   | <b>O PRINCÍPIO PROCESSUAL COLETIVO DO ATIVISMO JUDICIAL</b> .....  | 25 |
| <b>3.1</b> | <b>Direitos difusos e coletivos</b> .....  | 25 |
| <b>3.2</b> | <b>O princípio do ativismo judicial ou "defining function" e a lógica<br/>processual civil coletiva</b> .....  | 27 |
| <b>3.3</b> | <b>As implicações práticas da noção de ativismo judicial</b> .....   | 29 |
| 3.3.1      | Não adstrição ao pedido ou à causa de pedir .....  | 29 |
| 3.3.2      | Caráter inquisitivo da instrução processual .....  | 31 |
| 3.3.3      | Flexibilização procedimental .....   | 33 |
| 3.3.4      | Controle de políticas públicas .....   | 34 |
| <b>4</b>   | <b>A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE<br/>DE ATOS ADMINISTRATIVOS QUANTO AO MÉRITO</b> .....  | 37 |
| <b>4.1</b> | <b>O embate do "mínimo existencial" em face da "reserva do possível"</b> .....   | 37 |
| <b>4.2</b> | <b>A aurora de uma nova jurisprudência em matéria de controle da<br/>Administração Pública</b> .....   | 40 |
| <b>5</b>   | <b>CONCLUSÃO</b> .....   | 49 |
|            | REFERÊNCIAS .....  | 52 |

## 1 INTRODUÇÃO

Assiste-se a mudança de uma concepção acerca do controle que pode ser exercido pelo Judiciário sobre a Administração Pública. Como pano de fundo, a conjuntura do pensamento pós-positivista contribui para que seja pensada uma forma de controle mais eficaz e efetivo na garantia dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, exsurge em maior grau a necessidade do julgador, no caso posto *sub judice*, adentrar a análise do mérito administrativo, exorbitando a avaliação de mera conformidade do aspecto do ato com a letra da lei.

Entretanto, cumpre frisar que parte da doutrina ainda reluta em admitir como inerente aos poderes constitucionalmente conferidos ao Judiciário o julgamento da oportunidade e conveniência quando da implementação de políticas públicas consubstanciadas em atos formais, para a qual não há: "(...) parâmetros dotados de certa objetividade que possam indicar até onde será lícita tal interferência." (CARVALHO FILHO, 2012, p. 52).

Ocorre que esta faceta mais recalcitrante de certos administrativistas contradiz-se quando afirmam existirem atos revestidos de legalidade, mas dotados de conteúdo imoral, violadores substanciais da ordem jurídica sob os aspectos diversos da legalidade, confrontando princípios como o da eficiência, probidade ou finalidade que, por sua vez, também necessitam ser submetidos ao crivo dos juízes para se aferir sua legitimidade, grau de atendimento a padrões razoáveis e proporcionais de opções políticas.

A verdade é que, se há, de fato, esse controle, há que se falar de dissecação do mérito administrativo, não com o fito de afirmar certa política pública vinculada a uma ou outra ideologia política de governo, mas de viabilizar o exercício de certo direito assegurado constitucionalmente, o que reduz sensivelmente o campo de escolha do administrador público, caso em que "(...) a sindicabilidade pelo Judiciário é decorrência natural do dever de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais." (DIDIER Jr; ZANETI Jr, 2012, p. 129)

Ademais, a título de questionamento, poderíamos indagar: Por que subtrair do Poder Judiciário a competência de submeter a sua apreciação o mérito dos atos administrativos discricionários, em um verdadeiro controle de legitimidade/juridicidade, se a própria Carta Política de 1988 deferiu-a

expressamente ao Legislativo, via controle externo, por meio do art. 70, caput da CRFB? Não haveria um rompimento no equilíbrio e harmonia dos Poderes a afirmativa do quadro fático?

Pode-se até firmar o entendimento de que surrupiar do juiz, no caso concreto, a análise do aspecto relativo ao mérito administrativo, sobretudo de um ato discricionário, seria negar o próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, de acordo com o previsto no art. 5º, XXXV da CF/1988, o que abrangeria todos os aspectos relativos ao deslinde da controvérsia posta em juízo.

Assim, vem reforçar o aporte teórico deste tipo de controle o princípio do ativismo judicial ou *defining function*, próprio do Direito Processual Coletivo, importado do direito norte-americano, motivo pelo qual causa estranheza a certos juristas que atribuem ao termo "ativismo judicial" um comportamento indevido do órgão jurisdicional na condução da marcha processual.

Mas, ao revés do sentido pejorativo, o ativismo judicial, no devido contexto do Direito Processual Coletivo, é pautado na proatividade do juiz, em contraste com a inércia que lhe é tão cara no processo civil individual. Em outros termos, é preceito basilar na dinâmica da defesa processual dos interesses difusos e coletivos.

Logo, quando ressoa a expressão ativismo judicial, deve-se ter em mente que sua noção traz quatro implicações importantes: a) o poder instrutório mais acentuado do juiz, mitigando-se a passividade do julgador; b) a flexibilização procedimental com vistas a franquear o interesse público; c) a não adstricção ao pedido ou à causa de pedir; e, finalmente, d) o controle de políticas públicas.

Este último ponto é o que guarda mais afinidade do princípio em tela com a temática do controle judicial de mérito do ato administrativo discricionário, na medida em que envolve, por óbvio, direitos difusos e coletivos como os relacionados à segurança pública, saúde, meio ambiente, consumidor, educação, etc.

Impende frisar que a obra monográfica a ser desenvolvida também pretende a análise pormenorizada da jurisprudência pátria dos Tribunais Superiores e do STF, que ora mostra-se vacilante, ora determinada a aceitar por completo a tese de plausibilidade do controle da Administração Pública por meio dos atos administrativos por ela editados, em todos os seus elementos e atributos.

Em razão do exposto, pretende-se perquirir em que medida o controle de mérito (oportunidade e conveniência sob a ótica da legitimidade e conveniência) dos atos administrativos discricionários dá concretude ao princípio processual coletivo do ativismo judicial ou *defining function*.

Diante desse panorama, o presente trabalho monográfico propõe-se à acurada análise do grau de concretização do princípio processual coletivo do ativismo judicial através do exercício do controle meritório dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Valendo-se de pesquisa teórico-qualitativa, através do manejo do método exploratório e dedutivo, a partir do uso de técnicas de pesquisa bibliográfica, análise jurisprudencial e aplicação de métodos interpretativos, busca-se analisar criticamente a base doutrinária e de julgados de tribunais superiores relativa à matéria, almejando chegar a questionamentos dos efeitos dessas decisões.

Inicialmente, o primeiro capítulo volta-se ao debate acerca das formas de controle do ato administrativo pelos demais poderes e seus limites, como forma de se verificar as contradições do discurso doutrinário clássico em tal seara.

O segundo capítulo trata do direito processual coletivo, com o foco voltado para o princípio específico do ativismo judicial e suas implicações práticas, notadamente pelo aspecto do controle de políticas públicas.

O terceiro e último capítulo abrange ligeiramente a problemática do conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível e esmiúça a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de mérito de opções e omissões do Poder Executivo, demonstrando a necessidade do ativismo judicial na efetivação dos direitos difusos e coletivos.

## 2 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

### 2.1 O controle judicial quanto à legalidade dos atos administrativos

Classicamente, a doutrina e jurisprudência adotam a sistemática de um controle dos atos administrativos que se restringe à possibilidade de aferição de critérios de legalidade das condutas emanadas de autoridades públicas que, invariavelmente, ajam representando a vontade do Estado.

Esse controle meramente legal deriva da própria evolução da essência liberal, qual seja, a dispor normas prévias, retirando a liberdade individual do cambiante humor régio acerca do que seja lícito ou ilícito e tripartir as funções básicas estatais para que, em caso de abuso de poder ou desrespeito à legislação positivada pelo Poder Executivo, o Judiciário faça cessar a lesão ou ameaça à literalidade do texto normativo. Trata-se, basilarmente, de permitir um mecanismo que coíba os abusos autoritários e determinações absurdas que não derivem única e exclusivamente da lei, representação por excelência do que seria a vontade geral dos governados.

Outrossim, o controle judicial de legalidade dos atos administrativos exorbitantes das prescrições legais funcionaria como um verdadeiro antídoto ao autoritarismo ínsito na doutrina absolutista, ideário do Antigo Regime sepultado pelo liberalismo surgido na segunda metade do século XVIII na Europa Continental.

A Carta Política de 1988, em seu art. 37 é expressa em elencar a legalidade como princípio constitucional da Administração Pública de todos os entes federados e em todos os Poderes, de modo que não há mais espaços para atuações administrativas independentes do mandamento da lei, criadoras unilaterais de deveres ou que afrontem diretamente seu enunciado.

Frise-se ainda que o liame que une a Administração Pública à lei é mais estreito do que aquele que o faz em relação aos particulares, de forma que, se "... na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é *permitido*." (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 950). Assim, o eminente administrativista aduz que, para ser válido e conforme, não basta que o ato seja não contrário à lei, mas também que seja subsumível, típico.

Bastaria, portanto ao julgador, no caso concreto posto à sua apreciação, analisar acuradamente o conteúdo da norma regente e compará-lo com o teor do ato

administrativo impugnado a fim de decidir pela contrariedade ou não deste em relação ao texto legal e então invalidá-lo.

Obviamente que esta modalidade de controle é estritamente necessária ante a prática de condutas flagrantemente contrárias à lei, praticadas pelos agentes públicos, ainda muito comum contemporaneamente. Mas, por motivos a seguir explanados, não é suficiente para conter os abusos perpetrados pelo agir mascarado de certas autoridades.

## **2.2 O controle judicial de mérito dos atos administrativos**

### **2.2.1 O princípio da inafastabilidade da jurisdição**

Também alcunhado de *princípio da indeclinabilidade* ou *do amplo acesso à jurisdição*, a disposição do art. 5º, XXXV da Constituição da República preleciona que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Para que se compreenda a ênfase da dita indeclinabilidade e de sua força, a norma constitucional veda expressamente à lei que o faça e implicitamente às autoridades públicas.

Isto porque, tal dispositivo conta com outras normas constitucionais que lhe garantem eficácia, à guisa de exemplo, temos a possibilidade de prestação de assistência jurídica gratuita e integral, esta tanto no âmbito da assistência dos hipossuficientes pelas Defensoria públicas Estaduais e da União quanto pela isenção do pagamento das custas por aqueles que assim se declararem, na forma do art. 4º da lei nº 1.060/1950 e as ações constitucionais gratuitas como o habeas corpus, o habeas data e a ação popular, verdadeiros mecanismos de exercício de cidadania (art. 5º, LXXVII da CF).

Portanto, não decorreria de uma lógica jurídica aceitável a afirmação de que determinado ato administrativo mascarado de legalidade, atentatório do princípio da moralidade (logo, de árdua comprovação de vício) não pudesse ser devidamente controlado pelo Poder Judiciário, partindo de critérios objetivos de presunção relativa que o apontassem e permitissem sua invalidação como instrumento de higidez das boas práticas administrativas. Conforme é salientado a seguir:

Assim, praticado o ato no exercício do poder discricionário e não alcançado o interesse público a que a norma visa, caberá a provocação do Judiciário

para anular o ato, eliminando o arbítrio subjacente à atividade do administrador público. Nesse caso, ter-se-á configurada a clássica hipótese do desvio de poder, não persistindo dúvidas sobre a admissibilidade do controle judicial. (CUNHA, 2012, p. 623)

Nessa linha de entendimento, colaciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que apregoa que:

O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. (STJ, REsp 429.570/GO. rel. Min.Eliana Calmon, Dj de 22/03/2004).

Em suma, é inconcebível que a doutrina e a jurisprudência ainda relutem em admitir explicitamente a possibilidade de análise do mérito do ato administrativo para corrigi-lo e ajustá-lo à realidade fática do que seja razoável conceder ou exigir.

É certo que uma parcela doutrinária admite que até os atos políticos podem sofrer controle jurisdicional caso violem direitos públicos subjetivos e princípios constitucionais fundamentais explícitos ou tácitos fundamentais, hipótese e que não se afiguraria invasão indevida entre os poderes, corroborando tal posição, é o fragmento a seguir compulsado:

Com relação aos atos políticos, é possível também a sua apreciação pelo Poder Judiciário, desde que causem lesão a direitos individuais ou coletivos. Houve um período no direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1937, em que os atos políticos eram insuscetíveis de apreciação judicial, por força de seu artigo 94. Essa norma ligava-se à concepção do ato político como sendo aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais; como o exercício do direito de ação estava condicionado à existência de um direito individual lesado, não ocorrendo essa lesão, faltava o interesse de agir para o recurso às vias judiciais.

Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição, foi aos poucos sendo superada; inicialmente, pelo reconhecimento de que o ato político pode, em determinados casos, causar lesão a direitos individuais, como ocorre na promoção de juízes e na intervenção federal; disso resultou uma distinção entre atos exclusivamente políticos (que não afetam direitos individuais) e atos quase políticos ou não exclusivamente políticos (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais); os primeiros não podiam e os segundos podiam ser submetidos ao Poder Judiciário.

Pela atual Constituição, existe mais uma razão para admitir-se o controle judicial dos atos políticos; é que o artigo 5º, inciso XXXV proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito, sem distinguir se é individual ou coletivo; além disso, previu, além da ação popular, outras medidas judiciais cabíveis para defesa dos direitos e interesses coletivos, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Com isso, ampliou também a possibilidade de apreciação judicial dos atos exclusivamente político. (DI PIETRO, 2012, p. 450-451)

Nesse compasso, também não há razão para não levar a um pretensão

controle judicial de oportunidade e conveniência o ato que viole direitos fundamentais dentro de uma aparente capa de legalidade, visando agravar ou melhorar a situação jurídica de terceiros particulares individualizáveis, com nítido caráter pessoal, maculado pelo desvio de finalidade, de forma imoral ou mesmo subsidiada por motivos inexistentes.

Conforme se verá adiante em questões relacionadas ao controle de políticas públicas pelo poder judiciário, esclarece Luciano Ferreira Leite:

O controle amplo, compreendendo atos decorrentes de atividade discricionária, não significa que possa o Judiciário, nas hipóteses referidas, modificar os critérios subjetivos que nortearam esses atos, operando uma substituição a vontade administrativa, através de eleição de outros critérios. Tal procedimento acarretaria irremissível violação ao princípio constitucional da tripartição dos poderes. O que cabe ao Judiciário verificar em sua atividade de controle dos atos administrativos baseados na discricionariedade dos agentes, e se a escolha levada a efeito pela Administração se manteve nos limites do razoável, não transbordando os limites a que está sujeita pelo ordenamento jurídico positivo. (1981, p. 74)

Questão da mais alta relevância é a possibilidade de concessão de tutelas de urgência contra atos do Poder Público, isto porque a concessão de liminares e antecipações de tutela são extremamente limitadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

O art. 7º, § 2º da lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009 veda a concessão de liminares em mandado de segurança quando tenham por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens de qualquer natureza.

O art. 1º da lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992 veda igualmente as mesmas hipóteses de concessão de liminares do mandado de segurança para as ações cautelares ou preventivas. Dessa redação, havia quem sustentasse a impossibilidade de concessão de quaisquer medidas *initio litis* que fossem contrárias a atos emanados da Administração Pública. Outros apregoavam a diferenciação didática entre a tutela cautelar e a tutela antecipada para excluir esta última da extensão de aplicação das retrocitadas leis.

Cabe relatar ainda que em 26 de março de 1997 foi editada a Medida Provisória nº 1.570 que estendeu os limites de concessão de liminares às hipóteses de antecipação de tutela, mais especificamente, aos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil e posteriormente, sua redação reapareceu na lei nº 9.494/97 que foi

objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal que a declarou compatível com o Texto Maior. Dessa forma, pontua-se que:

As medidas antecipatórias nas obrigações de fazer requeridas contra o Poder Público são admitidas, mas sofrem os condicionamentos gerais do art. 1º, da Lei nº 9.494/97 e art. 1º da Lei nº 8.437/92, dispositivos considerados constitucionais pelo STF (ADC nº 4-DF). Por isto não cabe tutela antecipada: a) requerida por servidor público para obter reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou vantagem (art. 5º da Lei nº 4348/64 c.c. art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/66); e b) para autorizar compensação em matéria tributária (súmula 212 do STJ e art. 1º da Lei nº 8.437/92).

Nos mandados de segurança coletivo e ação civil pública, cabe medida antecipatória de tutela, mas só após audiência do representante judicial da Fazenda Pública em 72 horas (art. 2º da Lei nº 8.437/92). Em outras palavras, a liminar não pode ser *inaudita altera pars* (embora o próprio STF, em caráter excepcional, a admita mesmo nestas ações coletivas). (GAJARDONI, In: MARINELA; BOLZAN, 2010, p. 310)

Como bem anota Hugo Nigro Mazzilli em *A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos em Juízo* (2007, p.475), a Presidência da República, com o abuso na edição de medidas provisórias, acabou "restringindo sobremaneira a o sistema de concessão de liminar e tutela antecipada nas ações civis públicas, mandados de segurança e processos cautelares".

Ao ensejo, como também explicita brilhantemente Luiz Guilherme Marinoni na obra *Antecipação de Tutela*:

De qualquer forma, é oportuno voltar a ressaltar que o direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional é constitucionalmente garantido. O direito de acesso a justiça, albergado no art. 5º XXXV, da Constituição Federal, não quer dizer apenas que todos tem direito a recorrer ao Poder judiciário, mas também quer significar que todos tem direito a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. [...] Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Publica em caso de "fundado receio de dano" é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda é ré. (2011, p. 257-258)

Logo, é necessário concluir que a corrente que defende a impossibilidade de concessão de decisões antecipatórias de tutela contra atos do poder público sequer admite a análise pelo órgão julgador competente do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* do ato vergastado, em sede de cognição sumária, superficial, precária e *rebus sic stantibus* dos atos administrativos lesivos aos direitos do cidadão.

## 2.2.2 O controle externo de legitimidade pelo Poder Legislativo.

A norma constitucional do art. 70, apesar de possuir redação extensa, aponta para a existência de um controle de legitimidade dos atos administrativos financeiros pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União na esfera federal e pelas Assembleias Legislativas ou Câmaras Municipais, em relação aos demais entes, auxiliados pelos respectivos tribunais ou conselhos de contas estaduais ou municipais.

Nota-se sobretudo que a redação constitucional após o termo *legitimidade* após *legalidade*, reforçando-se assim a interpretação de que um órgão externo ao Poder Executivo pudesse perfazer a análise da conformidade do ato de despesa não apenas com a literalidade do texto normativo mas também com a gama maior de princípios regentes do regime jurídico administrativo. Como salientou José dos Santos Carvalho Filho:

*O controle de legitimidade* foi uma novidade constitucional. Ao referir-se à *legitimidade* depois de se ter referido à *legalidade*, a Constituição parece ter admitido *um controle externo de mérito por parte do Congresso*, no aspecto financeiro. (2012, p. 933)

Em suma, é, no mínimo, controversa a aplicação do controle de legitimidade de atos financeiros pelo poder legislativo, entretanto, não obstante a literalidade do texto suscite posições mais ampliativas ou restritivas, não há como negar o fato de que esta permanece inalterada, portanto, deve-se dar interpretação que lhe confira máxima efetividade, o que, a nosso ver, é conforme com os dizeres do administrativista *supra* elencado.

Ademais, deve-se levar em consideração a elevada tecnicidade com que as Cortes de Contas analisam a legitimidade dos atos de despesas, vez que se trata de órgão auxiliar do Poder Legislativo, e a natureza do mesmo controle quanto às contas de gestão sobre as quais a legitimidade deve ser aferida. Em síntese, o controle levado a cabo pelos tribunais de contas tem de ser pensado como meio operacional voltado a afastar a análise subjetiva dos atos administrativos - muitas vezes rotulados como ofensiva ao mérito administrativo (FRANÇA, 2011, p. 98).

Sobretudo, não se trata de um controle completamente apartado de um juízo político, mas que dispõe de um alto grau de especialização dos que o exercem, bem como de expressa previsão constitucional e legal que o ampare. E deve ser concebido como uma inovação benéfica trazida à baila pela carta constitucional de 1988 como mecanismo de limitação concreta de gastos públicos e atos

administrativos de caráter financeiro, assim como meio de conferir transparência tanto a seu objeto quanto ao seu controle.

### 2.2.3 A evolução dos modelos de Administração Pública e das respectivas formas de controle

Obviamente que o Estado, enquanto Administração Pública nem sempre se mostrou pautado nos ditames daquilo que se convencionou chamar "Estado Democrático de Direito", desde a ideia de sua concepção até o presente momento ele sofreu e ainda vem sofrendo sucessivas mutações em sua organicidade e essência que revelam a dinâmica que o afeta, as mudanças no pensamento sócio-político-cultural.

Raquel de Carvalho (2010, p. 814), em seu *Curso de Direito Administrativo*, atribui aos novos desafios enfrentados pelo Estado toda a alteração ideológica ínsita ao contexto burocrático que o fez migrar de um modelo patrimonialista para um gerencial.

Quanto aos modelos de Administração Pública, vele mencionar que estão expressamente elencados no Plano diretor da Reforma do Aparelho do Estado e consistem na Administração Pública Patrimonialista, Burocrática e Gerencial.

A era patrimonialista era vigente à época do Estado absolutista, na medida em que o Estado centrava-se na figura do soberano, pautado em uma extensão (*longa manus*) do poder régio. Havia confusão entre a *res publica* e a *res principis*, na exata medida em que o interesse público imiscuía-se no interesse do soberano, facilitando-se assim a deturpação do uso da máquina estatal por meio de abusos vários tais como a prática do nepotismo, da corrupção, de desvios do erário, etc. Com o advento do liberalismo e de conceitos democrático que fizeram ruir o antigo regime, a continuação do modelo patrimonialista mostrou-se não apenas inadequado, mas totalmente oposto aos novos ideários emergentes do iluminismo no final do século XVIII.

Após o fim do período absolutista, o modelo estruturado para o desenvolvimento da noção de estado moderno foi o burocrático, norteado basicamente no postulado da legalidade, a lei como instrumento de formação da vontade popular, representação da denominada vontade geral.

Inicialmente gerada com fundamento de combate às práticas

corrompíveis e assistencialistas do modelo de gestão patrimonialista, a Administração Pública burocrática tem como princípios a profissionalização dos agentes, sua organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e controle formal dos atos administrativos e, sobretudo, partindo-se de uma margem de desconfiança em relação aos particulares, daí a necessidade de tantos papéis, certidões, atestados, formulários, carimbos, registros para que a Administração exerça um controle no que tange ao interesse público nos negócios privados e públicos.

Erige-se também como disfunção do sistema burocrático a lentidão da execução dos trabalhos, oriunda da própria quantidade de procedimentos a serem executados para uma infinidade de ações tais como aquisições de bens para o Poder Público, contratação de serviços, atividades fiscais, judicantes, etc.

Cabe também notar que os serviços do Estado restringiam-se à manutenção da ordem pública e da propriedade, administração da justiça e garantia dos negócios jurídicos regidos pelo direito privado. Portanto, a ascensão da segunda metade do século XX evidenciou a desconformidade desse padrão de Administração Pública com a tendência do *Welfare State*, *Estado-Providência* ou *Estado de Bem-Estar Social*, quando houve a significativa ampliação do rol de serviços públicos ofertados pelo Estado.

Por fim, no período pós-segunda guerra mundial, em contraposição à concepção burocrática, surge a Administração Pública Gerencial, que tem por eixo central a busca da otimização dos resultados e a adequação das funções estatais ao intenso leque de serviços públicos que foram inseridos como primordiais na atuação governamental a exemplo da previdência social, assistência social, garantia de direitos trabalhistas, habitação, saneamento básico, alimentação.

Há aqui a mudança do enfoque da atuação que saiu da esfera estrutural material das repartições públicas e deslocou-se para a coletividade. Sai de cena a Administração Pública como meio de afirmação do poder do Estado e irrompe a Administração Pública das políticas sociais. Muda-se também a roupagem da forma de controle, e aqui reside uma das diferenças fundamentais. No molde gerencial, este se concentra nos resultados e deixa de superestimar os processos.

O supracitado Plano Diretor remete-nos a cinco características da Administração pública gerencial: definição precisa dos objetivos que devem ser

atingidos pelo gestor público; autonomia administrativa para o atingimento dos objetivos pré-definidos; controle dos resultados obtidos *a posteriori*; descentralização e redução de níveis hierárquicos; foco do controle para os resultados em detrimento dos meios (procedimentos).

Muito importante salientar que o modelo burocrático não desapareceu por completo, o controle dos processos também é extremamente relevante para a regularidade dos trâmites administrativos haja vista que o procedimento imposto é garantia dada aos administrados, consectário da forma legal. Porém, na forma gerencial estes são menos importantes que os resultados, do que não resulta ser correta a afirmativa de que a burocracia está aniquilada, até mesmo porque a Administração Pública de resultados aproveitou-se da macroestrutura burocrática anterior.

2.2.4 O posicionamento da doutrina administrativista clássica e a nova perspectiva do controle judicial de atos administrativos discricionários: as zonas de certeza positiva e negativa de Binbenbojm

Consoante se pode observar, a doutrina pátria acerca da matéria ainda é muito vacilante na abordagem do controle judicante do mérito do ato administrativo, prevalecendo a posição eminentemente majoritária de que a as escolhas da Administração Pública não poderia passar pelo crivo do Poder Judiciário pelo argumento já levantado de que a este não caberia a função de averiguar a conveniência e oportunidade dos atos emanados do poder público como gestor de políticas públicas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, preceitua que:

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de “mérito” (oportunidade e conveniência). (2012, p. 493)

Celso Antônio Bandeira de Mello, em outro giro, filia-se a uma corrente mais extensiva no que tange à possibilidade de controle dos atos administrativos, advogando a existência de um controle acerca dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Porém, ainda defende os ranços do modelo administrativo burocrático quando, tecendo alguns comentários acerca do controle judicial, leciona com muita

propriedade que:

[...] este proceder do Judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à própria lei. Deveras: à perquirição nunca assistirá ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassombadamente das vias mencionadas. (2008, p. 982)

De bom alvitre asseverar que a tendência é que este entendimento mude ante a relevância que os direitos difusos e coletivos vêm assumindo perante a comunidade jurídica, inclusive com sua autonomia didática como ramo do direito público.

Posto isto, cumpre notar que a flexibilização da ideia do núcleo de intangibilidade do binômio que compõe o mérito administrativo, vez que o interesse público secundário deve ceder frente aos direitos de dimensão coletiva, de caráter fundamental, possibilitando sua aplicação concreta.

O eixo central do mérito administrativo deve ser a noção de interesse público primário. Destarte, qualquer conceito que fuja do atrelamento do conteúdo da da conveniência e oportunidade à busca da melhor solução à coletividade incorre em um perigoso manejo da concepção desvirtuada a interesses meramente patrimoniais, arrecadatários e não menos raramente ilícitos por parte da gestão superior da Administração Pública.

Seguindo essa trilha, admite-se que a discricionariedade possui certas amarras inquebrantáveis que não podem ser totalmente desconsideradas:

[...] não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que conforme afirma a doutrina prevalente sempre será vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. (MELLO, 2008, p. 245-246)

A relevância do ativismo judicial e da ausência de ação por parte do poder público em áreas determinantes da vida social influi sobremaneira na mudança dos rumos dessa vertente mais arraigada ao modelo de Administração Pública Burocrática, à noção de separação estrita de poderes e menos afeita ao conceito de diálogo institucional entre os órgãos independentes, à colaboração.

Diante desse cenário, fala-se na possibilidade do julgador adentrar ou não no mérito do ato administrativo, não se trabalhando mais com a equivocada associação do controle a uma pretensa correção do ato, mas com a dimensão da sustentabilidade do ato administrativo e sua conformidade sistemática dentro do

ordenamento jurídico, adequação às finalidades legais, princípios constitucionais e legais que regem a Administração Pública, ou seja, sua legitimidade.

Aberta tal possibilidade, resta estabelecer qual o momento adequado para que o juiz exerça a análise meritória do ato administrativo. Gustavo Binbenbojm traceja o que denomina de zonas de certeza positiva e negativa e zonas de penumbra, ou intermediárias ou de incerteza.

Segundo tal autor, a análise do mérito do ato administrativo seria viável quando o juiz estivesse diante do caso *sub judice* houvesse inadequação ou adequação com as normas e princípios que devem informar o a integralidade do sistema. Contudo, se não houver tal certeza em seu espírito, deve abster-se de formular qualquer juízo de valor e manter a discricionariedade administrativa, ocasião que configura a zona de incerteza.

Em sua douda lição, traz alguns parâmetros que nomeia "*standards*", destinados a verificar a maior ou menor margem de certeza de análise do mérito do ato. Esses parâmetros são: a) grau de restrição imposto a direitos fundamentais; b) grau de objetividade de normas e princípios aplicáveis; c) grau de tecnicidade da matéria ou objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência; d) grau de politicidade; e e) grau de efetiva participação social no processo deliberativo do qual resultou a decisão. Sendo que, nas três últimas hipóteses, quanto maiores forem, menor deve ser a intervenção pretoriana por razões óbvias.

Com muito mais propriedade, desenvolvendo os conceitos expostos, o próprio jurista esclarece que:

(...) quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial. (BINENBOJM, 2006. p. 220)

Muito relevante a novíssima posição jurisprudencial dos tribunais superiores e do STF que ratifica os novos rumos do controle judicial amplo. No julgamento do Recurso Especial nº 429.570/GO pelo STJ e, no âmbito do Corte Suprema, pelo Agr. RE 94018, Rel. Min. Eros Grau, ambos tribunais não se limitaram a analisar a legitimidade negativa, mas consignaram seu posicionamento mais recente naquilo que se convencionou definir como "abusividade governamental",

situações em que ao Judiciário é dada a oportunidade de implementar a política pública do caso concreto para salvaguardar direitos sociais e culturais constitucionais que seriam arruinados frente à inércia dos demais poderes, senão vejamos o voto da Ministra Relatora do primeiro acórdão *supra* mencionado:

A pergunta que se faz é a seguinte: pode o judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios de conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública? (...) Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também recuperar o que já foi deteriorado.

É sabido, conforme se verá adiante, que a jurisprudência vem, cada vez mais, abraçando a noção de controle de legitimidade e juridicidade dos atos administrativos, o que pende para um controle mais intenso, porém mais eficaz e que guarda maior compatibilidade com os ditames constitucionais republicanos e de um Estado Democrático de Direito.

### 3. O PRINCÍPIO PROCESSUAL COLETIVO DO ATIVISMO JUDICIAL

#### 3.1. Direitos difusos e coletivos

Antes de se analisar em profundidade os aspectos do ativismo judicial no âmbito do processo civil coletivo, cabe prefacialmente tecer algumas considerações a respeito da concepção do que se entende por direitos difusos e coletivos, de acordo com a legislação vigente e a doutrina.

Vale salientar que a legislação consumerista dispôs expressamente acerca da definição de ambos os termos elencados. Com efeito, o parágrafo único do art. 81 da lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) preleciona que:

Art. 81. (Omissis).

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Destarte, é necessário que o dispositivo legal seja destrinchado a fim de se delimitar a alcance dos conceitos.

Os direitos difusos são aqueles dotados do maior grau de metaindividualidade possível. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seria um bom exemplo transcendência dos aspectos meramente individuais e afeta todos indistintamente em maior ou menor grau. Para Ada Pellegrini Grinover:

(...) compreende interesses que não encontram apoio em uma relação base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais ou mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. (GRINOVER, 1984, p. 30-31)

Deriva disso a possibilidade de afirmação de que a transgressão de um direito difuso afeta todos aqueles que são seus titulares e não apenas alguns poucos indivíduos, sem ser possível a identificação de um ou mais titulares. Essa é a marca da indivisibilidade do objeto e a da indeterminabilidade dos sujeitos que a titularizam

retiradas da redação legal acima exposta.

Outro aspecto que merece comentários é o vínculo fático que une os sujeitos do direito difuso, bastando que se encontrem atrelados uns aos outros por uma mesma circunstância de fato, conforme determina a dicção do Código de Defesa do Consumidor. Acerca disso, anota Hugo Nigro Mazzilli que:

Advirta-se, porém, que, embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso, e evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (como, de resto, ocorre com quaisquer relações fáticas e jurídicas); entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante. Assim, por exemplo, um dano ambiental que ocorra numa região envolve tanto uma situação fática comum como uma relação jurídica incidente sobre a hipótese; mas o grupo lesado compreende apenas os *moradores da região atingida* — e, no caso, este será o elo fático que caracterizará o interesse difuso do grupo. Tomemos outro exemplo: uma propaganda enganosa pela televisão relaciona-se, sem dúvida, com questões fáticas e jurídicas; contudo, o que reúne o grupo para fins de proteção difusa é o fato de seu *acesso efetivo ou potencial a propaganda enganosa*. (2007, p. 51).

Em outra esteira, os direitos coletivos possuem em comum com os difusos a indivisibilidade objetiva, porém, diferem destes, pois o que vincula os sujeitos é uma relação jurídica base (vínculo jurídico) e, além do mais, os titulares do direito coletivo são determináveis.

Típico exemplo de direitos coletivos são os direitos trabalhistas de uma determinada categoria profissional, atuando a entidade sindical como verdadeira substitua processual ou legitimada extraordinária para agir em juízo em sua defesa.

Sobre o ponto relevante de diferenciação entre direitos de viés coletivo *strictu sensu* e direitos difusos, cite-se o douto magistério a seguir:

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *strictu sensu* e não se ocorre nos direitos difusos." (DIDIER JR; ZANETTI JR, 2012, p. 77).

Cabe ainda pontuar que, processualmente, os direitos difusos são defendidos em juízo por determinados legitimados a depender do que é postulado. Situação curiosa é a da persecução na esfera judicial do patrimônio público.

Via de regra, não apenas o patrimônio público mas todos os direitos difusos ou coletivos podem ser discutidos judicialmente por expressa disposição de regra de interpretação analógica do art. 1º, IV da Lei de Ação Civil Pública. Entretanto, sabe-se que o art. 1º, caput da lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei

de Ação Popular) franqueia ao cidadão, e somente a este, a o manejo do remédio constitucional que vise anular atos lesivos ao patrimônio público dos entes da Administração Pública Direta e Indireta e de pessoas jurídicas subvencionadas pelo Estado.

Logo, em se tratando de sanidade das contas do erário, sua prerrogativa de defesa cabe ao Ministério Público, Procuradorias Judiciais dos entes, Defensoria Pública nos casos em que se intentar ação civil pública e, concomitantemente, ao cidadão na propositura de ação popular.

### **3.2 O princípio do ativismo judicial ou "defining function" e a lógica processual civil coletiva**

Comumente associado a uma semântica pejorativa no jargão jurídico forense, o ativismo judicial enquanto princípio preceitua a maior dinamicidade de movimentação processual pelo juiz. Seu termo sinônimo *defining function* alude às diversas formas de controle do litígio, o que, nos dizeres de Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. "Trata-se de uma faceta do princípio inquisitivo ou impulso oficial" (2010, p. 132).

Dessa forma, dele decorre a relativização do princípio da demanda ou da inércia da jurisdição. Certamente, o exemplo mais destacado é o atinente ao art. 7º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) que permite aos magistrados, no exercício da função judicante, remeterem peças relativas a fatos que ensejam a propositura de ações civis públicas ao Ministério Público que este adote as medidas cabíveis.

Não haveria propriamente uma cisão do princípio da demanda pois o julgador não inicia o processo de ofício, mas há uma certa flexibilização na medida em que o juiz não está impregnado de total inércia.

Existe disposição no art. 7º do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos de que o magistrado verdadeiramente estimule o legitimado a ajuizar ação coletiva mediante ciência dos legitimados acerca da propositura de diversos processos individuais que versem sobre o mesmo bem jurídico.

Outro ponto sobre o qual se debruça tal princípio é a fixação do *fluid recovery* (indenização fluída), fundo de indenização pela afronta a direitos individuais homogêneos pelo magistrado.

Nesse intróito, o ativismo judicial se liga umbilicalmente ao sistema processual coletivo como instrumento de efetivação da tutela de uma situação coletiva. O processo coletivo, de acordo com o que lecionam Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. (2010, p. 35), opera com dois fundamentos: um político e outro sociológico.

O aspecto político se refere principalmente ao escopo da economia processual com a redução de custos materiais da prestação jurisdicional, na sua segurança jurídica e na pacificação social decorrente da uniformidade dos julgamentos de relações jurídicas semelhantes e conseqüente impedimento de decisões contraditórias. Sem contar a celeridade que as demandas transindividuais imprimem e na quantidade de lides que são reunidas, evitando-se mesmo a multiplicação de processos e autos físicos que exigem custos mais materiais e espaço de armazenamento no sobrecarregado Poder Judiciário.

Sob o enfoque sociológico inerente, o magistério dos autores multicitados explana que:

[...] podem ser verificadas e identificadas no aumento das 'demandas de massa', que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos destinatários das normas jurídicas e do aparelho judicial e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os 'consumidores' do direito, as demandas individuais não faziam mais frente a uma nova realidade complexa da sociedade. (2012, p. 35-36)

Pode-se mesmo afirmar que as ações coletivas são aquelas que podem ser iniciadas por legitimados autônomos para a discussão e resolução de situações jurídicas coletivas que, dado seu caráter de interesse público primário evidente, terá a coisa julgada estendida subjetivamente.

De acordo com esse posicionamento, mais perceptivelmente na hipótese da ação popular prevista no art. 5º, LXXIII da carta constitucional, regulada pela lei federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965, as ações coletivas se constituem em verdadeiros instrumentos de participação popular e defesa democrática, regidos por lei e controlados pelo juiz da causa.

Em síntese, o princípio em tela é responsável pela maior elasticidade procedimental, por um desapego maior ao hermetismo dos ritos e pela avultamento

da figura do juiz enquanto diretor do processo, velando não apenas pela regularidade de seu curso mas também pela proteção adequada, tudo de acordo com a natureza dos direitos de índole coletiva, o que transborda o mero patrimonialismo do processo individual para atingir uma gama maior de legitimados e interesses de caráter público.

Obviamente, há outras decorrências do *judicial activism* que merecem considerações pormenorizadas e que serão tratadas adiante.

### **3.3 As implicações práticas da noção de ativismo judicial**

#### **3.3.1 Não adstrição ao pedido ou à causa de pedir**

Esta vertente processual coletiva do ativismo judicial permite ao magistrado ir além do que foi pedido na peça inaugural e malear o pedido ou a causa de pedir mesmo após a fase de saneamento prevista no art. 294 do CPC.

Após o saneamento do feito no direito processual individual é vedado às partes alterarem o pedido ou a causa de pedir, mesmo que ambas estejam de comum acordo, consoante o que se convém chamar de princípio da estabilização da demanda. Para o processo individual, é um mandamento lógico. Porém, para o processo coletivo não se mostra adequado pautar a defesa dos direitos metaindividuais em normas estabelecidas eminentemente para disciplinar o processo em que se discute direitos meramente patrimoniais.

Esta possibilidade é altamente controversa. Imagine-se a hipótese em que o Ministério Público ingresse com uma ação civil pública para reparação do erário público e que, após a fase instrutória técnica (perícia contábil nos documentos) não reste evidente que houve desvio de verbas mas sim a falta de determinado repasse para a área da saúde ou da educação, estaria aberta a possibilidade do juiz, oportunizando o contraditório e a ampla defesa, permitir ao membro do *Parquet* aditar a causa de pedir e/ou o pedido para adequar a ação proposta ao novo contexto fático surgido com vistas a conferir maior efetividade ao processo, protegendo mais acentadamente o bem jurídico difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Assim, evitar-se-ia o julgamento de improcedência da ação civil pública e,

como medida de economia processual, aproveitar-se-ia a produção da prova pericial. Pois, sob tal prisma:

[...] as razões sócio-jurídicas que levaram à eclosão da defesa coletiva dos interesses transindividuais justificam que, em benefício da expressiva parcela da população destinatária dessa tutela, o direito processual seja interpretado com largueza, em proveito da questão de fundo, pois, em matéria de interesses transindividuais de alta densidade social, há uma singular mobilidade para o intérprete, possibilitando ao jurista buscar uma efetiva tutela para a comunidade. (MAZZILLI, 2007, p. 130)

Importa destacar que, conquanto valha no processo civil individual a regra de interpretação restritiva do pedido, conforme determina taxativamente o art. 293 do Código de Ritos, notadamente pelos caráter supraindividual dos interesses e direitos discutidos no bojo de uma ação coletiva, a regra de interpretação limitada do pedido deve ser mitigada.

Alguns autores como apontam mesmo a dicção do art. 461 do CPC como base legal para permitir ao julgador adotar outras providências que assegurem o direito das partes que não sucumbirem no curso processual:

Ademais, está expressa, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a possibilidade de o juiz dar conteúdo diverso ao fazer ou ao não-fazer pedido, ou melhor, impor outro fazer ou não-fazer, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da 'obrigação originária'. Assim, por exemplo, se é requerida a cessação da poluição, e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estancada (um filtro, por exemplo), outro fazer pode ser imposto. (MARINONI, 2004, p. 136).

Com mais força do que a interpretação do dispositivo legal, o art. 10 do Código-Modelo de Processos Coletivos para Íbero América que exprime cabalmente a necessidade de flexibilização do pedido e de aditamentos à inicial ao explicitar que “Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente”. Tal passo importa em grande conquista para a processualística coletiva e, como anota Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

No âmbito da fixação do pedido e da causa de pedir, os autores do Anteprojeto procuraram flexibilizar as normas pertinentes às ações coletivas. Ao contrário da interpretação restritiva determinada como regra geral no art. 293 do CPC brasileiro, a proposta do Código-tipo para as demandas coletivas prevê que o pedido e a causa de pedir devam ser interpretados extensivamente. Sem estabelecer limite temporal, o projeto estabeleceu que, ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. Facultou, ainda, a alteração do objeto a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado. (2004,

p. 109-128).

Ademais, percebe-se que a sistemática aqui é invariavelmente diversa no que tange aos poderes do juiz e isto se torna claro quando se conjuga a não adstrição ao pedido e à causa de pedir com a acentuação probatória na busca de uma verdade real, o controle de políticas públicas e a flexibilização da ordem procedimental. Todas essas decorrências se interpretam à luz da lógica processual civil coletiva de privilegiar o conteúdo material dos direitos que transcendem o âmbito privado em detrimento do apego formal ainda remanescente no processo individual.

### 3.3.2 Caráter Inquisitivo da instrução processual

Na lógica orgânica processual coletiva o juiz tem poderes instrutórios mais acentuados do que no clássico processo individual. O juiz pode conduzir o processo de forma a determinar a produção de provas de maneira mais incisiva do que no processo individual.

Exemplificando, se ele percebe a inércia probatória das partes, poderá, de ofício, determinar perícia ou outras provas que, sequer foram cogitadas pelas partes.

Um exemplo emblemático dessa característica é a autorização legal para que o magistrado inverta o ônus da prova conforme o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor que tem incidência direta no âmbito das ações civis públicas por expressa previsão do art. 21 da lei nº 7.347/1985 (LACP) que manda aplicar todas as regras do título III daquela lei, mediante os requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência, derogando-se assim a norma geral de distribuição do ônus probatório prevista no art. 333 do Código de Processo Civil.

Vale aqui mencionar que a previsão do CDC encontra amparo lógico-jurídico na teoria da distribuição dinâmica no ônus da prova. Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. (2012, p. 330), o encargo probatório não poderia ser repartido abstratamente, mas apenas casuisticamente, de acordo com as possibilidades probatórias da parte.

Muito se perquiriu acerca da aplicabilidade do dispositivo do CDC para outras ações civis públicas que não versem exclusivamente sobre direitos difusos e coletivos dos consumidores.

O Superior Tribunal de Justiça vem adotando um posicionamento jurisprudencial compatível com a proteção dos direitos de índole transindividuais por meio da admissão do instrumento do ônus da prova, por exemplo, em ações civis públicas protetivas do meio ambiente, vejamos:

Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII da lei nº 8.078/90 c/c o art. 21 da lei nº 7.347/85, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. (REsp 972.902/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 25/08/2009, DJe 14/09/2009).

Anota-se aqui também mais uma vez o magistério de Hugo Nigro Mazzilli no que tange à inversão do ônus da prova em ações civis públicas e sua relação implícita com o princípio da integração do microssistema processual coletivo:

[...] o art. 6º, VIII, do CDC permite a inversão do ônus da prova a favor do consumidor. Essa norma tem evidente caráter processual, ainda que não esteja inserida no Título III do CDC. Ora, a *mens legis* consiste em integrar por completo as regras processuais de defesa de interesses transindividuais, fazendo da LACP e do CDC como que um só estatuto. Desta forma, a inversão pode ser aplicada, analogicamente, à defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais. (2007, p. 177)

Com a interpretação extensiva condizente com o escopo legal dada ao art. 21 da LACP, o que tem sido observado é a postura mais proativa do poder judiciário no sentido de abandonar as raízes e ranços do direito processual individual na seara de proteção dos direitos difusos e coletivos, o que significa um avanço no uso de mecanismos compatíveis para a efetivação de uma tutela adequada para a situação submetida a sua análise.

A título de comparação, se a doutrina concebe a ação penal como uma modalidade de ação coletiva, a instrução probatória acentuada no processo coletivo pode ser assemelhada à busca da verdade no processo penal, no qual o juiz pode desvincular-se da iniciativa das partes e determinar, de ofício, a produção das provas, não ficando atrelado exclusivamente ao acervo probatório trazido aos autos mas podendo buscar outras que possibilitem uma aproximação daquilo que sucedeu no mundo fático e que diga respeito ao delito.

Como exemplos dessa prática judicial mais ativa, exemplifica Renato Brasileiro de Lima em seu *Manual de Processo Penal* (2011, p. 50), *ipsis litteris*:

Além do art. 156, inc. II, do CPP, que permite que o juiz, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, determine de ofício a realização de

diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, há outros dispositivos legais com previsão semelhante. Com efeito, de acordo com o art. 196 do CPP, 'a todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes'. De seu turno, segundo o art. 209, *caput*, do CPP, 'o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes'. O § I do art. 209 do CPP também prevê que 'se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem'. Por fim, segundo o art. 616 do CPP, 'no julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências'.

Assim, percebe-se facilmente que o magistrado toma frente mesmo no processo penal em que se debate em juízo o contrabalanceamento entre as forças punitivas persecutórias do Estado em face do direito de liberdade do suposto autor do fato delituoso.

Daí se indagar porque tal atitude não poderia ser igualmente adotada pela jurisdição cível, mormente quando se tratam de direitos de índole coletiva que merecem igualmente uma tutela adequada e despida de formalismos próprios do processo civil individual regente de interesses tão só patrimoniais disponíveis.

### 3.3.3 Flexibilização procedimental

A flexibilização dos procedimentos confere ao juiz, no âmbito do processo coletivo a adaptação do instrumento (processo) ao direito material em questão. A maneira mais perceptível é a ampliação dos prazos previstos em lei.

Exemplificando, o Código de Processo Civil estabelece que, no processo individual, a parte autora possui um prazo de 10 (dez) dias para se manifestar acerca das alegações do réu em sede de preliminar de contestação, conforme dispõe o art. 327 do CPC, o que se denomina de "réplica" na prática forense. O juiz, no curso da ação coletiva, poderá flexibilizar esse prazo para até 30 (trinta) dias, por exemplo, dependendo da complexidade exigida.

Caso ele perceba a falta de algum litisconsórcio necessário, haverá flexibilização de parte do procedimento, combinando-se aqui o elastecimento do rito com o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito.

Idêntica situação, no bojo do processo individual, ensejaria a extinção do processo sem resolução do mérito. No caso em análise, é dado ao juiz o poder de citar o litisconsórcio necessário que não estava no processo, oportunizando-lhe o direito de defesa e de produção de provas para assim retomar o curso da demanda.

Também se ressalta a inversão de atos processuais. Tudo isso pode ser realizado no processo coletivo e, a princípio, não pode encontrar paridade nos feitos individuais.

Conforme suscita Fernando Gajardoni, autor de várias obras acerca da temática do processo civil coletivo e suas variantes, o juiz deve possuir plenos poderes de direção da marcha processual, contudo, tais poderes de gerência do curso da demanda não se apresentam de forma absoluta, devendo sempre guardarem o respeito aos princípios constitucionais relativos ao processo, é o que se permite inferir da leitura do fragmento abaixo:

Com efeito, a moderna ênfase que se dá ao aspecto eficaz do processo (no seu aspecto material e temporal) sugere que se deve conferir ao procedimento o ritmo necessário à efetiva atuação jurisdicional. Se não se obtém isto por força de modelos legais aptos à tutela adequada e tempestiva do direito material, há de se conferir ao juiz “condições de acelerar procedimentos, ou de freá-los, de acordo com a necessidade concreta e sempre atendida a garantia dos superiores princípios do processo. (2008, p. 134)

Dessa forma, abre-se espaço para que modernas técnicas processuais superem o velho classicismo da rigidez procedimental. Vale recordar que a forma procedimental é o escopo de garantia para as partes no processo individual ou seja, vale como fundamento assecuratório dos princípios inerentes ao processo encartados no Texto Maior. Fora da órbita processual individual, a imutabilidade dos prazos, termos e outras solenidades há que ser mitigada pra se adaptar ao conteúdo material, dado seu caráter instrumental.

### 3.3.4 Controle de políticas públicas

Este é, sem dúvida, o ponto que mais suscita controvérsias entre doutrina e jurisprudência pátrias. A utilização principiológica do *defining function* para que o judiciário exerça um verdadeiro papel definidor das prioridades de governo no caso concreto é uma decorrência do sistema processual coletivo, não há, em todo o ordenamento jurídico, um dispositivo legal que amplie, ainda que de forma imprecisa, os poderes do juiz para decidir a lide referente a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Dessa feita, parte da doutrina insiste em subtrair do poder judiciário uma parcela de seu poder decisório no que diz respeito aos limites de decidir as demandas de tal natureza sob pena de tal poder estar interferindo indevidamente na

margem de discricionabilidade administrativa que permeia as escolhas políticas de governo, o que caracterizaria uma ingerência de poderes violadora da cláusula de separação e harmonia entre os mesmos (art. 2º da CF), tal como foi exposto quando se tratou do controle judicial do mérito administrativo.

Ora, tal assertiva não merece maiores considerações haja vista que o ativismo judicial permite o controle de políticas públicas apenas no caso posto em exame, não há que se falar em juízes sentando à mesa com secretários ou ministros de estado para discutirem e traçarem as novas diretrizes do sistema penitenciário, as metas de campanhas de saúde, a ampliação da rede pública de ensino, etc.

O que há são juízes que, *v.g.*, determinam a construção de presídios, internação compulsória de dependentes químicos, reforma de hospitais e o fornecimento de creches pré-escolares etc. Porém, não agem de ofício, mas apenas procuram tornar palpáveis os direitos encartados na Constituição e desrespeitados pelo próprio Estado que tenta a todo custo mantê-los tão somente no plano das normas programáticas. Nesse diapasão:

Por esse e pelos demais fundamentos, exemplificativamente, não se pode afastar do exame do Judiciário o pedido em ação civil pública que vise a compelir o administrador a dar vagas a crianças nas escolas ou a investir no ensino, a assegurar condições condignas e suficientes para o cumprimento das penas pelos sentenciados, a propiciar atendimento adequado nos postos públicos de saúde, a assegurar condições de saneamento básico ou segurança pública no Município ou no Estado etc. O que não se há de admitir, porém, é o uso da ação civil pública ou coletiva para administrar em lugar do governante. (MAZZILLI, 2007, p. 132)

Assim, os tribunais superiores e a Suprema Corte têm quebrado o paradigma ainda largamente utilizado pela doutrina clássica e vêm adotando uma postura mais tendente a controlar a política pública adotada por meio de uma solução albergada pelo manto de suas decisões judiciais.

Percebemos tal alinhamento ideológico quando condenam o Estado em obrigações de fazer destinadas a suprir a parcimônia de professores em unidades escolares na rede pública de ensino (STF, RE 594.018, Agr, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, Dje 07.08.2009) ou quando determinam o restabelecimento da regularidade do serviço de coleta de lixo por ser este considerado serviço público relevante, sujeito à continuidade inerente à condição de garantia do direito à saúde e da higidez ambiental (STJ, REsp 575.998/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 07.10.2004, DJ 16.11.2004).

Seguindo essa linha de pensamento, é plausível afirmar que o poder judiciário não se limita a traçar essas diretrizes para que o Poder Público as cumpra posteriormente, o que seria esvaziar todo o conteúdo do princípio em tela. Deveras, o que cabe ao mesmo é solucionar o litígio antevendo uma decisão concretista para que se faça cessar a omissão institucional, aniquilando-a.

Quando há direito constitucionalmente previsto, não se pode afirmar que haja um campo infundável de discricionariedade em sua implementação pelo poder público. Não se constituem em simples opções políticas as garantias de acesso a serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente equilibrado, dentre outros. Com isso, a proatividade do poder judiciário em solucionar tais desvios não deve ser levada em conta como uma intromissão indevida de uma função estatal em outra, mas sim a pretexto de assegurar ao cidadão um provimento adequado e tempestivo, conforme foi debatido no capítulo concernente ao princípio do amplo acesso à justiça.

Sonegar tal atribuição é estender a síndrome de inefetividade de direitos a todos os poderes e negar por completo a integralidade do Texto Maior. Seria um verdadeiro pacto de inanição entre os órgãos independentes da República.

## **4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE ATOS ADMINISTRATIVOS QUANTO AO MÉRITO**

### **4.1 O embate do "mínimo existencial" em face da "reserva do possível"**

As controvérsias judiciais e doutrinárias travadas entre os defensores da corrente do mínimo existencial com os adeptos da vertente estatal da reserva do financeiramente possível são causas de acalorados debates acerca daquilo se busca como um solução razoável para os casos em que, mais notadamente, os direitos sociais básicos expressos no texto constitucional esbarram nos caminhos das opções políticas e o custeio de políticas públicas.

O que se entende por "mínimo existencial" é o conjunto de direitos assistem aos cidadãos no tocante à realização de sua dignidade como ser humano dentro do corpo social. Seria, em suma, uma gama de princípios e direitos que asseguram a cada um mínimo de existência digna, não apenas com o caráter securitário de uma existência fisiológica mas também sociocultural (SARLET, 2012, p. 571).

Importante destacar que o mínimo existencial é ambivalente, admitindo duas formas, uma não intervencionista e a outra prestacionista. A primeira trata de evitar intromissões estatais tendentes a suprimir dos particulares seus meios materiais necessários às suas atividades mínimas de lazer, alimentação, saúde, educação etc. A segunda aquiesce à noção do estabelecimento de direitos sociais como verdadeiros direitos a prestações materiais, ressaltando a necessidade de averiguação das peculiaridades de cada caso posto em análise, sem, contudo, desconsiderar aspectos genéricos, escreve Ingo Wolfgang Sarlet:

Ainda sobre o conteúdo da garantia, assinala-se a impossibilidade de se determinar de forma prévia e de modo taxativo, portanto, no sentido de um rol fechado, as posições subjetivas, negativas e positivas, correspondentes ao mínimo existencial. O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a viabilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso, o que não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluirm outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização da garantia do mínimo existencial. (2012, p. 575)

Por outro lado, colide frontalmente com a tentativa de estabelecer-se um

mínimo de prestações positivas do estado as limitações de ordem patrimonial orçamentária do erário em implantar e manter tais ações.

Enfim, setores da doutrina ligados à advocacia pública e à defesa do interesse público secundário exaltam o princípio da reserva do financeiramente possível como limite formal à consecução de políticas públicas forçadas por determinações judiciais, haja vista que a judicialização das demandas relativas à concretude das políticas públicas têm se acentuado cada vez mais em função do reiterado desrespeito pelo poder executivo do mínimo existencial e graças ao esvaziamento do conteúdo dos direitos sociais que têm servido unicamente para legitimar políticas meramente assistencialistas com fins de perpetuação de grupos na máquina estatal, tendo por consequência o desnível entre essas prestações e o reaparelhamento de instituições voltadas à saúde e a educação, por exemplo.

Os defensores da incidência da reserva do possível pautam sua lógica no princípio da proporcionalidade. Acerca do supracitado princípio:

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm que ver com a redistribuição de riquezas — matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade. (MENDES; BRANCO, 2009, p. 295)

Em recente julgado no qual se visualiza o nítido confronto entre as concepções de mínimo existencial e reserva do possível, o Superior Tribunal de Justiça, na seara do Recurso Especial nº 1.389.952/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 03/06/2014 (Informativo nº 543 do STJ) que versava acerca de ação civil pública objetivando forçar o Estado do Mato Grosso a adotar medidas administrativas de urgência, discorre momentaneamente acerca da noção de reserva do possível como decorrência lógica da proporcionalidade e das “escolhas trágicas” que o gestor público deve fazer. Nesse compasso, segue abaixo um excerto do aresto retromencionado:

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o

indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais.

Por óbvio que tal principiologia serve cabalmente para afastar pretensões infundadas ou mesmo supérfluas que não estejam abarcadas pelo escopo de proteção que é ínsito à concepção do mínimo existencial, que assegure uma vida digna em sociedade na esteira dos ditames da carta política de 1988, notadamente no que prescreve seu art. 1<sup>a</sup>, III.

Obviamente que cumpre aos juízes situarem no caso concreto suas percepções que melhor lhes permitam decidi-lo, porquanto as particularidades das lides submetidas à sua apreciação direcionam para uma ou outra posição. Logo, a noção da presença de um mínimo existencial não dever ser de todo apartada das reservas disponíveis no orçamento para que se efetuem os direitos sociais fundamentais, sopesando-se o teor do art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup> com a normatização relativa ao orçamento prevista nos arts. 165 a 169 da Constituição Federal, vez que não há propriamente uma pretensa hierarquia de normas dentro de seu texto. A respeito da proposta, esclarece magistralmente o constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet:

Todos esses aspectos vinculam-se entre si e, além disso, guardam relação com outros princípios e regras constitucionais, exigindo, assim, uma solução sistemática e constitucionalmente adequada, para que, na perspectiva da máxima eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, não sirvam

como barreira intransponível, mas como instrumentário que se soma às demais garantias de proteção dos direitos fundamentais (e sociais) - como na hipótese de conflito de direitos em que se tiver a invocação, e desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial, da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (2012, p. 562)

Clarividente o entendimento firmado na esteira de que os direitos fundamentais que tangenciem o aspecto da dignidade da pessoa humana não podem sofrer contingências relativas à conveniência e oportunidade do Estado em executar o orçamento, devendo arcar com as prestações que lhes foram impostas pela carta política.

#### **4.2 A aurora de uma nova jurisprudência em matéria de controle da Administração Pública**

O Supremo Tribunal Federal e as cortes superiores, em especial o STJ vêm imprimido aos seus julgados uma postura verdadeiramente concretista da gama de direitos sociais franqueados aos cidadãos na Carta Maior de 1988.

Além de atribuir um caráter assecuratório aos direitos relativos a saúde, outro grande exemplo desses novos rumos jurisprudenciais é o entendimento esposado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP da relatoria do Ministro Celso de Mello (julgado em 22/11/2005, DJ 03/02/2006, 2ª Turma) em que figurava como uma das partes o Município de Santo André/SP e no qual se discutia o dever constitucionalmente previsto no art. 208, IV combinado com o art. 211, § 2º, ambos do Texto Magno.

Rezam os dispositivos apontados que incumbe ao poder público municipal assegurar a educação infantil, inclusive com o fornecimento de pré-escolas e creches para crianças de até cinco anos de idade.

A Corte, no caso concreto, reconheceu que se estava diante de uma norma constitucional de eficácia limitada de princípio programático, cujo implemento dependia da execução de políticas públicas por parte dos poderes legislativo e executivo do município. Entretanto, salientou o papel relevante do poder judiciário para controlar o fiel cumprimento desses direitos espelhados na constituição.

Como decorrência do postulado acima, o STF se determinou no sentido de ser plenamente possível a prolação de sentenças ou acórdãos que consistam em

obrigações de fazer que materializem a satisfatividade que os direitos subjetivos relacionados reclamam. Nesse prumo, é bem ilustrativa a afirmativa seguinte retirado da obra *Ativismo Judicial* do eminente Professor Elival da Silva Ramos:

[...] no entendimento sufragado nesses julgados, a omissão das providências legislativas e administrativas reclamadas ao Poder Público para a concretização de normas assecuratórias de direitos sociais, de cunho prestacional, autorizaria ao Poder Judiciário a convolá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que daria amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa omissa. (2010, p. 265)

Conforme já foi explanado, o Judiciário não formula a diretriz da política pública, selecionando os setores da sociedade a serem contemplados com tais ações positivas ou em que estas mesmas consistiriam. Sob a óptica do ativismo judicial contemporâneo, o juiz se limita a decidir o caso concreto com esteio em elementos normativos que antecedem a lide, salvo em raros casos que lhe permitem extrapolar os limites subjetivos como nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, mais especificamente no aspecto da modulação de seus efeitos. Nessa esteira, é o fragmento da ementa do acórdão supracitado:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (STF, AgR no RE nº 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03/02/2006)

Insta ainda relacionar toda a problemática da exigibilidade ao direito à educação com a disposição constitucional do § 1º do mesmo art. 208 que prescreve ser o ensino obrigatório (educação básica que compreende o ensino infantil e o fundamental) direito público subjetivo, de sorte que a redação torna claro o especial tratamento que a educação obrigatória merece, não ficando condicionada a interesses meramente patrimoniais do estado atrelados à sua reserva do possível. Paradigmático é também o excerto da ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463.210-1/SP (2ª Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 03/02/2006):

[...] sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

No que tange ao controle da política pública de segurança, o STJ, no Recurso Especial nº 1.389.952/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 03/06/2014 (Informativo de Jurisprudência nº 543), decidiu pela prevalência da intangibilidade do núcleo do mínimo existencial em face de alegações de disponibilidade financeira do ente estatal que deve atuar positivamente para garantir os direitos sociais mais comezinhos expressos na Carta da República de 1988. No caso específico, tratava-se de ação civil pública que visava condenar o Estado do Mato Grosso a garantir o mínimo de direitos que são franqueados aos detentos em estabelecimento prisional, como forma de respeitar-se a dignidade da pessoa humana.

No caso em análise, ficou assentada claramente a posição do Tribunal da Cidadania no sentido de adotar posições mais firmes quando se tratar de omissões administrativas na condução de políticas públicas, mais acentuadamente quando a inércia do ente federado deixar à míngua a população ou uma coletividade que mais necessite de determinadas ações para verem concretizadas suas perspectivas de fruição dos direitos, não se podendo invocar as limitações de cunho orçamentário-financeiro para opor como óbice. *In casu*, asseverou-se que:

De fato, evidencia-se, na hipótese em análise, clara situação de violação à garantia constitucional de respeito da integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, da CF) e aos princípios da *dignidade da pessoa humana* e do *mínimo existencial*. Nessas circunstâncias – em que o exercício da discricionariedade administrativa pelo não desenvolvimento de determinadas políticas públicas acarreta grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição –, a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de implementar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como “supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social”, como apregoa o preâmbulo da CF. Há, inclusive, precedentes do STF (RE-AgR 795.749, Segunda Turma, DJe 20/5/2014; e ARE-AgR 639.337, Segunda Turma, DJe 15/9/2011) e do STJ (AgRg no REsp 1.107.511-RS, Segunda Turma, DJe 6/12/2013) endossando a possibilidade de excepcional controle judicial de políticas públicas. Além disso, não há, na intervenção em análise, ofensa ao princípio da *separação dos poderes*. Isso porque a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da *separação dos poderes*, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Ademais, também não há como falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/1964 (que preveem a

necessidade de previsão orçamentária para a realização das obras em apreço), na medida em que a ação civil pública analisada objetiva obrigar o Estado a realizar previsão orçamentária das obras solicitadas, não desconsiderando, portanto, a necessidade de previsão orçamentária das obras. Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

No campo do direito à saúde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a concebe como corolário do direito à vida. Interessante é o teor do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS que se orienta pelo caráter indisponível do direito à saúde e pelo dever do estado de formular e implementar políticas públicas para a garantia do acesso igualitário e universal à assistência médico-hospitalar e farmacêutica, incluindo-se aí os portadores do vírus HIV.

O Pretório Excelso também embasa tal decisão no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III da CF) e rechaça de plano as conveniências estatais sujeitas às reservas econômicas dos entes políticos quando, nos autos do recurso acima referendado, afirma que:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa expressa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entende-se que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Cabe aqui a observação de que em razão da jurisprudência uníssona da Suprema Corte no tocante às reiteradas condenações do Poder Público ao oferecimento de medicamentos de combate ao HIV aos portadores do vírus, foi editada a lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996 que instituiu sua distribuição gratuita. Conclui-se, portanto que houve uma enorme influência do ativismo judicial do STF sobre a via política de viabilização da política pública específica de fornecimento de medicamentos aos portadores do vírus da AIDS.

O STF possui o entendimento de que o Estado, além do dever de fornecer os medicamentos necessitados, tem o dever de mantê-los em estoque, conforme se depreende dos autos do REsp 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, DJe 14/08/2014, não se caracterizando ingerência indevida de um poder em outro pelo fato do Estado do Rio

de Janeiro não poder demonstrar tal descaso com a saúde populacional, insurgindo-se contra decisão judicial que o obriga a manter estoques de medicamento para portadores da doença de Gaucher pelo prazo de 02 (dois) meses.

A par deste posicionamento destacado, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado de forma bastante garantista quanto ao dever de fornecimento de medicamentos do Estado e considerando que o do Sistema Único de Saúde (SUS) visa à integralidade da assistência à saúde em qualquer grau de complexidade, decidiu que é devido o fornecimento de medicamento "mesmo que não esteja previsto na portaria do Ministério da Saúde, com fundamento nos direitos à saúde e à vida" (RMS 17.903).

Nesse íterim, a corte superior possui firme posição no sentido de ser possível o bloqueio de verbas públicas com o fito de compelir o ente demandado a fornecer o medicamento requerido, interpretando-se como exemplificativo o rol de medidas coercitivas elencadas no art. 461, § 5º do CPC, tudo para privilegiar o direito à saúde como corolário dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana. É o substrato jurídico que se retira do acórdão do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 39937/GO, Rel. Min. Herman Benjamim, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014, consoante os seguintes termos:

Nesse sentido, destaco que, 'conforme dispõe o art. 461, § 5º, do CPC, cabe ao magistrado, à luz dos fatos delimitados na demanda, determinar a medida que, a seu juízo, mostrar-se mais adequada para tornar efetiva a tutela almejada. Vale dizer, se, de um lado, pode o juiz determinar a implementação de medida, ainda que não expressa na lei, como o bloqueio de contas públicas, por outro lado, é-lhe também lícito rejeitar o pedido, se entender pela sua desnecessidade. O que a ordem jurídica não tolera é que o juiz seja compelido a determinar a adoção de cautelas que não reputou necessárias, apenas para satisfazer o desejo das partes' (RMS 33.337/GO, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 25.5.2012).

Também o STJ vem atenuando o formalismo procedimental para privilegiar o direito à saúde. O caso perfilhado (REsp 662.033) é de medida judicial concedida no curso de Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público no intuito de proteger o direito à vida e à saúde de criança portadora de moléstia grave. Nesse acórdão, a Corte superior reformou a decisão do Tribunal Estadual que teria julgado extinto o processo sem resolução de mérito pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa do *Parquet* Estadual para demandar o Estado buscando a defesa de interesse

individual indisponível.

Em outros casos (REsp 644.557 e REsp 686.500) o STJ tem admitido a possibilidade de levantamento do saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS para custear o tratamento de doença grave, ainda que tal hipótese não conste do rol do art. 20, incisos I a XVII da lei federal nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

Alvo de duras críticas foi a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADC nº 12-6/DF, relativa à constitucionalidade ou não da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005 que disciplinava o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário, a pretexto de regulamentar o art. 10 da Lei Federal nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996.

A Corte decidiu a medida cautelar da ADC nº 12-6/DF no sentido de se aquilatar a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, de caráter normativo, editada pelo Conselho Nacional de Justiça que estaria apenas exercendo seu papel regulamentar sob o aspecto administrativo do Poder Judiciário. Nessa esteira, explica com mais propriedade Erival da Silva Ramos que:

No caso da ADC nº 12-6, a Resolução n. 7/05 pode ser entendida como uma autocontenção do Poder Judiciário no tocante aos provimentos de cargos em comissão e designações para funções de confiança no âmbito de seus órgãos, estando fundada no poder normativo secundário (semelhante ao poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo) que, inequivocamente, compete ao Conselho Nacional de Justiça exercer em assuntos de ordem administrativa e financeira, máxime objetivando o melhor aparelhamento dos princípios e normas constitucionais pertinentes. (2010, p. 258)

A partir desse raciocínio inicial desenvolvido o STF aplicou a vedação jurisprudencial de nomeação de parentes, cônjuges e companheiros para a Administração Pública municipal nos autos do Recurso Extraordinário nº 579.951/RN, embasando o acórdão nos termos do art. 37, *caput*, mais especificamente nos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência administrativas.

Assevera-se que o entendimento foi estendido para outros casos mesmo que tal decisão tenha sido proferida no âmbito de um Recurso Extraordinário porque após o acórdão, o plenário aprovou a redação da atual Súmula Vinculante nº 13 que tem a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Assim, o judiciário interpretou o dispositivo do art. 37, II da Constituição de República com a principiologia do caput deste dispositivo, criando uma situação normativa própria por meio de uma certa abstrativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental do RE 579.951/RN, através da edição da aludida súmula vinculante.

As maiores críticas que se fazem dizem respeito à hipótese de o ocupante ou candidato ao cargo comissionado, de confiança ou de função gratificada realmente ostentar os atributos que o cargo ou função exigem. Afirma-se que, se existe a norma que manda o administrador público observar a impessoalidade, moralidade e eficiência, há também aquela que excepciona a regra do concurso público e que permite a adoção de certos critérios de subjetividade constante na parte final do inciso II do art. 37 da CRFB.

Com toda a vênia, a concretude dos fatos espelhados pela realidade da administração pública brasileira é outra que, de fato, necessita da regulamentação da súmula vinculante nº 13. O que prevalece é o compadrio político, o apadrinhamento, o clientelismo, o subjetivismo integralmente despido de considerações técnicas, nada que traduza uma boa escolha do gestor da coisa pública.

Outrossim, falar em certa liberdade de escolha para nomear parentes, cônjuges ou companheiros em cargos públicos denota, na mentalidade político-administrativa nacional, um ganho pessoal, uma vantagem, um privilégio e não uma opção acertada que leve em conta o interesse público mesmo que dosada com um certo parâmetro mais ou menos subjetivo.

Pensando essa realidade de desvios da Administração Pública é que a jurisprudência vem abrindo mão de um agir mais acanhado e tem se calcado no ativismo judicial como mecanismo basilar de uma nova mentalidade jurisdicional de resolução de lides coletivas.

Veja-se, por exemplo, na ementa de um julgado primoroso do Superior

Tribunal de Justiça que, apesar de não ser tão recente, abriga uma importante aplicação da teoria das zonas de Gustavo Binbenbim tratada em momento anterior, mais especificamente da vertente da certeza negativa (aquilo que não deve ser), *ipsis litteris*:

ADMINISTRATIVO. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. REMOÇÃO POR PERMUTA ENTRE ESCRIVA DISTRIAL E TITULAR DE OFÍCIO DE CARTORIO DE IMOVEIS, RESPECTIVAMENTE FILHA E PAI. LEI DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO PARANÁ. ATO CONDICIONADO A EXISTÊNCIA DO INTERESSE DA JUSTIÇA. - AINDA QUE A EXPRESSÃO "INTERESSE DA JUSTIÇA" TENHA UM SENTIDO BASTANTE ABRANGENTE, NELA NÃO SE COMPREENDE O NEPOTISMO, A SIMULAÇÃO E A IMORALIDADE. - 'IN CASU', O ATO DE REMOÇÃO NÃO CONDIZ COM O INTERESSE DA JUSTIÇA, COMO EXIGIDO NA LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO, NEM COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DA IMPESSOABILIDADE E DA MORALIDADE, MAS COM OS INTERESSES PESSOAIS DOS ENVOLVIDOS. - RECURSO PROVIDO. (RMS 1751 PR 1992/0013171-9, 2ª Turma, Rel. Min. Américo Luz, julgado em 27/04/1994, DJ 13/06/1994 p. 15093 RSTJ vol. 62 p. 153).

O fato inequívoco é que, ora adotando conceitos de controle de juridicidade, zonas de certeza ou incerteza, abusividade governamental, mínimo existencial etc, o Poder Judiciário tem enfrentado questões mais familiares ao gestor público no âmbito de sua execução de políticas públicas traçadas em um determinado plano de governo, o que não significa que o juiz não possa dar uma resposta a uma demanda coletiva de acordo com o seu livre convencimento motivado. Aliás, como já foi exaustivamente explanado, não há lesão ou ameaça a direito que fuja da apreciação do juiz, e este não pode deixar de decidir alegando lacuna na legislação.

Sabidamente a postura que a jurisprudência pátria vem abraçando é dirigida à concretização dos direitos transindividuais e, paralelamente, ao fortalecimento do Judiciário como instituição sólida de pacificação social. É o caminho que parece estar sendo trilhado.

Entretanto, mesmo fazendo uso de todas as características do *defining function*, as cortes brasileiras denotam certo incômodo com a utilização do vocábulo "ativismo" ainda mais quando se conjuga com o adjetivo "judicial", por soar demasiadamente presunçoso, quase que dito impensadamente. Isto porque se atribui à mídia televisiva sensacionalista a falsa percepção de ativismo judicial como uma atividade afoita, desmesurada e desproporcional do julgador na condução do processo, quando, na verdade, se trata exatamente de seu contraponto, partindo-se

de uma reflexão madura, centrada em um papel menos passivo e mais garantidor dos próprios direitos que lhes são trazidos à baila.

Não obstante as reservas com que certa parte da doutrina processualista a administrativista recebem os efeitos do ativismo judicial no controle do mérito de atos administrativos que afetem direitos ou interesses difusos ou coletivos, não há como abnegar seu crescimento dentro das cortes superiores e do próprio Supremo Tribunal Federal.

O que se espera diante desse novo panorama tracejado pelas constantes inovações práticas é que seja possível dissuadir o cinismo discurso contrário à adoção expressa do ativismo judicial e que a doutrina e jurisprudência conservadoras acerca da temática do controle do mérito percebam a diferença estrutural e lógica entre o processo coletivo e o individual, de forma a possibilitar mesmo a dinamização das relações materiais coletivas, fortalecendo seu sistema de proteções e o próprio regime democrático.

## 5 CONCLUSÃO

O quadro jurisprudencial tem caminhado para uma maior abertura para a consecução dos objetivos insculpidos na ordem constitucional. O ideário do Estado Democrático de Direito ampara um Judiciário fortalecido em si, dotado de certeza e motivado pelas possibilidades de agir na relação processual e sair da linha de passividade que lhe foi imposta pela linha processualista clássica, tolhendo qualquer forma de ativismo, mesmo aquele que seria benéfico para a parte que recebesse a tutela jurisdicional.

Logo, não raras vezes o resultado prático da medida se esvaía pelo decurso do tempo, e percebia-se que em nome de uma pretensa imparcialidade do juiz, ilegalidades administrativas das mais esdrúxulas eram canceladas pelo órgão que deveria coibir lesões ou mesmo ameaças a direitos, nos ditames da Constituição Federal.

Inobstante o fato da legislação pátria vigente não contemplar em termos absolutamente expressos o princípio do ativismo judicial, isto não equivale a concluir pela sua não incidência no contexto do processo civil coletivo, cujo desenvolvimento ainda é rarefeito no meio acadêmico jurídico. Percebe-se que a sistemática jurídica da seara processual coletiva é uma desconhecida mesmo para os profissionais do Direito, que, por ignorarem a lógica do princípio, atribuem-lhe a pecha de inconstitucional ou mesmo referem-se ao mesmo de forma depreciativa, como se se tratasse de uma indevida intromissão que ofendesse a cláusula de separação e harmonia entre os poderes da república.

Felizmente, não há como retroceder nos avanços que a doutrina e as cortes têm firmado no entendimento mais que acertado de conferir prevalência aos direitos fundamentais de índole difusa ou coletiva mesmo que se apresentem em demandas individuais, mas como expressão de direitos coletivos em sentido amplo.

Notoriamente o STJ e o STF extrapolam o definido no texto legal para assegurar de plano direitos de nota essencial para a saúde, vida, segurança pública, educação, dentre outros. Isto se explica na medida em que o Poder Público se furta preordenadamente ao cumprimento efetivo das diretrizes de políticas públicas alegando a discricionariedade administrativa para sua execução e o condicionamento a reservas fiscais da máquina estatal.

Em suma, as instâncias judiciais funcionam como último apelo do cidadão para ver resguardados direitos seus assegurados em um documento regente da ordem interna que a Administração Pública insiste em desrespeitar por ações perpetradas ou por omissões criminosas para com questões da mais sublime relevância.

Assim, como eficaz meio de correção dos atos administrativos de forma vinculada ou discricionária, a aplicação concreta do ativismo judicial torna real a perspectiva de ajuste de distorções criadas pela renitência do Poder Público em cumprir administrativa ou judicialmente os deveres de gestão e prestações ligadas às políticas públicas de avaliação de direitos de alcance coletivo ou difuso.

De certo que, o mérito do ato administrativo, consubstanciado no binômio da conveniência e oportunidade, não pode estar à mercê de critérios puramente políticos, pelo que guarda estreita ligação com o interesse público primário e deve se pautar completamente pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e pela indisponibilidade do interesse público, matrizes do denominado regime jurídico administrativo.

Portanto, violada ou relegada a segundo plano uma norma coletiva fundamental e provocado o judiciário por intermédio da ação, o instrumento processual de que o Estado-juíz dispõe deve mirar a praticidade e defesa jurídica, não importando se as medidas por ele adotadas carecem ou não de estrita tipicidade formal com as medidas apontadas na legislação, predominando a proteção de que tais direitos devem gozar.

O ativismo judicial é um poderoso mecanismo de concretização da tutela jurisdicional prestada e não meio de desvirtuamento da imparcialidade do juiz. O órgão julgador primeiramente analisa os fundamentos jurídicos da tutela pretendida e depois adota as providências potencializadoras do efeito do que decide, obviamente que o magistrado utilizará o ativismo para adentrar a análise do mérito administrativo, mas é inevitável frisar seu caráter de verdadeira ferramenta no processo.

Irremediavelmente o ativismo judicial como realidade não só científica, mas também fática está ainda engatinhando na jurisprudência dos tribunais. O prognóstico de sua evolução ainda é extremamente impreciso. Contudo, já se pode afirmar que até o presente momento seu ajustamento tem se demonstrado bastante

positivo, mais especificamente no que toca à tutela de direitos difusos e coletivos, suprimindo anteparos legais opostos pela Administração Pública na perspectiva de frustrar o gozo de direitos fundamentais de expressão coletiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Univeristária, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Editora Saraiva, p. 195-6, 1984.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **A insurreição de aldeia global contra o processo civil clássico - apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da Proporcionalidade & da razoabilidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de . **Curso de Direito Administrativo**. Volume I. Salvador: Juspodivm, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ação Civil Pública**. 25. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2011.

DIDIER Jr., Fredie. ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. v.4.5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. Salvador:

JusPodivm, 2009.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Cumprimento das Sentenças que Reconheçam Obrigações de Fazer e Não Fazer Contra o Poder Público**. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício. *Leituras Complementares de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral Do Processo**. 6. ed. São Paulo: Thomson, 2005.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código De Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12.ed. São Paulo: RT, 2008.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v.1.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **O Anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os Países Íbero-Americanos e a Legislação Brasileira**. In: Revista de Processo. São Paulo, nº 117, set/out, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro De. **Do Formalismo No Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses difusos e coletivos. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos 'poderes' do Estado**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 29. out. 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. **Diário [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> . Acesso em: 10 nov. 2014

BRASIL, Presidente. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:** Presidência de Pública, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1995. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM)>. Acesso em 02 nov. 2014.

Duarte, Fernando Cássio Fernandes

O Ativismo judicial no controle do ato administrativo /  
Fernando Cássio Fernandes Duarte. – São Luís, 2014.  
55 f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade  
Federal do Maranhão, 2014.

Orientador: Prof. Msc. José Ribamar Caldas Furtado

1. Ato administrativo discricionário. 2. Controle jurisdicional.
3. Ativismo judicial. I. Título.

CDU 35.077.2